



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DIVISIÓN DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE POSGRADO**

**CONCEPTOS JURÍDICOS DE LA PARTE GENERAL DEL
CODIGO PENAL, SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y EL
IMPACTO EN LOS DERECHOS HUMANOS**

T E S I S

**PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA:

LIC. CARLOS ZABDIEL CARMONA ARIAS

DIRECTOR DE TESIS:

DR. LADISLAO ADRIÁN REYES BARRAGÁN

PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO

CONACYT

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS Y TEORÍAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

I. INTRODUCCIÓN	6
II. INTERPRETACIÓN JURÍDICA O HERMENÉUTICA	9
1. La función interpretativa	9
2. Técnicas de interpretación jurídica	10
III. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	12
1. Elementos del concepto jurídico	13
IV. LA TEORÍA DEL DELITO Y SU EVOLUCIÓN	14
1. Teoría causalista de Franz Ritter Von Liszt y Ernest Von Beling	18
2. Teoría finalista de Hanz Welzel.....	19
3. Teoría funcionalista de Roxin y Jakobs	20
V. NOCIÓN Y ESTRUCTURA DEL DELITO.....	22
1. Concepto total, atómico, sintético o unitario	22
2. Concepción analítica, tomista o fraccionador	23
3. Concepto legal del delito	25
VI. BIEN JURÍDICO TUTELADO Y SU DIFERENCIA CON EL OBJETO MATERIAL	28
VII. ELEMENTOS DEL DELITO	30
1. Formas de conducta	31
A. La acción	31
B. La omisión	34
C. Fuerza física irresistible.....	38
D. Ataque epiléptico.....	39
E. Movimiento o acto reflejo.....	40
F. Fuerza mayor	41
2. La tipicidad	42
A. Funciones de la tipicidad	44
B. Tipo penal	45
C. Juicio de tipicidad.....	46

3. La antijuridicidad	50
A. Antijuridicidad formal y material	56
4. La culpabilidad	58
VIII. EXCLUYENTES DEL DELITO O CAUSAS QUE EXIMEN LA INCRIMINACIÓN	60
IX. TIPOS PENALES ABIERTOS	62
X. TIPOS PENALES CERRADOS.....	64

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y SU APLICACIÓN EL LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

I. LAS EXCLUYENTES DE INCRIMINACIÓN A TRAVÉS DEL TIEMPO	64
1. El pecado original	65
2. El código de Hammurabi	65
3. La ley mosaica	66
4. El Derecho Griego	69
5. Derecho Romano.....	71
6. Derecho germánico	74
7. Derecho español.....	75
8. Derecho canónico.....	77
9. La ilustración	79
II. EVOLUCIÓN PENAL Y LAS EXCLUYENTES DEL DELITO EN MÉXICO	80
1. Época prehispánica de México	80
2. Época colonial.....	81
3. México independiente y el derecho penal	83
III. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO Y LAS REFORMAS PENALES	87
1. La reforma constitucional del año 1993	87
2. La reforma de 1996	87
3. La reforma penal de 1999	89

4. Reforma constitucional en materia penal 2008	90
A. El principio acusatorio.....	92
B. Principio de legalidad.....	93
C. Presunción de inocencia	94
5. La reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011	94

CAPITULO TERCERO

INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN LOS DELITOS CULPOSOS Y DERECHO COMPARADO

I. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.....	97
1. El principio de legalidad.....	97
2. Debido proceso legal	100
3. Garantía de taxatividad: También conocida como de precisión o determinación	104
II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL	106
1. Las excluyentes del delito	106
III. LA INCULPABILIDAD	110
1. El Error	110
A. Ignorancia	113
B. Error de hecho esencial e invencible	115
A. La legítima defensa putativa.	119
B. Estado de necesidad putativo	120
C. Obediencia jerárquica putativa.....	121
D. Error accidental.....	123
2. Error de derecho	123
3. Caso fortuito.....	126
4. La no exigibilidad de otra conducta.....	132
A. El temor fundado.....	133
B. Miedo grave	136

CAPITULO CUARTO

EL CONCEPTO DE DELITO Y LA ESTRUCTURA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

I. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL	137
II. LA SEMÁNTICA JURÍDICA	140
1. Conceptos criteriológicos	140
2. Conceptos de clase natural	141
3. Conceptos interpretativos	142
III. EL CÓDIGO PENAL Y SU PARTE GENERAL	143
IV. LA ESTRUCTURA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MORELOS	145
1. Del concepto de delito y sus elementos	147
2. La Conducta dentro de la estructura de la parte general del código	148
3. La Tipicidad dentro de la estructura de la parte general del código	151
A. Atipicidad	155
4. La Antijuridicidad dentro de la estructura de la parte general del código	160
5. La Culpabilidad dentro de la estructura de la parte general del código	167
A. Inculpabilidad	175
CONCLUSIONES	178
PROPUESTA	181
FUENTES DE INFORMACION	181

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS Y TEORÍAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

I. INTRODUCCIÓN

El impacto que ha tenido el fenómeno de la globalización en los sistemas jurídicos contemporáneos, debe ser tenido en consideración al momento de entrar al estudio de cualquier objeto de investigación, ya que dicho fenómeno va permeando inexorablemente en el sistema jurídico mexicano, lo que se vuelve evidente con las reformas constitucionales de 2011¹ en materia de derechos humanos, la que ha tenido una extraordinaria trascendencia en nuestro país. Este nuevo paradigma ha generado que el catálogo de las antes llamadas “garantías individuales” se haya ampliado, y ahora se le conozcan como Derechos Humanos. Estos derechos deben ser respetados por el estado mexicano, a través de la implementación de mecanismos jurídicos e institucionales previstos mediante el llamado *control de convencionalidad*,² generado por los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, de los cuales la republica mexicana forme parte.

¹ “Después del debate en el caso 489/2010 las cosas cambiaron –primero- por vía de la reforma constitucional. Antes de que el Pleno de la SCJN retomará el debate que había quedado pendiente y que daría lugar al expediente varios 912/2010, en junio de 2011, después de una importante reforma en materia de amparo, se aprobó la reforma constitucional en materia de derechos humanos.” Medina Mora F., Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro, y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa, 2015, p. 13 y 14.

² El concepto de control de convencionalidad, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. 24. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio

Uno de los Derechos Humanos al que toda persona deben tener acceso por el simple hecho de ser humano, es a la seguridad jurídica en materia penal, derecho que el Estado mexicano está obligado a garantizar a todo humano que se encuentre dentro de su territorio, el cual se haya consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La actividad del derecho en el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas penales se puede analizar a través de distintas maneras, una de ella es la técnica de los *conceptos jurídicos indeterminados*. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos, lo que representa un problema de interpretación para los jueces, magistrados, abogados y diversos operadores jurídicos. Tal situación da origen a lesiones de inconstitucionalidad y violación de derechos humanos, tomando en consideración lo establecido por el susodicho Artículo 14 Constitucional que establece que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata” por lo tanto el desconocimiento, la ambigüedad o la falta de abstracción de dichos concepto jurídicos empleados en la legislación penal, dan lugar a la interpretación, tanto subjetiva como judicial, algo que está expresamente prohibido por la constitución, razón que da origen al presente trabajo de investigación.

La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados se admite con normalidad en el ámbito sancionador, a razón de que la descripción de conductas constitutivas de delitos o faltas, estén redactadas con el suficiente grado de abstracción para evitar una exasperante tipificación casuística en el ámbito penal. Es muy frecuente el uso de conceptos jurídicos indeterminados en diversos

carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Véase Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, *Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, 2015, p. 4.

sectores, pero la predeterminación normativa vaga y ambigua en la parte general de los códigos penales y en especial, en las excluyentes del delito o de responsabilidad penal, atenta contra los principios de legalidad y certeza jurídica, debido a que implica una labor de apreciación por parte del órgano jurisdiccional.

¿Qué es un delito? ¿Qué es una excluyente de delito? ¿Qué es el error vencible y cuál es su diferencia con el error invencible? ¿Cuáles son los elementos permanentes del tipo penal? ¿Cuáles son los elementos contingentes del tipo penal? ¿Cuáles son los elementos del consentimiento y la voluntad? ¿Cuál es el error de tipo? ¿Cuáles son los elementos básicos para que se dé la legítima defensa? ¿Cómo debe operar el cumplimiento de un deber? ¿Qué es el caso fortuito? ¿Cuáles son los elementos básicos del error de prohibición? ¿Qué excluyente debe utilizarse para la argumentación en los delitos culposos?

Estas son solo algunas de las preguntas de investigación que sirven para dilucidar el presente objeto de estudio, que es analizar los conceptos jurídicos indeterminados en la parte general del código Penal del Estado de Morelos. Actualmente ministerios públicos, jueces y defensores desconocen muchos términos debido a su vaguedad y discrecionalidad. No existe en el código penal una explicación clara de las excluyentes del delito, llamadas también excluyentes de incriminación. El código penal tiene una gran relevancia, ya que en un juicio acusatorio y oral, lo que se debe demostrar es; entre el fiscal, que no existe algún excluyente del delito, y por el defensor, la existencia de alguna excluyente de delito. Al juez le corresponde valorar quien es el que demuestra su argumento para dictar una determinación condenatoria o absolutoria.

En primer término, para que la conducta de un sujeto se considere como delito; requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La reprochabilidad de una conducta se encuentra en los elementos constitutivos de un delito. Para demostrar la antijuridicidad de la conducta, se requiere analizar la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber. La culpabilidad es de los elementos

menos estudiados en el sistema mexicano y estos son elementos propios del juez, ya que son subjetivos y los tiene que valorar de acuerdo a la persona y a las circunstancias dadas para determinar la culpabilidad.

II. INTERPRETACIÓN JURÍDICA O HERMENÉUTICA

1. La función interpretativa

La función interpretativa es propia del orden jurídico. La constitución, las leyes y los reglamentos se expresan a través del único modo que pueden; que es mediante términos abstractos relativamente generales. En cambio su aplicación se debe realizar sobre realidades humanas, casos concretos y particulares. Un elemento fundamental de la interpretación jurídica es la función de juez, quien es pieza fundamental del ordenamiento jurídico positivo constituido por ordenamientos jurídicos y funciones jurisdiccionales. Las leyes no pueden operar por sí solas, sino a través de las interpretaciones que el juez les da, siempre observando el sentido de justicia.

El ministro en retiro Juan Díaz dice al respecto de la interpretación judicial que:

Llegado el caso, el juez tiene que consultar el derecho positivo para encontrar en ese texto que data del pasado, la norma individualizada, el "deber ser" que sirva para desatar el nudo de la controversia actual; esta finalidad otorga a la materia jurídica su naturaleza práctica, ya que el intérprete acude al texto jurídico no solamente para "saber", sino también –fundamentalmente– para "saber que hacer". La norma abstracta del pasado rige la conducta concreta del presente.³

³ Díaz Romero, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, p. 43 y 44.

No debemos perder de vista que el acto de interpretación judicial es un ejercicio mental valorativo que el sujeto determinado, en este caso el judicial, sintetiza mediante una valoración mental, un concepto abstracto con características de ambigüedad al que va a determinar el sentido de su aplicación al caso específico, en esa valoración mental intervienen elementos subjetivos del juez, de ahí el riesgo de atribuir a las normas conceptos poco claros, y como dijo el profeta Mahoma: "Tú puedes dar una ley injusta a un juez justo, pero no puedes dar una ley justa a un juez injusto"⁴

El diccionario de la Real Academia Española determina que el verbo "interpretar" significa: "explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto", y en cuanto al significado aplicable en la práctica jurídica se tiene como "determinar el significado y alcance de las normas jurídicas", es como una forma en la que el juez le da voz a las normas. Cuando sobre la interpretación de textos jurídicos se trata, para Giovanni Mejía, "*interpretar* significa, por un lado, clarificar el *significado* de una determinada palabra inserta en el lenguaje jurídico; y por el otro, determinar el campo de aplicación de ese texto normativo."⁵

¿Pero cómo determina el Juez, el alcance y significado de las normas? El intérprete debe descubrir o revelar el sentido inmanente en la norma; por lo general, una norma evoca varios sentidos, debe seleccionar el sentido con el cual se obtenga la solución más justa del caso concreto; por último, si el sentido o sentidos de la norma no se adecuan a la nueva realidad social, el intérprete debe atribuir a la norma el significado que lo actualice.⁶

2. Técnicas de interpretación jurídica

⁴ Ibídem, p. 47.

⁵ Figueroa Mejía, Giovanni A, "Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular", *Díkaión*, Chía Colombia, año 24, no. 1, June 2010, pp. 139-161.

⁶ Torres Vásquez, Aníbal, *Introducción al Derecho (Teoría General del Derecho)*, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 2001, p. 516.

En el proceso de interpretar no hay una única solución excluyente para cada caso, una misma disposición legal puede ser entendida de distintos modos. Esto no significa que la interpretación sea una cuestión de arbitrariedad absoluta; sino que a pesar de no siempre culminar en resultados iguales o absolutos, debe tener parámetros que la hagan razonable y coherente. A demás de los diferentes métodos hermenéuticos, se pueden mencionar algunos otros, que de forma breve se mencionan a continuación, como por ejemplo:

a) Existe la interpretación llamada “correctora”, es la que atribuye a un texto legal un significado diferente al literal, el cual puede ser más restrictivo o más amplio que el literal, de esta técnica interpretativa surgen dos tipos de interpretación: la interpretación “restrictiva” y la “extensiva”.⁷

b) La interpretación “adecuadora”, se desprende de la interpretación sistemática. Este tipo de interpretación se utiliza para adaptar el significado de una disposición al significado ya establecido por otras disposiciones jerárquicamente superiores. Así mismo, se realiza interpretación adecuadora cuando se adapta el sentido de un texto normativo a los principios generales del derecho.⁸

c) La interpretación “evolutiva”, es aquella que le asigna a una disposición un nuevo significado, distinto de aquel que históricamente había tenido, adaptando, los textos normativos a las circunstancias del tiempo en que deben ser aplicados.⁹

d) La interpretación “teleológica”, pretende descubrir los principios de valor y la finalidad que el texto normativo contiene; a través de la cual se intenta descubrir el *telos* de la disposición normativa.¹⁰

⁷ Figueroa Mejía, *op., cit.*, p. 149.

⁸ Ídem.

⁹ Ibídem, p. 150.

¹⁰ Ídem.

e) La interpretación “comparativa”, también llamada de *ius comparado*, toma en consideración preceptos paralelos de ordenamientos jurídicos nacionales, extranjeros o de convenciones internacionales. Este método es de gran importancia en el derecho internacional, especialmente en el tratamiento de los derechos fundamentales.¹¹

III. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Los conceptos jurídicos indeterminados son términos con los que la ley hace referencia a acontecimientos o situaciones abstractas, cuyos límites no aparecen bien precisados en la ley, con el que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud esos conceptos, porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad, que no obstante, la indeterminación del concepto admite ser precisado en el momento de su aplicación.

Peces Barba explica que los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que:

Por su referencia a la realidad... la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación; pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de

¹¹ Ídem.

tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución.¹²

Al respecto el Dr. Reyes Barragán, manifiesta que:

Los conceptos son significantes que tienen una o varias respuestas. El concepto jurídico indeterminado se circunscribe a la norma legal y muchas de estas interpretaciones las hace el poder judicial, muchas veces ininteligibles, confusas y contradictorias que responden muchas veces a valores de quienes las emiten o se rigen por criterios políticos o como son la utilidad pública.¹³

1. Elementos del concepto jurídico

- En estos conceptos, se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado.
- Intenta delimitar de forma abstracta un supuesto concreto.
- Admite una solución justa y correcta en cada caso.
- Se encuentra contenido en un supuesto previsto en una categoría legal.
- La aplicación del concepto jurídico indeterminado está sujeto a la aplicación discrecional del juzgador.

El supuesto o hipótesis que se pretende demostrar, es que, tanto la legislación Penal Federal como la del Estado de Morelos, no cuenta con los elementos suficientes para hacer entender los conceptos jurídicos empleados en la Parte General del código penal, donde se ubican las excluyentes del delito, ni en el catálogo de delitos, generando confusión o falta de entendimiento por parte de los

¹² García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madrid, España, Civitas, 2011, pp. 448 y 449.

¹³ Reyes Barragán, Ladislao Adrián, "Derecho y buen gobierno. Los conceptos jurídicos indeterminados en la gobernabilidad", I Congreso Internacional Derecho y Buen gobierno, evento organizado por el Cuerpo Académico Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UAEM, Cuernavaca, Morelos, 19 y 20 de octubre, 2016.

operadores jurídicos, en consecuencia vulnerando el derecho humano a la seguridad jurídica, dejando muchas veces en estado de indefensión a los imputados.

Antes de ingresar al estudio de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de las excluyentes del delito se debe tender una clara perspectiva de lo que es el delito, y para ello es importante analizar las diferentes teorías de los doctrinarios, quienes han determinado su evolución a través de la historia, marcado la pauta en relación a la forma de entender doctrinariamente al delito por medio de sus elementos constitutivos y aplicarlo en la parte general de los ordenamientos penales.

IV. LA TEORÍA DEL DELITO Y SU EVOLUCIÓN

La teoría del delito y la teoría del sujeto responsable¹⁴, tratan sobre una propuesta analítica que resulta útil para determinar si la realización de un hecho concreto conlleva responsabilidad penal para su autor. Es pertinente resaltar que ambas teorías pertenecen al método dogmático¹⁵, de tal modo que la primera, está ordenada y sistematizada bajo las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; y la segunda, con las categorías de tipicidad, antijuridicidad y sujeto responsable, ambas, con las reglas jurídicas que condicionan la responsabilidad penal. En tal sentido, la sistematización resulta doblemente garantista del derecho a la seguridad jurídica, porque asegura que todo lo jurídico penalmente relevante del hecho probado será objeto de estricto análisis, y al tener la certidumbre de estar frente a alguna excluyente del delito o de responsabilidad penal, el imputado tenga

¹⁴ Cf. Bustos Ramírez, Juan, Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de derecho penal I*, Madrid, Trotta, 1997, p. 127

¹⁵ "El papel de la dogmática jurídica en el desarrollo de la disciplina del derecho a lo largo de los años ha sido clave. En este escenario académico jurídico se han planteado grandes debates sobre el derecho y se han renovado diversos temas que aún se discuten sobre este, en especial desde la aparición del constitucionalismo". Bermeo Álvarez, Luis Fernando. "La dogmática jurídica y su relación con la posibilidad de existencia de una ciencia jurídica", *Revista De Derecho Público* no. 34, Enero, 2015, p.4

la oportunidad para ponerla en durante el juicio, lo cual le ofrece la seguridad de que la ley será aplicada siempre igual, y no dar lugar a conflictos de entendimiento ni interpretación, la que en materia penal no está permitida, posibilitando así la aplicación racional del derecho.

Consecuentemente, las dos teorías referidas constituyen un obstáculo a la arbitrariedad en la interpretación de la ley. Cada una de las categorías (*tipicidad, antijuridicidad y sujeto responsable*) contienen argumentos que sostienen la interpretación de la ley penal, acorde con los postulados básicos de un Estado de derecho, expresados en principios político-criminales¹⁶ que condicionan la creación y la aplicación de las normas penales. Entonces, al referirse sobre la evolución de la teoría del delito, se debe distinguirse entre el causalismo naturalista, el causalismo valorativo, la teoría finalista de la acción y los planteamientos político-criminales. De igual, en la historia de la teoría del delito se incluye la teoría social de la acción.¹⁷

El doctor Jiménez Martínez establece que la teoría del delito "es la parte general del derecho penal que se compone por un conjunto de estructuras que estudian el origen y la evolución de las tendencias dogmáticas, estudia los elementos que integran o desintegran el delito".¹⁸ La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad y del comportamiento de una persona ya sea mediante el despliegue de una acción u omisión, en este sentido, tal razonamiento no solo se refiere a los delitos, sino a cualquier comportamiento humano en el que pueda recaer una consecuencia penal, luego entonces, será objeto de estudio de la teoría del delito todo aquello en

¹⁶ Bustos Ramírez, Juan, Hormazábal Malarée, Hernán, *op. cit.*, p. 134.

¹⁷ Cf. Roxin Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, 2º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 54.

¹⁸ Jiménez, Martínez, Javier, *Introducción a la teoría general del delito*, México, Ángel editor, 2002, p. 60.

lo que recaiga la aplicación una de una pena.¹⁹ Así mismo, en tales casos en que no obstante existir un daño o peligro de un bien jurídico protegido, la conducta humana resulte justificado o no punible.

Por lo antes mencionado, debemos referirnos a los presupuestos de punibilidad así como al análisis de la ley penal, que es donde se encuentran establecidos los tipos penales, entendidos como la “descripción de comportamiento, elaborada por el legislador, bajo cuya base puede sobrevenir una pena o medida de seguridad”²⁰ así como otro tipo de leyes que contengan disposiciones penales.²¹

La teoría del delito estudia los elementos de los tipos penales contenidos en la parte especial del código penal, que son el análisis de las categorías comunes a todo comportamiento punible.

La dogmática de la Parte General no obedece a los mismos principios que a los de la parte especial. La Parte Especial sirve a la protección contra lesiones de ciertos bienes jurídicos contiene normas que prohíben conductas específicas de delitos en particular que los lesionan; mientras que la Parte General se compone principalmente de reglas de validez de imputación del delito.²²

Las reglas de validez de imputación del delito de la parte General, son aplicables a todas las normas de la parte especial, a los delitos que ella contiene y a los que se contienen en otras leyes, siempre que éstas no prevean normas de

¹⁹ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 263.

²⁰ Vid, De González Mariscal, Olga islas, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, 2ª ed., México, Trillas, 1985, p. 25.

²¹ Nos referimos a los tipos penales contenidos en el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de Población, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de entre muchas más.

²² Berchelmann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano parte general*, México, Porrúa, 2004, p. 348.

tipo general. Entre una y otra se conjugan las teorías de la ley penal, del delito y de la pena.

Respecto a la dogmática penal, Gimbernat la concebía como “aquella disciplina que *tiene por objeto el conocimiento de las normas jurídico-penales y la colocación de los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irreprochable*”.²³

En la actual dogmática del Derecho penal existe el entendido de que toda conducta punible está comprendida por una acción²⁴ típica, antijurídica y culpable. Con lo que podemos entender a las normas penales como normas que prohíben ciertas conductas cuya inobservancia se conmina con una pena prevista en la ley, especialmente en los códigos penales. Para Luis Jiménez de Asúa, la dogmática jurídico penal “consiste en la reconstrucción del derecho vigente con base científica”²⁵, podemos entender que la construcción de la dogmática penal se basa en el derecho vigente, circunstancia que nos hace pensar que la voluntad del legislador da origen a la ciencia jurídica.

Los elementos que constituyen la estructura básica del delito o también llamada estructura pentatónica; está compuesta por una conducta típica, antijurídica, culpable y punible por el Estado, es a lo que en México se le conoce como elementos del delito. Estos elementos se han desarrollado poco a poco a través del tiempo por la ciencia penal. Las principales aportaciones teóricas provienen de Alemania durante el siglo XX. Período durante el cual han surgido diferentes escuelas doctrinarias en las que cada una tiene su propia concepción sobre la teoría del delito. De entre ellas surgen importantes estudiosos del derecho

²³ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Primera reimpresión, Madrid, Tecnos, 2009, p. 13.

²⁴ Algunos autores hablan de acción y otros de conducta, sin embargo debe quedar establecido que sea cual fuere el concepto utilizado debe dejar la posibilidad de englobar comportamientos a nivel de acción u omisión.

²⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1945, p 23.

tales como Franz Von Liszt, Hanz Welzel, Gunter Jakobs, entre otros, quienes han contribuido en gran medida al estudio de la ciencia penal.

Para analizar esos elementos es de utilidad determinar los interesantes postulados y las teorías e interesante concepción que de cada una de ellas puede formularse, y es en Alemania donde inicia su evolución.

1. Teoría causalista de Franz Ritter Von Liszt y Ernest Von Beling

Corresponden a la etapa clásica de la teoría del delito, los fundamentos teóricos de dichos autores los podemos encontrar en postulados de mediados del siglo XIX, donde Stübel defendía la distinción en injusto e imputación del hecho, Luden establecía la teoría tripartita del delito, que comprendía las categorías de acción, antijurídica y culpabilidad, las cuales son retomadas y complementadas por Liszt y Beling.

La acción continua siendo considerada como el primer elemento del delito, aunque años después se modifica su concepto. Respecto de esa prioridad ha expresado Armin Kaufmann: "La separación de injusto y culpabilidad debe dar lugar a una congruencia entre acción e injusto, en el sentido de que únicamente pueden ser antijurídicas las acciones, y sobre todo que sólo los elementos de la acción pueden ser elementos del injusto"²⁶, con lo cual le asigna a la acción la difícil tarea de regular el ámbito del injusto.

Para ese momento, los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad no alcanzaban una evolución que permitiera su diferenciación, por lo que eran confundidos con el concepto de imputación. "En materia de antijuridicidad fue Ihering quien en 1867 propuso para el derecho civil el concepto de antijurídica objetiva, al determinar la irrelevancia de la culpabilidad en ciertas infracciones que

²⁶ Kaufmann, Armin, "La función del concepto de la acción en la teoría del delito", en *Revista Jurídica Veracruzana*, México, Nos. 1-2, 1974, p.51.

provocan consecuencias jurídicas".²⁷ Por lo tanto los requisitos objetivos, materiales normativos, del hecho punible, pertenecían al tipo y a la antijuridicidad; la culpabilidad se concebía como la unión de todos los elementos subjetivos del delito.

Al respecto de la teoría causalista, se quiso equiparar el método de determinación de la conducta prohibida y la reprochabilidad de la culpabilidad al método de las ciencias naturales. El causalismo aporta una dogmática penal garantista, sin embargo, se advirtieron los límites o insuficiencias de este método para servir, del criterio de selectividad de conductas relevantes para el tipo penal. La amplitud de la teoría (teoría de la equivalencia de las condiciones), la amplitud del método utilizado (la *conditio sine qua non*), así como la ineptitud total de estas para explicar modalidades delictivas como los delitos omisivos o los delitos de culpa inconsciente, determinaron su superación.²⁸

2. Teoría finalista de Hanz Welzel

Durante las primeras décadas del siglo XX, Welzel abandona la corriente causalista del delito, construyendo una nueva concepción respecto de la acción humana, la que considera como el punto central de la teoría del delito a la que se reconoce como teoría final de la acción que tuvo su auge en la Europa de la posguerra hasta la década de los 70's. *En dicha teoría, la esencia de la acción se basa en la anticipación mental y la correspondiente elección de medios del sujeto supradetermina de modo final el hecho.*²⁹

El profesor Welzel destaca el fracaso de la doctrina causal en la definición de la tentativa, porque la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su

²⁷ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, Tercera reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 27.

²⁸ Montoya Vivanco, Yvan, "Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito", Perú, Derecho PUCP, no. 72, Diciembre 2013, pp. 109-139.

²⁹ Véase Berchermann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano parte general, op. cit.*, p. 365.

efecto, sino una acción que *apunta* a un resultado previamente elegido. Por consiguiente, una acción en la que en *el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo*. Welzel se pregunta:

¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar un hombre? Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad en la acción. Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria, de la acción, en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado. Ante este hecho fracasa toda interpretación causal de la acción.³⁰

No es solo la causa que produce la acción de una persona que comete un hecho ilícito, lo que se debe valorar en esta teoría del finalismo de Welzel, sino también la intención o el deseo de alcanzar el fin de cometer el delito, es lo que se denomina valoración subjetiva. Para Welzel, el Derecho Pena tiene una función ético-social positiva; *es decir que la misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad*. Valores jurídicos penales, no necesariamente morales, para sancionar la inobservancia de la norma y asegura la vigencia de la misma.

3. Teoría funcionalista de Roxin y Jakobs

La evolución de esta nueva corriente comienza en Alemania a partir del año 1970, a través de arduos intentos para desarrollar un sistema funcional del derecho penal. Los adeptos de esta teoría pregonaban que la formación del sistema jurídico penal debe guiarse por los fines del derecho penal en lugar de por simples antecedentes objetivos.

Para Roxin, el mejor camino sólo puede consistir al dejar permear las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal, y que las

³⁰ Welzel, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel 1964, p. 47.

concretas categorías del delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— deben sistematizarse y contemplarse desde la óptica de su función político-criminal.³¹ En este sentido, la función del tipo penal sirve para dar cumplimiento al principio de legalidad, que la de antijuridicidad sea para dar solución a los conflictos que aquejan a la sociedad, y la de la culpabilidad se actualice para los fines de la pena. Mediante la aplicación de políticas criminales³² a través de un sistema teleológico que penetre en la ciencia del derecho penal, se puede llegar a tener una mejor claridad del derecho penal y de seguridad jurídica, más que en un sistema en el que solamente prevé abstracciones o axiomas para deducir el delito.

A Jakobs se le debe la mayor evolución del Derecho Penal en la actualidad, discípulo de Welzel, se propuso la formación de un nuevo paradigma sobre el sistema de Derecho Penal a través de la normativización del sistema jurídico. Su teoría denominada *funcionalismo jurídico-penal* ha sido la predominante a partir de los años 90 en que surgió su obra y con mayor fuerza desde el año 2000. La doctrina de Jakobs parte de la constitución de la sociedad, y es definida por el propio Jakobs como "aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad".³³

La base de la teoría de Jakobs es socialista, debido a que rechaza que la misión del derecho penal resida de manera inmediata en la protección de los bienes jurídicos, porque el derecho penal normalmente llega demasiado tarde, es decir, cuando la lesión de un bien jurídico y es irreparable, por lo tanto, la misión

³¹ Roxin Claus, *op. cit.*, p. 15

³² La acción político criminal está dirigida solamente a quien ejerce el derecho; es decir, la puesta en práctica de esta política solo debería concretarse a la aplicación de la ley penal. Sin embargo, sabemos que el motor que mueve las conciencias para el diseño de esta política es la criminología, la cual abunda en la realidad al tomar los datos de las conductas delictivas que perturban la armonía social, para diseñar propuestas e intentar contrarrestar con sus predicciones lo que al interior de la teoría constituye su impulso científico. Véase, Gamboa de Trejo, Ana, *Derecho penal*, México, Oxford, 2010, p.45.

³³ Jackobs, Günther *et al.*, *Función de la penal estatal y evolución de la dogmática post-finalista*, México, Porrúa, 2006, p. 107.

del sistema penal está en hacer prevalecer la vigencia de la norma, no reparar bienes, sino confirmar la idoneidad normativa en la sociedad.

V. NOCIÓN Y ESTRUCTURA DEL DELITO

Cuando alguien se refiere al derecho penal, erróneamente se piensa que en esta área todo ya está definido; que las personas encontrarán de forma cierta e inequívoca la concepción del fenómeno social llamado delito, formalmente establecido. Pero nada estaría más alejado de la realidad, la misma naturaleza e identidad del vocablo delito, al igual que otros conceptos jurídicos que se expresan en la parte general de los ordenamientos penales, varían no sólo de un estado a otro, sino de un juzgado a otro; inclusive de un abogado a otro, es entonces cuando nos percatamos de la falta de seguridad jurídica en la que nos encontramos ante esta institución, que es la base fundamental del derecho penal.

Etimológicamente la palabra delito proviene del latín "delicto" o "delitum", supino del verbo "delinqui", "delinquere" (compuesto de *linquere*, dejar, y el prefijo *de*) que significa desviarse, resbalar, abandonar.³⁴ Para Muñoz Conde y Mercedes García el delito es "la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible".³⁵

1. Concepto total, atómico, sintético o unitario

Concepto total del delito, es considerado el punto de partida de la teoría del delito, el delito es una infracción de la ley. Es un *ente jurídico* que no admite división, el delito es un todo. Para los ciudadanos la ley es un mandato cuya violación constituye la infracción, es decir, la violación del derecho. El delito es un ente jurídico porque el Estado lo ha determinado mediante una ley, el ciudadano

³⁴ Marques Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, México, Trillas, 1990, p.131.

³⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Harán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 205.

tiene el deber de conocer la ley, está obligado a obedecerla, la ley tras ser promulgada trae consigo la presunción de su conocimiento.

Los unitarios consideran al delito como un bloque monolítico, presentándose de acuerdo con Bettioli, como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, no se deja, para usar una expresión vulgar, rebajar. Es decir, el delito es un todo orgánico; es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y su intrínseca unidad: sólo mirando el delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea.³⁶

2. Concepción analítica, tomista o fraccionador

Es en la cual el delito puede y debe ser analizado a través de los elementos que lo constituyen, de tal forma que sin negar su relación intrínseca, pueda ser analizado mediante su fraccionamiento o disección. Para efectos de este estudio dividiremos los elementos en que se estructura el delito, en aspectos positivos y negativos, tal y como hacen algunos autores, empleando el sistema que sigue el método aristotélico de *sic et non*, en contraposición de lo que el delito es a lo que no es.

Según la escuela a la que pertenezca, por cuanto a los elementos en su estricto sentido, se apega a alguna de las siguientes corrientes o concepciones:

Corriente estructuralista	Número de elementos	Ejemplo
Atómica	1	No admite división, el delito es un todo.

³⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntalamientos de la parte general de derecho penal*, 13ª ed., México, Porrúa, 1990, p.197.

Bitómica	2	Conducta, punibilidad.
Tritónica	3	Conducta, culpabilidad, punibilidad.
Tetratómica	4	Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad.
Pentatómica	5	Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad.
Hexatómica	6	Conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad.
Heptatómica	7	Conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva, punibilidad.

Medina Narváez, José Ángel, *Derecho penal apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia*, México, Porrúa, 2016, p. 112.³⁷

Como ejemplo podemos mencionar que el actual código penal para el Estado de Morelos³⁸ se basa en la teoría Bitómica³⁹, por su parte el código penal del Estado de Aguascalientes⁴⁰, Coahuila de Zaragoza⁴¹ y San Luis Potosí, en sus definiciones de delito, mencionan los elementos que acoge la teoría Tetratómica. Para efectos analíticos de este estudio, se consideraran como elementos del delito los siguientes:

Aspecto positivo	Aspecto negativo
-------------------------	-------------------------

³⁷ Medina Narváez, José Ángel, *Derecho penal apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia*, México, Porrúa, 2016, p. 112.

³⁸ Periódico Oficial "Tierra y Libertad" No. 4625 de fecha 09 julio de 2008.

³⁹ La definición que da en su artículo primero, establece que el delito es la acción u omisión que sanciona la ley penal.

⁴⁰ Periódico Oficial del Estado Aguascalientes, el 20 de mayo de 2013.

⁴¹ Periódico Oficial del Estado de Coahuila de Zaragoza, viernes 28 de mayo de 1999.

Conducta	Ausencia de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Juridicidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Punibilidad	Imposibilidad

Medina Narváez, José Ángel, *Derecho penal apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial*, con jurisprudencia, México, Porrúa, 2016, p. 113.⁴²

3. Concepto legal del delito

Para especialistas que estudian otro tipo de ciencias que contribuyen a la ciencia jurídica, el delito es una conducta humana indeseable, nos referimos a los psicólogos, quienes han sabido desarrollar importantes teorías para intentar explicar el fenómeno delictivo, el cual se caracteriza por ser una conducta antisocial o desviada. Su visión es más amplia y completa que la del jurista, debido a que aquel utiliza varias metodologías para estudiarlo. Los criminólogos, analizan la conducta delictiva desde la perspectiva de la psicológica, antropológica, sociológica y médica, para generar una variada gama de teorías explicativas, mientras que el jurista únicamente parte de la descripción legislativa del fenómeno.⁴³

El derecho penal acorta la realidad criminal, la observa a través de la perspectiva limitada de definiciones normativas. La criminología intenta saber cómo es esa realidad en sí misma para explicarla científicamente y poder comprender el fenómeno del delito en el ámbito interno. Pero en esencia, la criminología y el derecho penal aportan información muy valiosa acerca del delito.

⁴² Medina Narváez, *op. cit.*, p. 113.

⁴³ Cruz Pérez, Brenda, Montiel Rodríguez, David, y Aldana González, Gabriela, "Análisis de las conductas consideradas como parte del trastorno de personalidad antisocial: Una mirada desde la teoría Gestalt", *Revista digital universitaria*, México, Vol. 15, Núm. 1, enero de 2014, pp. 6-7.

El sistema jurídico mexicano permite a la Federación, a los estados de la República y a la Ciudad de México, legislar en materia penal, tal y como lo establece el artículo 73 de la constitución política de los Estados Unidos mexicanos en su primer párrafo de la fracción XXI, que señala que el Congreso de la unión tienen facultad

Para expedir:

A) Las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral.

Las leyes generales contemplaran también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la federación, las entidades federativas y los municipios;

B) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

Por su parte, el artículo 124 de la constitución política de los Estados Unidos mexicanos establece que: *“Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.”* De los mencionados artículos se deriva del hecho como de que en nuestro país existen tantos códigos penales como entidades federativas, así como el de la Ciudad de México y el Código Penal Federal.

Ante esta compleja gama legislativa de nuestro país, nos podemos dar cuenta de que muchos códigos penales tienen grandes similitudes entre sí. No habría tanto problema a no ser que, ante tal diversidad legal, la impunidad y la incompetencia de la autoridad, afectan en gran medida la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos por la sociedad, evidenciando la falta de una política

criminal integral que sea capaz de encarar la creciente criminalidad. Para los fines del presente trabajo, y a manera de ejemplo retomaremos a continuación las definiciones del delito, o bien, los elementos con los que lo describen en algunos códigos.

El código Penal Federal establece en su artículo 7⁴⁴: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." El código Penal para el Estado de Aguascalientes⁴⁵ no prescribe definición alguna de delito, pero señala en su artículo 11:

Para que puedan aplicarse legalmente las penas y medidas de seguridad previstas en cada una de las figuras típicas reguladas en este Código debe acreditarse en cada hecho punible, la existencia de los siguientes elementos, para la configuración del delito:

I. La Conducta;

II. La Tipicidad;

III. La Antijuridicidad; y

IV. La Culpabilidad.

Se puede apreciar que la mayoría de los ordenamientos penales coinciden al definir el delito, como una acción u omisión que sancionan las leyes penales. Aunque otros ordenamientos no lo definen, si podemos encontrar dentro de su articulado los elementos necesarios para acreditar su existencia.

Es recomendable leer los códigos penales de los diferentes estados, en especial el de nuestra propia entidad federativa, y esto nos revelará el hecho de que no siempre contienen una definición concreta del delito que nos permita seguir una ruta sistemática; en esas circunstancias, nos serán de gran utilidad los conceptos que normalmente se ofrecen, como los de la *tentativa*, *concurso de delitos*, *dolo*, *culpa*, *instigador*, *partícipe* o *autor*. A ellos también los acompañan

⁴⁴ Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931.

⁴⁵ Periódico Oficial del Estado Aguascalientes, op. cit.

otros como: *delito instantáneo, permanente o continuado*; también contienen listas de principios rectores, que muchas veces, hacen referencia a categorías conceptuales propias del delito.

El problema surge cuando en el código penal se aprecia la ausencia de estos conceptos jurídicos que integran los elementos del delito, o de los mismos principios rectores que aluden a las categorías conceptuales propias del delito, como en el caso del Código Penal del Estado de Morelos; el cual no contiene el significado de muchos de los conceptos jurídicos que emplea para determinar los tipos penales, tampoco los principios jurídicos indispensables para entrar en el análisis de la culpabilidad o inculpabilidad del imputado. La falta de uniformidad sistemática, generada por el desconocimiento de los elementos constitutivos – como los elementos permanentes y contingentes integradores del tipo- y principios del delito, causa confusión interpretativa en los operadores jurídicos, lo que a su vez dificulta la administración de justicia, pudiendo dejar en estado de indefensión tanto a la víctima como al imputado.

VI. BIEN JURÍDICO TUTELADO Y SU DIFERENCIA CON EL OBJETO MATERIAL

En un sistema democrático el bien jurídico es el elemento que se desprende de la función legislativa, a través de la cual la norma establece cual es el bien jurídico que pretende proteger con la finalidad de preservar un orden de convivencia social. Como bien jurídico podemos entender "todo bien o valor de titularidad personal o colectiva normalmente evaluado y estimado como digno, susceptible y necesitado de la máxima protección jurídica, representada por la contaminación penal, que corresponde poner al comportamiento lesivo del bien jurídico, de conformidad con la concreta descripción típica".⁴⁶

⁴⁶ Luzón Cuesta, José María, *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 187.

La tarea fundamental del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, con la finalidad de incidir directamente en la armonía de la sociedad. Cuando el derecho penal determina proteger un bien jurídico, se envía un poderoso mensaje a la sociedad de que ese bien jurídico tiene una importancia tal que merece ser protegido, esto se da a través de las facultades coercitivas del Estado; como las amenazas o la imposición de castigos. Es pertinente mencionar que no todas las lesiones a bienes jurídicos incumben al derecho penal, ya que sólo está reservado para las afectaciones más graves, y otras ramas del derecho (administrativo, civil, familiar, etc.) Se pueden encargar de las afectaciones de menor gravedad.

Podemos mencionar algunos ejemplos para identificar el bien jurídico: en la falsificación de documentos el objeto material de la cosa sobre la que recae la acción en este caso el documento y el bien jurídico protegido es la fe pública en, en el robo el bien jurídico es el derecho a la propiedad y el objeto material es la cosa robada. En el delito de lesiones es bien jurídico es la integridad corporal. Como podemos observar a puede haber cierto grado de confusión al momento de identificar entre el objeto material, y el bien jurídico que se debe proteger.⁴⁷ Es decir, no es de orden material, el objeto sobre el cual recae la conducta y el otro de orden jurídico, el bien jurídicamente tutelado por la ley.

En palabras del jurista Faustino carrillo el objeto material: “Lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, o bien la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.”⁴⁸ Tanto el objeto material y el bien jurídico son elementos que se desprenden de la norma o los tipos penales cuya ambigüedad o falta de claridad puede dar lugar a problemas de entendimiento o interpretación.

⁴⁷ Almanza Altamirano, Frank, *La teoría del delito desde la visión finalista y funcionalista, Guía indispensable para la investigación y litigación oral en el modelo acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2014, p. 48.

⁴⁸ Carrillo Ahumada, Faustino, *Teoría del delito sistema jurídico penal legal*, 2ª ed., México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, p. 127.

VII. ELEMENTOS DEL DELITO

En cualquier delito existe la lesión de algún bien jurídico. El bien jurídico se concibe de forma distinta al objeto material afectado por el delito, los que en algunos casos presenta confusiones. Por ejemplo, en el delito de homicidio el bien jurídico tutelado es la vida, y el objeto material es la muerte, lo cual es confuso, asimismo, en el delito de daño en propiedad ajena, el bien jurídico protegido es el patrimonio, y el objeto material es la destrucción o daño que sufre el bien. Cuando la valoración social o cultural es contenida en la ley, da la pauta para la tipicidad y posteriormente, la antijuridicidad. Si la conducta es típica podrá examinarse si también es antijurídica.⁴⁹

Para Claus Roxin,⁵⁰ la dogmática penal contemporánea afirma que toda conducta punible contiene una *acción típica, antijurídica, culpable* que en su momento cumple con otros presupuestos de punibilidad. En otras palabras, toda conducta punible contiene cuatro elementos comunes que son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Existe una relativa problemática sobre la definición del término adecuado para designar el comportamiento realizado por una persona que puede generar consecuencias jurídicas penales. Muchos autores utilizan los términos acción y conducta como sinónimos. Podemos estudiar la conducta propiamente a partir del punto en el cual el hombre entra en contacto con el ordenamiento penal. Algunos autores argumentan que lo mejor es hablar de “conducta”, ya que ésta abarca tanto a la acción como a la omisión. El delito debe analizarse como hecho material y no como circunstancia formal, es decir, por un lado se debe analizar el tipo, y el delito como hecho, por el otro.

⁴⁹ Cfr., Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal parte general*, 6ª ed., México, Porrúa, 2014, p.165.

⁵⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general, t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Ramesal, Madrid, Cívitas, 2007, p. 193.

Otros autores determinan que la “conducta” no es exclusiva del ser humano y que la “acción” sí, pero de igual forma con una acepción *lato sensu*, de lo que se concluye que la acción puede ser tanto positiva (acción en su estricto sentido) como negativa (omisión), pero estrictamente relacionada al resultado producido, o el qué pudo haber causado en relación al tipo penal, debido a que el pensamiento, las ideas o la misma resolución de delinquir no pueden constituir un delito, a menos de que se exteriorice físicamente. Por lo tanto, no existe la acción ni la omisión, mientras que no se haya producido un resultado típico, o bien, la posibilidad de que dicho resultado haya podido ser producido pero se evitó que se produjera por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.⁵¹

1. Formas de conducta

A. La acción

La acción es uno de los aspectos más controvertidos de la teoría del delito. La acción constituye el presupuesto de la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad. La acción es todo comportamiento de la voluntad humana que se exterioriza en el mundo físico, por lo tanto sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante, y no así, los acontecimientos en los que intervengan factores ajenos a la voluntad humana. "Por lo tanto, son ajenos al sentido jurídico de la acción los efectos que se den por fuerzas naturales o por animales, como también lo son los actos de las personas morales."⁵²

Téngase presente que aquello que lesione o ponga en peligro un bien jurídico atribuible a un ser humano, deriva de una acción u omisión, lo cual nos permite establecer que este presupuesto es el que genera una modificación externa o interna, así como una consecuencia jurídica penal.

Al respecto, Vidaurri Arechiga menciona que la acción propiamente dicha se realiza en dos fases:

⁵¹ Véase, Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 48.

⁵² Berchermann Arizpe, Antonio, *op. cit.*, p. 360

Interna. Que se dé en la mente del autor que se propone realizar algo, dirigiendo su voluntad a lo largo del fin imaginado, para lo cual considera todos los elementos que son necesarios o indispensables, así como los imponderables de cualquier proyecto (efectos concomitantes); en otras palabras, decide que quiere y como lo quiere.

Externa. Que aparece una vez que el autor ha determinado mentalmente el fin o propósito, así como los medios para su realización. En esta fase, el autor pasa de lo pensado o imaginado a la realidad fáctica, es decir, poner en marcha los pasos elegidos para alcanzar la meta. Es obvio que la valoración penal se hará sobre los actos externos, siempre que estén tipificados penalmente.⁵³

En el derecho penal hablamos de acción y omisión como formas penalmente reprochables en cuanto al comportamiento humano. En efecto, es penalmente reprochable un actor pasivo, cuando el sujeto sí tiene las posibilidades de actuar para evitar que se configure el tipo penal. En el *Causalismo* de Mezger, el hecho punible es la conducta, que explica "El hecho punible, como acción en sentido amplio abarca dos formas de conducta humana: los *hechos de comisión* (actividad positiva) y los *hechos de omisión* (conducta pasiva, omisión). La acción en sentido amplio abarca ambos hechos, y en sentido estricto solamente los hechos de comisión".⁵⁴

Hoy en día no se puede generalizar a la acción, ésta se atribuye exclusivamente al hombre, a la persona física, diferente a lo que ocurría en la época del *causalismo*, donde se pensaba que toda modificación del exterior provenía de una conducta independiente de la intención de realizarla, no importaba cual sujeto la efectuará, siendo este un razonamiento erróneo, porque las

⁵³ Vidaurri Arechiga, Manuel, *Introducción al derecho penal*, México, Oxford University Press, 2012, p. 115.

⁵⁴ Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Valleta Ediciones, 2004, p. 102.

descripciones contenidas en las leyes penales están dirigidas a sancionar la conducta de personas físicas con voluntad e imputables.

Por otra parte Welzel dentro del Finalismo manifiesta que "el objeto de las normas penales es la conducta humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de actividad final, o la omisión de una acción, esto es, el no ejercicio de una actividad final posible".⁵⁵

Continuando con Welzel, manifiesta que:

Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente "causal". La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines.⁵⁶

Por su parte, Roxin dentro del funcionalismo refiere que la acción "es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad".⁵⁷ Para Jakobs, cualquier delito, ya sea de comisión u omisión, defrauda una expectativa jurídicamente garantizada.

Se debe distinguir que cuando un humano "desea" (es positivo, pero nada se ponen en movimiento para cambiar el mundo físico, sólo espera el resultado) o cuando "quiere" (se pone en movimiento para obtener el resultado cuando se tiene la voluntad) debido a que toda conducta tiene que ser voluntaria (querer activo). Es decir que la acción se realiza mediante una actividad positiva, cuando se hace algo que no se debe hacer violando una norma prohibitiva. En relación a ello Jiménez de

⁵⁵ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Chile, Editorial jurídica de Chile, 1993, p. 38.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁷ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, España, Civitas, 2007, p 194.

Asúa, manifiesta que esto se determina según la naturaleza de la norma "si esta es prohibitiva (no matarás) su quebrantamiento crea un delito de acción".⁵⁸

La acción cubre tres requisitos esenciales que la hacen un comportamiento exclusivo del ser humano, son: la voluntad del sujeto, la manifestación de ésta, y en consecuencia la modificación del mundo exterior, por lo tanto cualquier acto de voluntad presume actos de conocimiento. La voluntad es el acto que refleja la personalidad del sujeto, es el elemento con el cual se manifiesta. No sólo son atribuibles a la voluntad los actos realizados mediante un impulso consciente, también los que se derivan de la inercia de querer, la voluntad debe estar impregnada de conciencia, pues sin la conciencia no se puede considerar como tal.⁵⁹

Respecto al elemento acción en las excluyentes de responsabilidad, se dice que "se presentan cuando la voluntad del sujeto se ve viciada, o bien, el acto realizado, carece de libertad de voluntad; se pueden señalar tres excluyentes de responsabilidad: la fuerza irresistible, actos reflejos y los estados de inconciencia, aunque la ausencia de acción o exclusión de esta, no quiere decir que las otras categorías del delito no existen."⁶⁰

B. La omisión

La omisión es otra forma de comportamiento humano penalmente reprochable, un comportamiento pasivo, en el cual, la voluntad del sujeto se manifiesta al no actuar de una forma determinada teniendo la obligación de hacerlo, lo que genera una alteración en el mundo físico que se configura con el tipo penal previsto en la norma. La omisión puede considerarse como la antítesis de la acción, como la manifestación negativa de la voluntad, pero que genera

⁵⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, p 267.

⁵⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría de delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 105.

⁶⁰ Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 57.

consecuencias jurídicas, por lo que “no impedir un resultado estando obligado a impedirlo, equivale a ocasionarlo”.⁶¹

La omisión no se debe entender como el comportamiento de nada hacer o no actuar, sino como dejar de realizar una conducta establecida por la ley, “radica en una abstención voluntaria, en un no hacer aquello que se debe ejecutar por imponerlo así la ley penal”.⁶² Por su parte Gimbernart define la omisión como “aquel comportamiento pasivo consiente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara”.⁶³ Cuello Calón la describe como: “la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado”.⁶⁴

Existe un criterio uniforme respecto al concepto de omisión, en el que no equivale a la mera abstención, sino en dejar de realizar algo que se debió de realizar. Como ejemplo: el sujeto que logra ver cómo una persona se está ahogando en el agua, teniendo el deber de auxiliar, o bien de solicitar ayuda para auxiliarlo, si en lugar de realizar ese comportamiento abandona al necesitado, es cuando se encuentra la ausencia de una conducta determinada por la ley, y en la presencia de una distinta y reprochable actitud corporal. Es por ello que la omisión y la acción tienen un origen común, pero “la omisión, como se ha dicho, no es la cara inversa de la acción, sino otro modo ejecutivo”,⁶⁵ Es un actuar distinto a lo determinado por la ley, de forma voluntaria y consiente.

Se puede decir que la *acción positiva* es la actividad corporal reprochable, y la *acción negativa* u omisión, es la conducta diferente a la esperada, que de haberse realizado la acción esperada, el resultado no se hubiera producido.

⁶¹ Marggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1954, p. 350.

⁶² Cortez Ibarra, María de los Ángeles, *Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2001, p. 180.

⁶³ Gimbernart Ordie, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, México, INACIPE, 2003, p. 18.

⁶⁴ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, México, Editorial Nacional, 1970, p. 336.

⁶⁵ Del Rosal, Juan, *Tratado de derecho penal español*, Madrid, Villena, 1978, p. 662.

La teoría del delito reconoce la existencia de tres tipos de delitos de omisión:

Omisión propia o simple, donde se castiga la infracción de un deber de actuar, “es la abstención de una acción específica, determinada, posible y obligatoria, por parte de un objeto en lo particular, en una situación dada; en ella existe la violación de un deber jurídico de obrar; se castiga la simple conducta homicida, por sí misma, sin requerirse un resultado.”⁶⁶

Sirva como ejemplo el siguiente precepto del Artículo 134 del Código Penal de Morelos:

Omisión de auxilio a lesionados: Al que habiendo lesionado culposa o fortuitamente a una persona no le preste auxilio ni solicite la asistencia que aquélla requiere, pudiendo hacerlo, y no permanezca en el lugar en que se encuentre el lesionado hasta que éste reciba el auxilio solicitado, se le impondrán las sanciones previstas en el artículo anterior.

Para que se actualice el delito de omisión de auxilio previsto en el artículo anterior, no es necesaria la deliberada intención de dejar a la víctima en condiciones en que no sea posible que se le preste el socorro oportuno, sino que es suficiente que de forma culposa o fortuita lesionar a una persona y no se le preste el auxilio de manera inmediata, según lo establecido en dicho artículo. Los *delitos de omisión y resultado*, vinculando la omisión al resultado material ocasionado a consecuencia de ésta, “en los que la omisión se vincula a un resultado determinado, con el que se conecta causalmente.”⁶⁷

Otro ejemplo de omisión lo encontramos en el delito de abuso de autoridad, (Art. 215, fracción. VII, CPF):

⁶⁶ Medina Narváez, José ángel, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁷ Vidaurri Aréchiga, Manuel, *op.cit.*, p. 116.

Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes: Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones.

En los *delitos de omisión impropia, complejos o de comisión por omisión*, la norma se infringe mediante la omisión de una norma prohibitiva. Algunos autores también le llaman omisión no tipificada debido a que "el comportamiento no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo".⁶⁸ En otras palabras, los "delitos de comisión por omisión o falsos delitos de omisión... consisten en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar",⁶⁹ siempre que no exista alguna causa de justificación o excluyente de responsabilidad.

Un ejemplo más es el delito de evasión de presos:

En el delito de *Evasión de presos*: acreditado el cuerpo del delito, aunque aún no esté demostrado que hubiera ayudado a los reos evadirse o apoyado en su intento, su falta de previsión y de cuidados configura su imprudencia punible. Se trata de un delito de comisión por omisión, porque no es el hacer activo, sino el omitir, lo que viola el deber del funcionario, y la culpabilidad surge del deber por especial aceptación, porque el cargo aceptado llevar consigo un deber de vigilancia, y sólo la imposibilidad de hecho para cumplir íntegramente la custodia, haría viable la exculpante.⁷⁰

En otro orden de ideas, existen casos no en los que no es posible sostener la existencia de una acción penalmente relevante, debido a que, en la misma falta el elemento volitivo, "el derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no

⁶⁸ Muños Conde, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ Cuello Calón, *op. cit.*, p. 337.

⁷⁰ Medina Narváez, *op. cit.*, p. 135.

habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad".⁷¹ La ausencia de conducta (acción u omisión) que es meramente la actividad o inactividad, que se realice sin la intervención de la voluntad humana. Casos en que los autores estudian como formas o causas de ausencia de conductas, las que son derivadas de una fuerza física irresistible, movimientos reflejos y determinados estados de inconciencia:

C. Fuerza física irresistible.

Es la fuerza en la que el sujeto se convierte en un mero objeto que se mueve bajo el influjo o la voluntad de otra persona, quien ejerce directamente una fuerza física o material, superior a la fuerza del primero. Medina Narváez manifiesta que "El ser humano se "cosifica", se convierte en un mero instrumento de la voluntad de otro ser humano". Dicho de otro modo, la fuerza física irresistible "es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre la gente".⁷²

Las tesis siguientes son pertinentes para el mejor esclarecimiento del tema:

FUERZA FISICA EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño.⁷³

FUERZA FISICA EXTERIOR IRRESISTIBLE COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA). Para que proceda la excluyente de responsabilidad criminal prevista por el artículo 14, fracción I, del Código Penal del Estado de Tlaxcala, consistente en que el activo obre bajo el impulso de una fuerza física exterior irresistible, es menester que se compruebe la existencia de una fuerza

⁷¹ Muños Conde, op. cit., p. 13.

⁷² *Ibidem*, p. 145.

⁷³ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo II, Penal Tesis 883, p. 563.

material, no moral, sino violenta de hecho; que la fuerza sea exterior, es decir, provocada físicamente de fuera del sujeto que la sufre e irresistible para él, al grado de que supere su propia resistencia, incapacitándolo para auto determinar su conducta y para actuar con autonomía.⁷⁴

D. Ataque epiléptico.

La epilepsia ha sido definida por la American Epilepsy Society⁷⁵ como "una perturbación intermitente, estereotipada de la conciencia, el comportamiento, la emoción, la función motora, la percepción y/o la sensación que, en términos clínicos, resulta de las descargas eléctricas anormales de las neuronas corticales Epilepsia es una condición en la que los ataques ocurren espontáneamente".⁷⁶

Las siguientes tesis son de utilidad respecto al tema del ataque epiléptico:

TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE.- La imputabilidad sólo opera cuando el delito y su resultado dañoso se producen durante el ataque epiléptico mismo, o en la llamada "aura epiléptica".⁷⁷

TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE.- EPILEPSIA. La epilepsia figura entre las causas de inimputabilidad cuando el ataque mismo provoca el daño o este resultado se registra durante el aura epiléptica.⁷⁸

EPILEPSIA COMO CAUSA EXIMENTE DE LA CULPABILIDAD (LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Según los autores, la epilepsia engendra un trastorno mental en que el rasgo dominante es la

⁷⁴ Semanario Judicial, Octava Época, Tomo XIV, Julio de 1994, Tribunales Colegiados, p. 598.

⁷⁵ Medina Narváez, *op. cit.*, p.145.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 141.

⁷⁷ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, Segunda Parte, XXIV, Pagina 127, Registro No. 262711.

⁷⁸ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, Segunda Parte, XXI, p. 217, Registro No. 263035.

aparición repentina y violenta de ataques convulsivos que originan la pérdida de la conciencia, de la voluntad y de la representación pero si un dictamen pericial suscrito por expertos en psiquiatría concluye que el acusado se encontraba en el uso completo de sus facultades mentales cuando delinquiró, es improcedente que se le aplique una medida de seguridad y la autoridad responsable no violó garantías al valorizar dicha prueba y declararlo culpable.⁷⁹

E. *Movimiento o acto reflejo*

El acto reflejo se ha definido como la "respuesta secretora o motora involuntaria de un tejido, debido a un estímulo sensorial, por ejemplo, estornudo, parpadeo, tos",⁸⁰ para Medina Narváez, "los movimientos reflejos son todas aquellas vibraciones musculares producidas como respuesta por el sistema nervioso a un estímulo sensorial, independientemente de la voluntad de la persona.

Por nuestra parte se considera que los movimientos o actos reflejos son una actividad muscular involuntaria impulsada por un estímulo sensorial, el cual tiene un origen evolutivo y de auto preservación. Como ejemplo exponemos el siguiente caso:

- a) Cuando una persona toma con sus manos desnudas un recipiente el cual no sabía que estaba muy caliente, y al quemarse reacciona arrojando en recipiente derramando el líquido caliente sobre otra persona provocándole lesiones.
- b) Cuando una persona va por la carretera conduciendo su vehículo, y repentinamente se introduce una abeja o una avispa golpeándole la cara al conductor y picándole, y éste reacciona con movimientos evasivos

⁷⁹ Informe 1959, Primera Sala, Sexta Época, p. 36, Registro No. 812903.

⁸⁰ Roper, Nancy, *Diccionario de Enfermería*, 16ª ed., México, McGraw-Hill Interamericana, 2000, p. 333.

perdiendo el control de su vehículo, chocando contra otros objetos y generando daños.

F. *Fuerza mayor*

La fuerza mayor es aquella fuerza superior producida por fenómenos de la naturaleza que opera sobre el ser humano, anulando por completo la voluntad del mismo, convirtiéndolo en un mero objeto o instrumento material, es decir; de "un acontecimiento que no se ha podido precaver o resistir, se señalan como actos típicos los acontecimientos naturales tales como las inundaciones, temblores, etc.; tienen como elemento característico el de ser inevitable",⁸¹ lo que en ningún caso genera responsabilidad penal para sujeto alguno.

Al igual que otros autores, también hablaremos del *Caso Fortuito*, es en el que se producen resultados típicos aunque el sujeto haya realizado una actividad lícita, tomando las debidas precauciones, es decir, sin mala fe ni imprudencia, "el daño al bien jurídico se causa por mero accidente, dado que existe imprevisibilidad del resultado y no puede exigirse a la persona prevea lo que es humanamente imprevisible"⁸². Los elementos que distinguen la fuerza mayor del caso fortuito es que en el primero; la voluntad es oprimida, el suceso puede ser previsible o relativamente previsible pero inevitable y en el segundo, la situación que se presenta es imposible de prever e igualmente inevitable; sirvan para el mejor entendimiento del tema, las siguientes jurisprudencias:

CASO FORTUITO E IMPRUDENCIA.- Si el resultado era "imprevisible", resulta del todo inútil hablar de culpa y menos aún de grados en ella, pues precisamente la "imprevisibilidad" del resultado diferencia el caso fortuito, de la culpa. Refiriéndose al caso fortuito, la mayoría de los autores lo precisan como aquel que se origina, no sólo por las fuerzas de la naturaleza, sino por la acción del hombre, pero el cual se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana, determinando que tanto el "caso" como la "fuerza mayor" excluyen la

⁸¹ Medina Narváez, *op. cit.*, p. 146.

⁸² *Ibidem*, p. 147.

responsabilidad penal, pero existiendo entre ambas situaciones fundamental diferencia, ya que mientras en el "caso fortuito" existe imposibilidad de prever, en la "fuerza mayor" existe "opresión de la voluntad".⁸³

CASO FORTUITO.- La esencia del caso fortuito radica en la imprevisibilidad del resultado, y por ello la ley excluye de responsabilidad, ya que no puede exigir que el individuo prevea lo que es humanamente imprevisible.⁸⁴

CASO FORTUITO COMO EXCLUYENTE.- Los requisitos necesarios para que exista el caso fortuito, como eximente de incriminación, son: a) Que el acto ejecutado sea lícito b) Que se haya ejecutado con la diligencia debida, esto es, empleando las precauciones racionales que no omiten las personas prudentes y previsoras, y c) Que a pesar de ello resulte el mal por mero accidente material no imputable ni dolo ni a culpa.⁸⁵

2. La tipicidad

Este es un elemento cumple dos funciones muy importantes dentro de la teoría del delito y que no se contraponen con las excluyentes delictivas: una es que garantiza el principio de legalidad, porque sólo el comportamiento que ha sido descrito en la ley puede dar lugar a la responsabilidad penal. La otra es el punto de referencia para continuar en el análisis de los subsecuentes elementos del delito, a manera de secuencia lógica, ya que si se determina que el comportamiento específico es típico, será procedente entrar en el análisis de lo antijurídico, y por último evaluar la culpabilidad del sujeto.

En palabras de Plascencia Villanueva, manifiesta que "a fin de estar en posibilidades de sancionar a una persona por la realización de un comportamiento nocivo a los intereses de la sociedad, es necesaria la existencia de un precepto

⁸³ Semanario Judicial, Sexta Época, Primera Sala, Tomo XIV, p. 58.

⁸⁴ Semanario Judicial, Sexta Época, Segunda Sala, Volumen IX, Segunda Parte, p. 38, Registro 264227.

⁸⁵ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXXV, p. 2635, Registro 294308.

legal que contempla dicha circunstancia, así como que cumpla con el presupuesto de que el sujeto tenga conocimiento de lo antisocial de su comportamiento”⁸⁶ En esencia, la vinculación de la conducta del sujeto con el tipo penal previamente establecido en la norma, es una consecuencia de la garantía de legalidad. En contrasentido, “no es posible derivar acciones punibles sin un tipo legal que previamente contemple la conducta y la pena, contra lo que sí se permite para algunas consecuencias jurídicas civiles”.⁸⁷

Se puede concebir a la tipicidad como la comisión de un hecho literalmente encuadrable en la descripción del derecho que conlleva consecuencias penales. En otras palabras “un resultado se le podrá imputar objetivamente a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese mismo riesgo se haya realizado en un resultado”.⁸⁸ En el *causalismo*, Edmund Mezger principal exponente de la corriente manifiesta que "es punible sólo el que actúa *típicamente*. Todo *hecho punible* es, por consiguiente, un *injusto típico*. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista *ninguna causa de exclusión del injusto*".⁸⁹

En el *finalismo*, Welzel considera que: "tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual".⁹⁰

En el *funcionalismo*: Claus Roxin establece que:

El tipo penal, que resume en sí la totalidad de las circunstancias determinantes del injusto, resulta adecuado a las exigencias del elemento fundamental y delimitador de la estructura del tipo. Todas las acciones que se subsuman a

⁸⁶ Plascencia Villanueva, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁷ Berchermann Arizpe, *op. cit.*, p. 361.

⁸⁸ Ojeda Rodríguez, Cuauhtémoc, Guerrero Agripino, Luis Felipe, "Algunas Referencias sobre la Imputación Objetiva en el Ámbito de la Teoría del Delito", México, Acta Universitaria, vol. 13, núm. 2, mayo-agosto de 2003, pp. 5-13.

⁸⁹ Mezger, *op. cit.*, p. 143.

⁹⁰ Welzel, Hans, Derecho Penal..., cit., p 60.

este tipo, expresan un elemento fundamental como: han merecido la reprobación del legislador y son, por tanto, socialmente dañosas y materialmente contrarias al derecho. Como consecuencia de este criterio uniforme, la pertenencia de un elemento al tipo penal es independiente de lo meramente exterior o causado.⁹¹

Günther Jakobs, expresa que "El conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación, se denomina *tipo de injusto*... Hay tantos tipos como formulaciones de diversas acciones en el Derecho positivo; al mismo tiempo, un precepto legal puede contener varios tipos".⁹²

A su vez, La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido mediante jurisprudencia el término *Tipicidad*, como una situación en la cual el comportamiento del acusado se encuentre encuadrado al tipo penal que prescribe la ley de la materia. Además de ello lo ha considerado como un elemento objetivo del delito.

TIPICIDAD.- Siendo la tipicidad un elemento objetivo del delito, que se integra mediante la función de comprobación de que el hecho imputado (conducta y resultado) se adecúa al presupuesto normativo y descriptivo (tipo), la sentencia impugnada, al aceptar que en autos se comprobó el cuerpo del delito previsto en un precepto, está realizando la función de comprobar que el hecho imputado encaja, en forma perfecta, dentro de la hipótesis recogida por el tipo.⁹³

A. Funciones de la tipicidad

La doctrina contempla que la tipicidad contiene una serie de importantes funciones que deben ser tomadas en cuenta en todo momento:

⁹¹ Roxin, Claus, *Teoría Del Tipo Penal*, México, Cárdenas Editor Y Distribuidor, 1972, p. 277.

⁹² Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., España, Marcial Pons, 1997, p. 191.

⁹³ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, Tomo XXI, p. 187.

Función seleccionadora. Mediante esta función se eligen los tratamientos de relevancia especial.

Función de garantía. Únicamente los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados.

Sanción motivadora. Se cumple desde el momento en que el legislador describe (tipifica) los comportamientos desaprobados, esperando que los integrantes del grupo social se inhiban de cometerlos.

Función indiciaría. La existencia del tipo penal anuncia la posibilidad de la tipicidad, que es al mismo tiempo indicio de la existencia probable del delito; no obstante, la tipicidad de un comportamiento no implica necesariamente que el mismo sea ya antijurídico, puesto que es probable que el hecho esté justificado de alguna manera; "puede desempeñar una función indiciaría de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero no se puede identificar con ella".⁹⁴

Tal y como Vidaurri Aréchiga⁹⁵ puntualmente señala, atendiendo a que no debemos confundir los términos; *tipicidad, tipo pena y juicio de tipicidad*. El primero es la afirmación de que la conducta desplegada se adecua al supuesto de hecho descrito en la ley penal, el segundo se refiere a la descripción legislativa, y la tercera es la comparación que hace el juzgador entre una conducta específica y la descripción legal.

B. Tipo penal

El *Tipo penal* es el conjunto de características descriptivas que integran el injusto o delito, previamente constituidas en la ley penal, de observancia obligatoria que contiene elementos objetivos, subjetivos y normativos.

⁹⁴ Muñoz Conde, y García Harán, *op. cit.*, p. 253.

⁹⁵ Vidaurri Aréchiga, *op. cit.*, p. 117.

La Suprema Corte también se ha expresado con respecto al elemento *Tipo* en los siguientes términos:

TIPO PENAL.- El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos, el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal.⁹⁶

TIPO PENAL.- Conforme a la teoría general del derecho, el tipo penal está constituido por el injusto descrito concretamente por un precepto de la ley, a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica de punibilidad.⁹⁷

El *tipo* debe entenderse como la descripción abstracta que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta predeterminada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas.⁹⁸

C. Juicio de tipicidad

Se puede mencionar que el *juicio de tipicidad*;⁹⁹ es la comparación abstracta que realice el juez, a través del cual identifica si el hecho específicamente acreditado se encuentra actualizado al supuesto abstracto contenido en la ley

⁹⁶ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, Tomo XVI, p. 257.

⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXXXI, p. 121.

⁹⁸ Véase, Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 96.

⁹⁹ En la práctica, cuando el juzgador recibe dentro del juicio, elementos materiales con los que se acredite que un ser humano perdió la vida a consecuencia de la acción u omisión de otro ser humano, el juez se remontaría a la ley penal para identificar el supuesto jurídico que se encuentre actualizado con dicho acontecimiento, el cual se hallaría encuadrado en el tipo penal denominado homicidio, y hallara que se ha dañado un bien jurídico tutelado (la vida humana) lo que daría lugar a entrar en el análisis de los subsecuentes elementos del delito, como la antijuridicidad y la culpabilidad.

penal. Para una mejor comprensión de este concepto, consideramos oportuno analizar la tesis siguiente que conforme a la letra se inserta:

JUICIO DE TIPICIDAD. EXISTE CUANDO, ADEMÁS DE VERIFICARSE LA RELACIÓN DE TODOS LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA, SE DAÑE O CONCRETAMENTE SE PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL CORRESPONDIENTE TIPO PENAL. Uno de los principios que autorizan al derecho penal a reprimir una conducta es la lesión a un bien jurídico que la norma determine proteger. Los tipos penales se encuentran inmersos en un sistema más o menos ordenado de normas para proteger determinados bienes o intereses jurídicos que el legislador estima deben salvaguardarse de forma más enérgica, mediante la amenaza de la sanción penal. Las figuras típicas deben así su creación y existencia a los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger penalmente, a tal grado que no hay norma penal que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga como fin la protección de un bien jurídico. De ahí que el tipo penal (entendido como la hipótesis normativa que regula una conducta como delito), se crea para salvaguardar los bienes consagrados en su entorno legal, de forma tal que sin la existencia del bien que se trate de proteger mediante la creación del supuesto penal, éste carecería de razón de ser. Así, el hecho de que el bien jurídico tutelado forme parte de la noción del tipo penal, en cuanto constituye su presupuesto, tiene una innegable trascendencia en el correspondiente juicio de tipicidad, que sólo puede afirmarse que existe cuando, además de verificarse la relación de todos los elementos de la figura típica, se dañe o concretamente se ponga en peligro el bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.¹⁰⁰

Hablamos de un bien jurídico indeterminado reconocido por la ley penal, que se realiza de forma general e indeterminada, en donde se señalen, por ejemplo, que se está protegiendo el bien jurídico de la vida de “Leonardo”, como lo hace una

¹⁰⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, XXI, Marzo de 2005, p. 1161, Registro No. 178988.

ley que sí determina esa protección, y se especifica cuando el juez toma la decisión *jurisdicente*¹⁰¹ concreta sobre la violación material de la vida de esa persona.

La atipicidad es la adecuación que se hace de una conducta específica existente, al supuesto jurídico o hipótesis normativa penal, que se estudia en la teoría del delito. Es importante analizar la siguiente tesis jurisprudencial que conforme a su letra se inserta:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.- El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido apotegma *nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege certa*, traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal que se entiende como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el reproche posible a su autor, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho. Así, del propio principio podemos encontrar como derivaciones los de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, es decir, que la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad; de igual forma, el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, traduciéndose en

¹⁰¹ Actividad originada como regla, por la prohibición estatal de autodefensa que se exterioriza cuando el Estado asume la misión de impartir justicia mediante un tercero imparcial, o sea el juzgador.

la exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, en el caso mexicano en el actual párrafo tercero del artículo 14 constitucional que dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."¹⁰²

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.- El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la

¹⁰² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, XXIII, Febrero de 2006, p. 1879, Registro No. 175846.

aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.¹⁰³

Estos elementos que hemos analizado, son requisitos indispensables que deben ser observados en todo estado de derecho para así poder garantizar la prevalencia de los principios de legalidad y certeza jurídica.

3. La antijuridicidad

Analizando el tema de la antijuridicidad surge la problemática relativa al ¿cómo distinguir los comportamientos que son antijurídicos y contrarios a lo establecido por las normas? Lo que nos induce a reflexionar sobre la existencia de comportamientos antijurídicos en las diversas ramas del derecho, donde el legislador recoge normas que se establecen en el contenido de la ley, así como consecuencias jurídicas para los que violan el deber de observancia o de sumisión emanado de dichas normas. Por lo que se refiere a la rama del derecho penal, se habla de la existencia de comportamientos que al ser típicos, no son antijurídicos.

¹⁰³ Tesis 1ª. CXCII/2011 (9ª.), 10ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, octubre de 2011, tomo 2; p. 1094, registro No. 160794.

Dentro de este fenómeno se encuentran alojadas las excluyentes de responsabilidad penal.

El concepto de “antijuridicidad” es un tema controvertido dentro del estudio del derecho penal, ya que inclusive su simple denominación genera debate entre los diversos doctrinarios, debido a que algunos lo identifican como “antijuridicidad” y otros como “antijuridicidad”, por nuestra parte, nos adherimos a Jiménez de Asúa, y utilizaremos esta última denominación. Los legisladores normalmente han omitido establecer una definición legal dentro de los ordenamientos jurídicos; por lo cual es muy difícil encontrar en las disposiciones penales de las diferentes entidades federativas de nuestro país, una enunciación de lo que debemos entender para los efectos penales como antijuridicidad.

Habitualmente se admite a lo antijurídico como lo contrario al derecho, sin embargo, el ataque se dirige propiamente a nivel normativo, mas no a nivel de ley o al derecho en su conjunto, lo cual nos vincula al papel de las normas y su diferencia con la ley, resulta inadmisibles pretender homologarlas y darles el tratamiento de sinónimos. Para poder explicar mejor este problema podemos recurrir a la teoría de las normas de Binding, en la cual el autor se centra en demostrar que el delincuente no actúa en contra de las leyes penales, sino que concreta lo que la ley penal establece. Es usual la expresión en el sentido de “transgresión” o “violación” de la ley penal, las cuales tienen sus ventajas, pues nos permite deducir que el sujeto activo viola determinadas proposiciones con su comportamiento.

Normalmente se considera por los órganos de procuración y administración de justicia, que una conducta es antijurídica, cuando ésta se adecua a un tipo legal establecido por el legislador, y no concurrir ninguna causa de justificación; lo que implica, que, por exclusión, necesariamente deba

precisarse previamente el contenido de estas figuras o causales que anulan la antijuridicidad.¹⁰⁴

Mezger dice que la antijuridicidad significa “el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho de que el ordenamiento jurídico”,¹⁰⁵ por su parte Welzel la define como “la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada)”¹⁰⁶ y Roxin establece que “es el sector de las soluciones a los conflictos, el campo en el que tocan los intereses individuales opuestos por las exigencias sociales con las necesidades del individuo... se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios”.¹⁰⁷

En consecuencia, la antijuridicidad implica una distinción entre la norma de valoración objetiva (norma jurídica), la que puede ser definida como “un deber impersonal”, es decir, como un juicio de valor sobre el hecho material y no sobre el autor o sujeto activo. La acción se convierte en antijurídica, únicamente después de analizar objetivamente ciertos elementos de la obra de un determinado autor: “Qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico”.¹⁰⁸

De conformidad con lo anterior podemos decir que lo antijurídico se entiende como la realización de un tipo penal objetivo con un complemento valorativo. Respecto a los juicios de valor positivos: “todos los acontecimientos que impiden o compensan la perturbación de aquella ‘situación jurídica’, han de ser valorados

¹⁰⁴ Medina Narváez, *op. cit.*, p. 203.

¹⁰⁵ Mezger, Edmund, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁶ Welzel, Hanz, *op. cit.*, p. 313.

¹⁰⁷ Roxin Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Argentina, Hammurabi, 2002, pp. 58-59.

¹⁰⁸ Jaén Vallejo, Manuel, *Cuestiones básicas del derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Baco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 55.

positivamente”. De esta manera, puede inferirse del reconocimiento de los bienes jurídicos *el valor de su conservación y el disvalor de su modificación*”.¹⁰⁹

Por lo que respecta a Plascencia Villanueva, manifiesta que:

El contenido semántico del concepto de antijuridicidad se refiere a la contradicción del orden jurídico a través de una acción, lo cual sólo es admisible desde una perspectiva semántica o gramatical, pues técnicamente la antijuridicidad contiene aspectos tanto de carácter formal, material, como valorativos. La formal en atención al ataque o contravención a lo dispuesto en la ley, en tanto, la material se enfoca a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la ley penal.¹¹⁰

El juicio de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica un comportamiento contenido en las normas penales, contrario a lo socialmente aceptable, lo que podemos entender como un adjetivo de la acción, como característica del injusto. Un ejemplo sería: la legítima defensa en el homicidio, se establece como una conducta no punible siempre y cuando se reúnan las condiciones para la permisión establecidas en la misma ley. En este sentido, podemos hablar sobre causas generales o excluyentes que eliminan la antijuridicidad, lo que establece que existan excepciones en los tipos punibles.

Al respecto Berchelmann Arizpe explica que:

La acción típica ha de ser antijurídica. Toda vez que aquella se desvalora como contraria a Derecho. Por regla general y la conducta será antijurídica cuando ella sea típica. Pues el legislador sólo incorpora una acción a un tipo cuando la misma usualmente se deba prohibir por qué motive la lesión de un bien jurídico. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta

¹⁰⁹ Márquez Piñero, Rafael, *Teoría de la antijuridicidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 55.

¹¹⁰ Plascencia Villanueva, *op. cit.*, p. 132.

típica no será antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico.¹¹¹

Podemos decir que la conducta realizada puede ser típica pero no antijurídica cuando existe alguna causa de justificación o excluyente de responsabilidad. A *contrario sensu*, cuando estamos frente a una acción típica y antijurídica estaríamos hablando de un *injusto penal*. El *injusto penal*, es pues, la realización de una conducta específica, penalmente prohibida y contraria a derecho, es decir, comprende los primeros tres elementos del delito, la *conducta*, la *tipicidad* y la *antijuridicidad*.

Cuando un hecho se presume como delictuoso falta la antijuridicidad, no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha desplegado determinada conducta sin el ánimo de quebrantar las normas penales. Si un hombre mata a otro en defensa de su vida injustamente atacada, se actualiza una causa de justificación para responder con fuerza letal, excluyendo la antijuridicidad en la conducta de homicidio.¹¹²

Al respecto de lo anterior, es pertinente atender a lo contenido en la siguiente tesis:

INJUSTO PENAL. SU ACREDITAMIENTO ES UN PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO Y REQUIERE LA JUSTIFICACIÓN NO SÓLO DEL ENCUADRAMIENTO TÍPICO FORMAL, SINO TAMBIÉN DEL ANÁLISIS DE ANTIJURIDICIDAD EN UN CONTEXTO NORMATIVO INTEGRAL.- Para lograr la debida motivación respecto del acreditamiento de un delito, no basta con articular dogmáticamente una serie de razonamientos referentes a los componentes del delito en abstracto, entendidos como conducta, antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, sino que dependiendo de

¹¹¹ Berchelmann Arizpe, *op. cit.*, p. 361.

¹¹² López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, 19ª, México, Porrúa, 2014, p. 153.

cada supuesto ese contenido de motivación, particularmente por lo que se refiere al encuadramiento típico y a la presencia de la antijuridicidad de la conducta, amerita un estudio completo, en su caso, de la normatividad existente aun de manera complementaria en el ámbito integral de la legislación del Estado de que se trate, es decir, que cuando la figura delictiva se vincule con un comportamiento previsto u objeto de regulación en otros ámbitos de las ramas del derecho, además de la penal, ello hace indispensable para lograr el acreditamiento auténtico de la tipicidad conglobante, esto es, con la constatación de lo antijurídico, el que ese conjunto normativo se analice e intérprete de manera sistemática, a fin de establecer, de ser el caso, cuál es la hipótesis conductual que realmente, por su nivel de afectación al bien jurídico, amerite ser digna del exclusivo universo de comportamientos penalmente relevantes. En otras palabras, la tipicidad y antijuridicidad penal presuponen, en casos como el que se menciona, que no cualquier comportamiento sea potencialmente encuadrable, sino únicamente aquel que descartado de los diversos ámbitos normativos, justifiquen la existencia del reproche penal. Lo anterior muestra mayor relevancia cuando la propia descripción típica de que se trate, ya sea de manera expresa o implícita, hace referencia, por ejemplo, a la "ilegalidad", forma "indebida", "ilicitud" o "incorrección" respecto del particular modo de ejecución del hecho, pues en tal supuesto se hará necesario confrontar el total de la normatividad a fin de establecer ese carácter que sin duda se traduce en un elemento normativo del propio delito en cuestión.¹¹³

Dentro de las diversas causas de justificación, si bien es cierto, el sujeto activo actúa con voluntad consciente, realizando conductas susceptibles de imputabilidad, también lo es que su conducta no será delictiva por estar realizada conforme a derecho. Es decir, no se le podrá exigir responsabilidad penal o civil, debido a que su conducta no es contraria a derecho, y no lesiona ningún bien jurídico. Respecto de las causas de justificación o excluyentes de responsabilidad, se entrara a su análisis en el capítulo tercero del presente opúsculo.

¹¹³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, XXI, Abril de 2005, p. 1420, Registro No. 178714.

A. Antijuridicidad formal y material

Los doctrinarios, a través de detallados estudios de la antijuridicidad la han dividido en formal y material. A principios del siglo XX, Franz Von Liszt establece la diferencia que existe entre lo formal y material de la antijuridicidad, afirmando que: "El acto es contrario al derecho, en tanto es transgresión en de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)".¹¹⁴

La antijuridicidad material intenta destacar la violación de intereses esenciales para la armonía social; intereses que al ser protegidos jurídicamente constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se diga que es elemento de la antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido, cuando no exista causas alguna de justificación.¹¹⁵ Actualmente para los doctrinarios, la antijuridicidad presenta dos vías que se pueden vislumbrar; en ese sentido Fernández Carrasquilla establece las siguientes determinaciones conceptuales:

Antijuridicidad formal es la que resulta, como probable, hipotetizada o indicada por la tipicidad formal... *Antijuridicidad material*: si la conducta, además de formalmente típica y contraria a derecho (antijurídica), es lesiva al bien jurídico tutelado por el respectivo tipo especial, es decir, genera para dicho bien un daño relevante que pueda sustentar la pena retributiva en ese mismo tipo, se está en presencia de un hecho materialmente antijurídico.¹¹⁶

Aguilar López postula que "una acción es normalmente antijurídica cuando contraviene una prohibición o un mandato legal; y es materialmente antijurídica

¹¹⁴ Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, Argentina, Valleta ediciones, 2007, p. 336.

¹¹⁵ Véase, Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

¹¹⁶ Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, Colombia, Temis, 1982, t. I, p. 317.

cuando representa una lesión de bienes jurídicos".¹¹⁷ La antijuridicidad material no solo exige una acción contraria al derecho positivo, sino también la violación de algún orden superior de valoración de conductas, o la lesión de algún tipo de interés socialmente estimado, dando reconocimiento de carácter valorativo al concepto de antijuridicidad, así como el aspecto formal y material.¹¹⁸

La antijuridicidad formal consiste en la oposición a la norma por medio de un comportamiento atribuible a un sujeto. Para encontrar este concepto, por exclusión las acciones ilícitas son antijurídicas y pueden constituir la antijuridicidad, en tanto el aspecto material alude al grado de ataque, lesión o peligro al que se ha expuesto el bien jurídico.¹¹⁹

Carmen Gómez Rivero explica que:

La prevalencia absoluta de la antijuridicidad formal (contradicción con la norma) convertiría al código penal en un catálogo de delitos formales cuyo fundamento radicaría, exclusivamente, en quebrantamiento de la norma, en definitiva, en la infracción del deber de obediencia al Estado.

La prevalencia de la antijuridicidad material (ofensa al bien jurídico), sin que se contravenga una norma penal, es decir, la lesión de un bien que no está protegido penalmente, no podrá ser calificada de antijurídica como, por cuanto no se encuentra prohibida por el Estado.

Debe ser la combinación de ambas manifestaciones la que sirva de fundamento y legitimación de la intervención penal.¹²⁰

¹¹⁷ Aguilar López, Miguel Ángel, *El delito y la responsabilidad penal*, México, Porrúa, 2005, p. 299.

¹¹⁸ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Colex, 1990, p. 196.

¹¹⁹ Creus, Carlos, *Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 181.

¹²⁰ Gómez Rivero, Carmen, *Nociones fundamentales de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 176.

Por nuestra parte, consideramos que la antijuridicidad formal está contenida dentro de lo jurídicamente reprochable por afectar al orden social, y la antijuridicidad material se actualiza al materializarse una conducta atribuible a un sujeto, conducta prevista en una norma penal cuya realización conlleva consecuencias jurídicas, de no existir alguna causa de justificación.

4. La culpabilidad

Las excluyentes del delito influyen de forma determinante sobre el elemento de la culpabilidad, porque a través de ellas se determina si la acción típicamente contenida en un ordenamiento penal, prevista como antijurídica, realmente conlleva a determinar la culpabilidad del sujeto activo. Solo se debe ingresar al estudio de la culpabilidad una vez agotado el análisis de los elementos acción, tipicidad y antijuridicidad. Razón por la cual, es innegable que son requisitos indispensables de la culpabilidad, precisamente la existencia de una acción típica y antijurídica. Derivado de la conducta, el hombre elige realizar lo injusto o realizar una acción conforme a derecho. El sujeto es culpable de realizar un injusto jurídico-penal, cuando a pesar de que la norma en la materia reprocha ese tipo de conductas, teniendo la capacidad de autocontrol y mentalmente estando en posibilidades de conducirse conforme a derecho.

Se puede entender el origen de la culpabilidad a través de la idea de la libertad humana, sin la cual resulta imposible construir el concepto mismo del delito, pues que donde no hay libertad, falta no solamente la culpabilidad, sino la acción: si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado.¹²¹ La culpabilidad es como una infidelidad al derecho, es menoscabar la confianza en la normatividad. En la culpabilidad: el autor se comporta antijurídicamente; cuestiona la validez de la

¹²¹ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, Madrid, Artes gráficas Carasa, 1981, p. 416.

norma; no respeta el fundamento de validez normativa; y todo ello va acompañado de elementos especiales de culpabilidad contenidos en el tipo penal.¹²²

Zaffaroni establece que la culpabilidad es:

El juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho con el juicio de reproche a por el esfuerzo del agente para alcanzar una situación de vulnerabilidad en el que el sistema penal ha concentrado su peligrosidad, descontando el mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.¹²³

Tengamos en cuenta que la culpabilidad que interesa en el derecho penal es la que contiene los elementos jurídicos establecidos, y no así el del ámbito moral, es decir, no interesará la circunstancia de que el sujeto desarrolle o manifieste un sentimiento de culpabilidad a nivel de conciencia, sino del reproche institucional dirigido en su contra por el comportamiento desplegado en contra del estado y la sociedad.

La culpabilidad es una condición que implica responsabilidad, pero de forma mucho más trascendente. Cuando se determina la responsabilidad del sujeto, se debe de considerar a la sociedad por la función que la misma sociedad ha designado en un sujeto responsable de determinarla, por la facultad que le ha delegado, es decir, el juez. La conciencia del hombre deviene de su relación social, asimismo la sociedad debe responder por esa conciencia lograda por el hombre. La conciencia no es puramente un asunto psicológico, sino histórico y social; es el

¹²² Almanza Altamirano, op. cit., p. 127.

¹²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Argentina, S.A. Editora Adiar, 2005, p. 274.

contexto histórico y social, el que determina la reacción de la psiquis del sujeto y de su conciencia.

Lo que más le interesa al sistema criminal es que la persona responsable de cometer un injusto jurídico, pueda responder a las determinaciones que le exige el sistema. Por eso se considera que la responsabilidad implica exigibilidad. “La visión de la culpabilidad cómo exigibilidad consiste no en la capacidad del sujeto para dar una respuesta determinada, sino de la capacidad del Estado para exigir esa respuesta”.¹²⁴ En esencia podemos decir que la culpabilidad es como el juicio de reproche que la sociedad y el Estado llevan a cabo, que ha de dirigirse en contra del sujeto activo que ha incurrido en un supuesto previsto en un ordenamiento penal, a consecuencia de haber causado lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no obstante, encontrarse en la posibilidad de no haber actuado en contra de las determinaciones de la ley de la materia.

VIII. EXCLUYENTES DEL DELITO O CAUSAS QUE EXIMEN LA INCRIMINACIÓN

El sistema acusatorio se basa en la necesaria existencia de una parte acusadora que ejerce la acción penal, distinta e independiente del Juez. A su vez admite y presupone el derecho de defensa y la existencia de un órgano judicial independiente e imparcial.¹²⁵ La función esencial de la defensa en el juicio penal es demostrar al juez la inocencia del imputado o la disminución de su responsabilidad a través de una excluyente de responsabilidad penal.

Las excluyentes de responsabilidad penal en México, tienen su origen en el sistema del Common Law inglés y norteamericano, que presentan circunstancias excluyentes de responsabilidad a las que se le conoce como *General Defences* o *Defences to criminal Liability*, que significan defensas ante responsabilidad penal,

¹²⁴ Villavicencio Terreros, Felipe Andrés, *Manual de derecho penal. Parte General*, Lima, Perú, Grijley, 2007, p. 579.

¹²⁵ Piqué Vidal, Juan, et. al. *El Proceso Penal Práctico*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, p. 14.

como: *mistake* que en nuestro país se conoce como error, *compulsión* o estado de necesidad, *intoxication* similar al trastorno mental en nuestra legislación, *insanity* o inimputabilidad como lo conocemos en nuestro derecho penal.¹²⁶

Las excluyentes del delito han operado en nuestro país desde que surgieron con el Primer Código Penal, a través del tiempo también han tenido distintas denominaciones. Cuando en algún supuesto jurídico tipificado como delito, no se reúnen todos los elementos positivos, estamos en presencia de una excluyente. Las causas de justificación o inculpabilidad se encuentran contenidas en la parte general de los códigos penales, ya sea en materia federal o local en los estados, donde se contemplan las excluyentes de delito más comunes como son:

1. Ausencia de conducta.
2. Atipicidad.
3. Consentimiento del titular del bien jurídico afectado bajo determinadas reglas.
4. Legítima defensa.
5. Estado de necesidad.
6. Cumplimiento de un deber.
7. Ejercicio de un derecho.
8. Imputabilidad y *actio liberae in causas* (para el código penal del estado de Chiapas).
9. Error de tipo.
10. Error de prohibición.
11. Inexigibilidad de otra conducta.
12. La práctica deportiva.
13. Caso fortuito.

Por causas de exclusión del delito debe de entenderse como una conducta típica así contemplada por la ley, en la que opera algún elemento que impide la

¹²⁶ Ortiz Ruiz, José Alberto, *Teoría del caso. Análisis y aplicación en los juicios orales en México*, México, Flores edito y distribuidor, 2014, p. 142-145.

cabal integración del delito. Para que una acción sea considerada como delito se requiere de culpabilidad, antijuridicidad y punibilidad, faltando alguno de estos elementos la acción dejara de ser reprochable. Los elementos positivos son los que se necesitan para configurar el delito, con la falta de alguno no se puede configurar y a este fenómeno se le conoce como elementos negativos del delito.¹²⁷

IX. TIPOS PENALES ABIERTOS

Son *abiertos* aquellos en los que la conducta se describe fútilmente o solo se menciona el resultado, “*el supuesto de hecho, el tipo objetivo y sus elementos no se encuentran descritos en la norma penal*”¹²⁸, no especifica las circunstancias en que la conducta ha de realizarse, tampoco indica los elementos que deben concurrir en el modo del comportamiento que ha de producir el hecho tipificado. Navarrete Rodríguez advierte que: “*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*”.

Como ejemplo de tipos abiertos tenemos la fuga procurada, en la que basta que el actor procure, facilite o ayude a la fuga de otro, sin importar los medios de que se valga para realizarla; el ejercicio ilegal de funciones, solo requiere ejercer funciones públicas sin autorización legal, no importa qué tipo de funciones ejerza el sujeto. Los delitos de omisión se encuentran dentro de estos tipos penales abiertos donde se señala la conducta omisiva, “al que abandone”, “el que no preste ayuda”, “el que no auxilie”, pero no se precisan las circunstancias del garante, es decir, el juzgador debe determinar si el sujeto obligado estaba en posición de prestar la ayuda o el auxilio, y determinar si el sujeto efectivamente tenía calidad de garante.¹²⁹

¹²⁷ Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, 2ª ed., México, Trillas, 2000, p.202.

¹²⁸ Girón Pallares, J. G., *Teoría del delito*, Guatemala, UNIFOCADEP, 2008, p. 32.

¹²⁹ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 231.

La siguiente jurisprudencia nos ilustra al respecto de los tipos penales abiertos:

TIPO PENAL ABIERTO. NO LO ES EL CORRESPONDIENTE AL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD POR EL HECHO DE CONTENER ELEMENTOS NORMATIVOS QUE REQUIERAN VALORACIÓN JURÍDICA O CULTURAL. Por principio debe aclararse que conforme a la dogmática jurídica un tipo penal "abierto", implicaría la ambigüedad de la descripción a grado tal que fuese la autoridad judicial la encargada, en lo absoluto, de "cerrar" o concluir la descripción típica, supuesto que resultaría incluso incompatible con un sistema o Estado de derecho en el que se respete el principio de exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*); sin embargo, es evidente que no puede asignarse tal carácter al delito que ahora se atribuye al quejoso, pues el hecho de que en él se haga referencia a elementos de carácter normativo, por implicar y requerir de la valoración jurídica o cultural por parte del juzgador, no significa que éste realice una función tipificadora de cierre o construcción final de la descripción típica sino, en todo caso, el encuadramiento valorado del hecho conforme a esa clase de elementos típicos que, válidamente, concurren en la descripción de los delitos conforme a la técnica legislativa empleada, como ocurre en el delito de abuso de autoridad al referirse a los conceptos de actuar "indebido" o "arbitrario". Por tal razón, resulta infundado el concepto de violación en el que, aduciendo lo contrario, se atribuye a la responsable una incorrecta motivación y encuadramiento.¹³⁰

De la jurisprudencia se desprende que la ambigüedad de un tipo penal abierto, en cuanto a la descripción textual del supuesto jurídico, da lugar a la interpretación subjetiva por parte de los operadores jurídicos, siendo necesario que sea la autoridad judicial quien según su criterio, cierre o complementa la descripción típica, situación contraviene el principio constitucional de exacta aplicación de la ley penal.

¹³⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo XVIII, Septiembre de 2003, p. 1444, Registro no. 183184.

X. TIPOS PENALES CERRADOS

Los tipos penales *cerrados* son los que, sin salirse de los elementos de la norma penal individualizan perfectamente la conducta prohibida sin dejar margen a la interpretación. Se dice que la gran mayoría de los tipos penales son cerrados, es decir son la regla y los abiertos la excepción.¹³¹ *A contrario sensu*, los tipos penales cerrados no requieren ningún tipo de interpretación, debido a que el cuerpo de su texto expresa de forma clara y precisa de los elementos que se deben integrar para que se configure el delito, cumpliendo con el principio constitucional de ley cierta y exacta.

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y SU APLICACIÓN EL LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

I. LAS EXCLUYENTES DE INCRIMINACIÓN A TRAVÉS DEL TIEMPO

Es difícil encontrar en la doctrina penal mexicana estudios rigurosos desde el punto de vista dogmático o político-criminal que traten sobre las causas eximentes de la responsabilidad criminal, lo que provoca problemas no solo de naturaleza teórica, sino especialmente práctica al aplicar las normas jurídicas, ya que las leyes describen comportamientos activos u omisivos, a los que se le asocia la imposición de una pena para sus responsables a través del análisis de circunstancias subjetivas e interpretativas en la actividad jurisdiccional. Por lo tanto, es de interés

¹³¹ Medina Narváez, *óp. cit.*, p. 178.

señalar en este trabajo, la complejidad en la interpretación y aplicación jurisdiccional de los conceptos jurídicos.

1. El pecado original

Una vez creado el ser humano se promulga la primera norma: "más del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás" (Génesis 2:16-17), la cual fue inmediatamente quebrantada. Cuando Adán compareció para declarar en su defensa manifestó: "la mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí" desde la perspectiva de Adán, lo que había acontecido no le pareció tan grave, debido a que, quien inició el proceso fue la persona responsable: "Eva" y ella había sido entregada por Dios, argumentándolo como una causa de justificación o para disminuir la responsabilidad. Podemos decir que las causas de justificación y las formas de interpretación surgen a partir de que existe una norma y dos o más sujetos obligados a cumplirla.¹³²

Las causas de justificación pueden ser atenuantes de la responsabilidad, o bien excluirla por completo de acuerdo a lo establecido por el marco normativo penal de aplicación al caso concreto que impere en el lugar y tiempo determinado. Mediante el relato bíblico arriba citado se puede percibir como de alguna manera se pueden alegar en forma de defensa, excluyentes muy subjetivas cuya interpretación y fallo le corresponden únicamente a la autoridad juzgadora.

2. El código de Hammurabi

Tratando cuestiones más tangibles tenemos el código de Hammurabi en donde se registra que el dios *Samash*, dios sol, dios de la Justicia, entrega las leyes al rey Hammurabi de Babilonia (1790-1750 a. C.) El código unifica las diferentes leyes existentes en las ciudades del imperio babilónico. Establece leyes de observancia obligatoria aplicables en diferentes casos, así como causas de

¹³² Almanza Altamirano, op. cit., p. 165.

justificación y de exclusión del delito, para impedir que cada uno "tomara la justicia por su mano", pues sin ley escrita que los jueces hubieren de aplicar obligatoriamente, era común que cada uno actuase a criterio y conveniencia personal. Es posible apreciar los principios de ley escrita y ley cierta, donde las excluyentes de responsabilidad ya estaban presentes.

Es únicamente mediante la escritura de la ley, como se puede tener mayor grado de certeza jurídica, un principio fundamental más relevante cuando se trata sobre la materia penal, pero aun así no es garantía infalible debido a que en muchos de los casos, las leyes adolecen de ciertos defectos de interpretación debido a la complejidad del lenguaje y la interpretación subjetiva de los conceptos abstractos que son jurídicamente complejos de determinar.

Ejemplos sobre las causas de justificación o que eximen la responsabilidad se pueden encontrar en los siguientes artículos del código de Hammurabi: Artículo 103: "Si, estando de gira, un enemigo le obliga a dejar cuanto lleva, que el agente lo jure por la vida del dios, y no tendrá castigo." O el artículo 131: "Si a la esposa de un hombre la acusa su marido y no ha sido descubierta acostada con otro varón, que ella jure públicamente por la vida del dios, y volverá a su casa."¹³³

Los ordenamientos del código de Hammurabi se fundamentan principalmente en los juramentos que en un sistema de pruebas más objetivo, y la fe o el temor a dios es un elemento muy subjetivo que difícilmente puede generar convicción debido a que la mayoría de las personas dirían cualquier cosa a cambio de un beneficio.

3. La ley mosaica

La fuente del derecho penal hebreo gira en torno a la ley mosaica, Jehová dio a los israelitas un código de leyes, les dijo que si obedecían su voz, los bendeciría

¹³³ Franco Gabriel, "Las leyes de Hammurabi. Versión en español, introducción y anotaciones", Revista de ciencias sociales. http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf

y disfrutarían de una vida feliz y gratificante (Éxodo 19:5, 6). En la legislación Mosaica; las normas penales se encuentran insertas en los libros denominados éxodo, levítico y Deuteronomio en los cuales se clasifican los delitos del modo siguiente:

- 1.- Delitos contra la divinidad;
- 2.- Delitos que el hombre comete contra sus semejantes;
- 3.- Delitos contra la honestidad;
- 4.- Delitos contra la propiedad;
- 5.- Delitos de falsedad.

La legislación Mosaica hace referencia a conceptos muy complejos de determinar como la divinidad o la honestidad, y mientras en la legislación no se defina específicamente que es la divinidad o en que consiste la honestidad, la interpretación siempre quedara a criterio de la autoridad judicial a quien corresponda la tarea. Esta misma ley también contemplaba excluyentes de incriminación o causas que eximen o disminuyen la responsabilidad, así como la diferencia entre los delitos dolosos y culposos.

Fontán Balestra señala que: “Aun cuando la diferencia entre el acto intencional y el no intencional tiene una base religiosa, no deja de ser importante la forma en que se reprimía el homicidio con intención y el homicidio causado sin proponérselo el autor. El homicidio doloso se castigaba con la pena de muerte; mientras que al segundo tipo de homicidio, la Ley Mosaica establecía dos diferentes supuestos: el causado de forma accidental; y el que se cometía sin tratar de enemigo alguno ni buscar su mal y “sin verle”, hipótesis más cercana al actual tipo de homicidio culposo”.¹³⁴

¹³⁴ Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal Introducción y Parte General*, 12ª ed., Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1989, pp. 46-47.

La vida es de Dios y Él es quien la da y quien, exclusivamente, la puede quitar, si un hombre quita la vida a otro hombre, se está atribuyendo funciones divinas, pues estaría suplantando al mismo Dios. La ley mosaica distingue claramente el homicida intencional del que lo es de forma involuntaria. El castigo que se sigue con el homicida intencional es la ley del Talión, que se encuentra en numerosos Capítulos de los Libros sagrados, empezando por el Libro del Génesis: “Si alguien mata a un hombre, otro hombre lo matará a él, pues el hombre ha sido creado semejante a Dios mismo” (Gen. 9, 6).¹³⁵

La venganza privada es la primera ley que regula la convivencia humana. La venganza privada es un derecho y también un deber, no solo recae sobre los parientes cercanos del ofendido, también alcanza por completo a la comunidad. La venganza privada podía extralimitarse por razones revanchistas, difícilmente controlables, por ello se reguló a través de una ley de justicia estricta, que fue la ley del Talión.¹³⁶ La venganza privada era la ley del más fuerte y lo único que se conseguía con ello era agravar los conflictos entre rivales y desestabilizar la paz social.

Cuando el homicidio no es intencional la dureza del castigo cambiaba, tenía un castigo mucho más benévolo. Lo que se comprueba en Capítulos del Éxodo y Deuteronomio: “El que hiera a alguien y lo mate, será condenado a muerte. Pero si no lo hizo a propósito, sino que estaba de Dios que muriese, yo te diré después a qué lugar podrá ir a refugiarse (Ex. 21, 12-13). “El homicida podrá huir allí y salvar su vida, si demuestra que lo hizo sin intención y sin que hubiera enemistad entre ellos. Por ejemplo, si alguien va con su compañero al bosque a cortar leña y, al dar el hachazo, se le escapa el hacha del mango y alcanza a su compañero y lo mata, podrá huir a una de esas ciudades, y de esta manera salvará su vida” (Dt. 19, 4-5)¹³⁷

¹³⁵ Nistal, Fráncico Javier, “Derecho penal bíblico”, criminología y justicia, marzo de 2015, <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/derecho-penal/item/2858-el-derecho-penal-biblico>

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ídem.

De la cita de arriba se puede apreciar que se refiere al homicidio culposo que es un atenuante de responsabilidad –además de un alto grado de intervención divina- debido a que desde el principio de los tiempos, a través de la lógica y la experiencia se ha determinado que en cualquier momento pueden existir circunstancias contrarias a derecho realizadas por un sujeto, pero realizadas completamente en contra de su voluntad y de sus posibilidades de haber evitado que se realizaran, y por lo mismo debe tener una consideración especial prevista para la misma acción pero en caso intencional.

4. El Derecho Griego

La evolución gradual de los pueblos le fue dando forma al poder público, manteniendo la legitimidad de las leyes mediante un origen divino fuertemente arraigado, el mejor ejemplo de ello son las polis o ciudades estado griegas. En el siglo VII a. C., el filósofo griego Aristóteles, afirmaba que la responsabilidad de la conducta debía sustentarse en la elección de la misma mediante la voluntad del individuo al decidir realizarla o no, fundamentando así el planteamiento de la responsabilidad subjetiva y no meramente objetiva por el resultado que causa. También en el mismo siglo VII a. C., existió en Atenas un personaje llamado Dracón, quien dictó leyes que fueron famosas por su crueldad, en las que casi cualquier delito ameritaba pena de muerte, lo que dio origen a la denominación de "ley draconiana", que se refiere a leyes severas. Otro legislador ateniense de esa época fue Solón, quien dictó leyes más benignas, y con él se abandonó en gran medida la ley del talión.¹³⁸

Tendrían que pasar muchos siglos para que la dogmática penal concibiera las “causales de justificación”, que de concurrir alguna de ellas eliminarían la ilicitud o antijuridicidad de la conducta que de otro modo sería delito, Palavecino Cáceres, explica que un antecedente de las causas de justificación sería el llamado que hace Orestes al dios Apolo en la Orestíada de Esquilo:

¹³⁸ Cfr. Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 42.

“Explícame, oh Apolo, si la vida/ le quité justamente. Porque el hecho/ tal como sucedió, yo no lo niego”. Apolo recurre a un tecnicismo machista “del hijo no es la madre engendradora, / es nodriza tan solo de la siembra/ que en ella se sembró./ Quien la fecunda/ ese es engendrador...” Por tanto el deber de vengar la muerte paterna se sobrepone sobre el castigo del matricidio. Los jurados están divididos en iguales partes a favor de Orestes y de las Erinias. El empate lo dirime Atenea con argumentos no menos machistas: “...Soy, sin reserva, / del bando de mi padre. De este modo, / no prefiero el destino de una hembra/ que muerte dio a su esposo, de una casa/ dueño y señor. Orestes gana el pleito/ aunque haya empate”. Esquilo confronta, de una parte, una concepción patriarcal de la sociedad frente a una matriarcal, más primitiva, y, por otra, nos muestra, en lenguaje mítico, la sustitución del viejo principio de retribución del “ojo por ojo” por la nueva legalidad de la Polis, capaz de una sutileza que consigue superar también la culpa objetiva.¹³⁹

Muy al estilo masculino, las cuestiones de honor y venganza regían la codificación penal primitiva. El procedimiento penal de la antigua Grecia se remonta a las costumbres y formas observadas en Atenas, en dónde el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del pueblo realizaban los juicios orales de forma pública para sancionar a quienes cometían actos que atentaban en contra de usos y costumbres, para ello, cualquier ciudadano presentaba y sostenía su acusación ante el Arconte,¹⁴⁰ cuando no se trataba de delitos privados y según el caso, convocaba al Tribunal; el acusado podía defenderse a sí mismo o auxiliado de otras personas, cada parte presentaba pruebas, formulaba alegatos y una vez desahogadas todas las etapas del proceso se dictaba sentencia ante la presencia de pueblo.¹⁴¹

El principio de proporcionalidad representa la necesidad de establecer una relación entre la lesión, o puesta en peligro del bien jurídico protegido

¹³⁹ Palavecino Cáceres, Claudio, “Culpa y castigo en la antigua Grecia”, *Derecho y humanidades*, Chile, vol. 1, núm. 16, 2010, pp. 373-379.

¹⁴⁰ Magistrado que desempeñaba funciones de gobierno en alguna de las ciudades griegas antiguas, especialmente en Atenas, diccionario web de google.

¹⁴¹ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 6ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 17.

(antijuridicidad) que todo ilícito penal, y la sanción imputable al sujeto responsable de aquélla, la proporcionalidad concierne desde luego, al legislador penal en el momento de la creación de la norma penal, de tal manera que deberá tomarlo muy en cuenta en el momento de establecer las penas correspondientes a cada uno de los delitos.

5. Derecho Romano

Antes de que se fundara Roma, como hemos visto, las civilizaciones primitivas le daban a la pena un aura carácter expiativo religioso. La venganza privada no sólo era admitida por la sociedad, sino que tenía carácter obligatorio para quienes pertenecían a la familia, siendo el *páter familias* quien ostentaba un poder ilimitado sobre sus descendientes. Al fundarse Roma se mantiene el carácter religioso penal, porque el jefe del gobierno civil y militar era también el jefe del culto religioso. Posteriormente se da una transición paulatina al principio de venganza pública¹⁴² ejercida por el poder político, siendo el rey, quien también era sacerdote supremo, el que tenía plena jurisdicción criminal.

Es al Derecho Romano al que primero debemos recurrir para encontrar los antecedentes más remotos de nuestro actual sistema de justicia penal. En él podemos darnos cuenta que desde entonces ya existían dificultades interpretativas en el lenguaje jurídico, como por ejemplo el error de hecho y error de derecho, según que recayese el primero sobre hechos jurídicos y el segundo sobre una regla de derecho. Esta doble naturaleza del error hubo de señalarse en atención a que este vicio psicológico trajera como consecuencia que el sujeto desconociera los elementos tácticos de su acción, o que cuando estos fueran conocidos, desconociera su significación antijurídica y dan origen a una excluyente del delito como el error invencible.¹⁴³ El error invencible es un concepto jurídico que

¹⁴² La Venganza Pública es la capacidad del Estado para aplicar penas al autor de un delito.

¹⁴³ Cfr. Gómez Trujillo, Martha Patricia, *Análisis dogmático del error invencible como excluyente del delito para el distrito federal*, México, UNAM, 2001, pp. 2-3.

actualmente se encuentra presente en la legislación penal mexicana, que presenta dificultades para su interpretación y aplicación.

Los romanos distinguían de la ignorancia de hecho y de derecho (Paulo D. 22, 6, 1); y el error de derecho les parecía inaceptable. Recordemos que en Roma, los ciudadanos tenían excepcional vocación por el derecho; los hombres públicos destacaban ya por el conocimiento de las disciplinas jurídicas, ya por proezas militares. Es comprensible que se tratara con desprecio a quienes ignoraban el derecho. Es lo que motiva a los jurisconsultos romanos a proclamar principios que parecen condenar de forma total el error de derecho; Neracio (D. 22, 6, 2), "el error de derecho no deberá ser considerado de todo punto en el mismo lugar que la ignorancia de hecho...", agrega Paulo (D. 22, 6, 9): "La regla es que a cada cual le perjudica ciertamente la ignorancia de derecho, pero no la ignorancia de hecho" se aceptaba que fuese excusable el error de hecho, mas no de derecho.¹⁴⁴

A pesar de lo estrictos y exigentes de los romanos respecto al conocimiento de derecho y el repudio a los que lo ignoraban, también tenían previstas circunstancias en que excluían de responsabilidad, como lo menciona Españés:

A pesar de afirmaciones tan enfáticas, el propio derecho romano reconoce la posibilidad de excusar en ciertos casos la ignorancia del derecho, teniendo en cuenta las condiciones personales de quien ha cometido el error. De esta manera las mujeres, los menores y los rústicos, podían invocar su desconocimiento del derecho en determinados casos, como lo comprobaremos al leer los textos del Corpus Iuris Civile. Así nos dice Ulpiano (D. 2, 13, 1, 5): "Se auxiliará a los que inducidos a error por su edad, o por su rusticidad, o por su sexo... ". Dicha disposición está ratificada por la ya citada ley de Paulo (D. 22, 6, 9), que nos dice: "... sentado antes que está permitido a los menores de veinticinco años ignorar el derecho, lo que se dice también respecto a las

¹⁴⁴ *Cfr.* Españés, Luis, "el error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el código civil argentino", Academia Nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba, Argentina. file:///C:/Users/sony%20vaio/Downloads/arterrorderecho%20(2).pdf

mujeres en algunos casos, por razón de la debilidad de su sexo: y por lo tanto cuando no hay delito, sino ignorancia de derecho, no se perjudican..."¹⁴⁵

Durante la República se produce una lucha por el monopolio del poder público respecto a la sanción de los delitos, a fin de prohibir la venganza privada, el mejor ejemplo de ello es la Legislación de las XII Tablas, que contiene disposiciones excepcionales sobre derecho penal, de ellas la séptima tabla regulaba el derecho penal que distinguía entre delitos públicos y privados; los primeros solo eran perseguibles por los representantes del estado, y los segundos, por los particulares, Fontana Balestra lo precisa de la siguiente manera:

Sobresale en un primer periodo de la ley de las XII tablas, que contienen numerosas disposiciones de derecho penal en la tabla VII, "de los delitos" y la XII, "suplemento las V últimas tablas". Sus principios fundamentales son: 1) se determina cuáles son los delitos privados, respecto de los cuales, única y exclusivamente era admitida la venganza privada; 2) se afirma el principio del talión; 3) se establece la composición como medio de evitar la venganza privada, por lo que tiene función de pena subsidiaria; 4) se da el carácter de delitos públicos, además del perduellio y el parricidium, al falso testimonio en una causa civil y al incendio doloso; 5) el ejercicio de la venganza privada se sigue admitiendo en el caso de mutilación y encubrimiento; 6) en cuanto al elemento objetivo, se distingue entre el homicidio doloso y el culposo; 7) la legislación penal se basa en la igualdad social y política; no se conoce la tortura como medio para obtener la confesión; 8) se admite la defensa legítima opuesta al ladrón que obra en la noche y en el caso de que se resista por las armas.¹⁴⁶

Algunas de estas leyes del derecho romano se presentan más congruentes y avanzadas que en legislaciones posteriores de varios siglos como la confesión bajo tortura o la defensa legítima. Es durante el imperio que el derecho penal romano afirmó su carácter público y social, pese a la diferencia entre delitos públicos y

¹⁴⁵ *Ídem.*

¹⁴⁶ Fontan Balestra, Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 43-44.

privados; afirmó la diferencia entre delito doloso y culposo; en ciertos casos aceptó para los delitos públicos la inclusión de la antijuridicidad del hecho, legítima defensa, estado de necesidad etc., y para los delitos privados, el consentimiento del ofendido.¹⁴⁷

En el Derecho Romano, cuando una persona ignoraba un hecho era causal excluyente, pero cuando en su ignorancia era referente al derecho, no excusaba en el orden penal, como tampoco se aprovechaba en lo civil. Pero los romanos no dejaron reglas generales, sino que solo resolvían casos particulares; según dice Dorado Montero: "Fueron los comentaristas y los escritores los que han venido dando fuerza y valor de verdaderos principios absolutos y generales a estos casos particulares"¹⁴⁸. Lo cierto es, que aunque la "*ignorantia juris non excusat*" no hubiese sido en un principio general, muchas veces era causa de responsabilidad penal, aunque era casuístico.

Así, el estado comenzó a perseguir de oficio los delitos, independientemente de la satisfacción de la víctima, pero el derecho romano nunca llegó a convertir a todos los delitos en públicos.¹⁴⁹

6. Derecho germánico

En los estados germanos, las causas excluyentes de responsabilidad eran completamente desconocidas. Aún durante la Edad Media, imperaba el principio de la responsabilidad objetiva, descartaban la posibilidad de fundar la responsabilidad en la culpabilidad. Es hasta la Edad Moderna, que reciben el Derecho Romano a través de actos legislativos de orden penal, se llega al primer Código Penal y Procesal del imperio con *La ordenanza Penal de Carlos V. La Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, la que sustituye la responsabilidad objetiva por la basada en la culpabilidad. El presupuesto de la punición es el dolo malo, excepcionalmente la

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Cfr. Dorado Montero, *Problemas de Derecho Penal*, T. 1. Madrid, Reus, 1895, p. 456.

¹⁴⁹ Bialostosky, Sara, *Panorama del derecho romano*, 3ª reimpresión, México, Porrúa, 2016, p. 190.

culpa. Las excluyentes de responsabilidad penal estaban ligadas a la casuística, pero de una manera suficientemente elástica, como para permitir su desarrollo en la práctica posterior.¹⁵⁰

El error de hecho llegó a ser causa de exención de la culpabilidad cuando se comenzó a valorar el elemento psíquico del delito, se tiene como ejemplo el *Edictus rotori*, que pertenece al derecho canónico y establece el principio de *ignorantia facti, non in iuris*, excusat. Los cánones establecen que la ignorancia de hecho se puede eximir cuando se ignoren los presupuestos del hecho, sin los cuales el delito no existe. Por lo cual el *Decretum Gratiani* absolvía al hombre que se acueste con la esposa de otro creyendo que era la propia. Así mismo, la mujer que se casara con un hombre casado no cometía adulterio si al momento del matrimonio ignoraba que ya estaba casado, o que se casara por segunda vez creyendo muerto al primer marido.¹⁵¹

Se puede apreciar que dichas leyes extrañamente favorables para la mujer, la excluían de ciertos delitos de los que evidentemente no eran culpables al no tener conocimiento, sin embargo en otras culturas con diferentes leyes, obviamente, por los mismos hechos hubiesen sido condenadas a muerte a través de terribles formas de ejecución como la lapidación.

7. Derecho español

En la legislación Española de la edad media persistió la venganza privada y la venganza divina, no se admitía como principio la nulidad de los actos jurídicos fundados en el error de hecho, paulatinamente se fortaleció la venganza pública con el aumento del poder real, los textos de derecho españoles adoptaron como principio general que la ignorancia de la Ley no excusa, haciéndose algunas excepciones. En esta época el tribunal de la santa inquisición recoge la historia de los “juicios de dios” donde la confesión era la prueba reina, obtenida mediante la

¹⁵⁰ Cfr. Gómez Trujillo, Martha Patricia, op. cit., p. 4.

¹⁵¹ Nava Garcés, Alberto Enrique, *El error en el derecho penal. Error de tipo y error de prohibición*, 2ª ed., México, Porrúa, 2016, p. 33.

aplicación legal de tormentos, el proceso era secreto y el reo era mantenido incomunicado, actos cotidianos de cualquier procedimiento penal de la época.¹⁵²

En el Fuero Juzgo no se encuentran disposiciones que admitan la excusabilidad del error de derecho; muy por el contrario, nos dice: "... ninguno non azme de facer mal, por decir que non sabe las leyes ni el derecho. Ca el que mal fiziere non deve ser sin pena, maguer que diga que non sabe las leyes ni el derecho" (Fuero Juzgo, Lib. 2, Tit. 1, Ley 3).¹⁵³ Una de las legislaciones importantes de esta época en España fue el fuero juzgo, que contenía previstas disposiciones de tipo procesal, consta de 12 libros y 578 leyes, de los cuales, los libros 6, 7 y 8 tratan de materia penal que contienen disposiciones relativas a la ley del talión pero que también contienen penas pecuniarias y azotes.¹⁵⁴

Otra importante legislación española fueron las siete partidas de Alfonso X el sabio, quien expresó la obligatoriedad del conocimiento y aplicación de la ley, se encuentran determinada en la Partida 1, Ley 20, Tit. 1, donde se expresa: "Escusar no se puede ninguno de las penas de las leyes, por decir que las non sabe: ca pues que por ellas se han de mantener, rescibiendo derecho: é faciéndolo, razón es que las sepan, é que las lean: ...", y al final de dicha ley: "... no son ellos escusados por decir que non sabían as leyes: é tal razon como esta, si la dixeren, no les debe ser cabida"¹⁵⁵. La séptima partida trata de las disposiciones penales, "en la séptima partida se encuentra en forma embrionaria temas como la exención y al atenuación de las penas, causas de justificación, complicidad y tentativa de la interpretación más favorable para el reo, algunas causas de imputabilidad (los locos)."¹⁵⁶

... Las Partidas de Alfonso X el Sabio el error de derecho era en general inexcusable, pero la ley siguiente admite las excepciones a que hacíamos referencia; y así vemos en la Partida 1, Ley 21, Tit. 1: "Señaladas

¹⁵² Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵³ *Apud.* Españés, Luis, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁴ *Ídem.*

¹⁵⁵ Españés, Luis, *cit.*, p. 6.

¹⁵⁶ *Ídem.*

personas son las que se pueden escusar de non rescebir la pena que las leyes manda, maguer non las entiendan ni las sepan al tiempo que yerran, haciendo contra ellas; ..." y luego de referirse a los locos, y a casos de inimputabilidad penal, por falta de entendimiento, nos dice dicha ley: "Otrosí decimos, que los caballeros que han de defender la tierra o conquerirla de los enemigos de la Fe por las armas, deben ser escusados por no entender las leyes; é esto sería si perdiesen o menoscabasen algo de lo suyo, andando en juicio, ó por razon de posturas, é de pleytos, que hobiesen fecho é daño de si: ó porque hobiesen perdido algo de lo suyo por razón de tiempo: pero todas estas cosas se entienden siendo ellos en guerra: ca bien es derecho é razon, que aquel que su cuerpo aventura en peligro de prisión, ó de muerte, que nol den otro embargo, porque aquello se estorbe; sol que se non meta a estudiar, ni aprender leyes, porque el fecho de las armas dexa: ...".¹⁵⁷

Como podemos apreciar, en estas disposiciones se exponen algunos argumentos que se han de utilizar con posterioridad por autores que proponen admitir la ignorancia de la ley como una excluyente de responsabilidad penal.

8. Derecho canónico

En el derecho canónico fue seguido por la iglesia católica originado en la edad media, en su momento fue el derecho que prevalecía, junto con el *ius civilis*. En el derecho canónico nos encontramos de nuevo con algunas excluyentes de responsabilidad, como el error de hecho y la falta de voluntad. Más al igual que la tradición Románica, la "*ignorantia juris*" llegó a tener eficacia atenuante, con lo cual el principia general no fue valido; sobre todo, tratándose de normas emanadas de los obispos.

El Código de Derecho Canónico, establece la excusa de la ignorancia de la Ley cuando es inculpable, como principio general amplio y generoso. Dice el canon:

¹⁵⁷ Espanés, Luis, *cít.*, p. 6.

Canon 2202: párrafo 1º) "De ningún modo se imputa la violación de una Ley que se ignora, si la ignorancia es inculpable. En otro caso, disminuye más o menos la imputabilidad en proporción a la culpabilidad de la misma ignorancia. Párrafo 2º) La ignorancia de la sola pena no suprime la imputabilidad del delito, pero la disminuye algo. Párrafo 3º) Lo que se determina cerca de la ignorancia tiene también aplicación a la inadvertencia y al error; "El Canon 2229 dice: párrafo 1º) "La ignorancia afecta, no tanto a la Ley como a de la pena, no excusa de ninguna pena, aunque la Ley manifiesta en el párrafo 2º) Si la Ley emplea las palabras: Tuviera la osadía, se atravesase, hiciere a sabiendas, de intento, temerariamente, de propósito u otras semejanzas que implican pleno conocimiento y de deliberación, cualquier disminución de la imputabilidad, ya sea por parte del entendimiento o parte de la voluntad, exime de las penas. Párrafo 3º) Si la Ley no emplea esas palabras: 1º) La ignorancia de la Ley o solamente de la pena, si es crasa o supina, no exime de ninguna pena; si no es crasa o supina, excusa de las penas medicinales pero no de las penas vindicativas Los subincisos 2 y 3 se refieren a la embriaguez, al miedo, etc." En la nota al párrafo 1º del Canon 2229 se aclara que la ignorancia es afectada cuando alguien permanece adrede en ella, con el fin de cometer más fácilmente el delito o tener excusa para él.¹⁵⁸

De los cánones anteriores se desprende que la ignorancia afectada es aquella en la que alguien permanece a propósito con el fin de cometer el delito, o tener excusa para ello, lo que indica que existe la voluntad y en consecuencia el dolo. Por lo tanto es importante determinar en la conducta (acción u omisión) del sujeto activo, la intención dolosa o culposa al momento de cometer el delito, y si se está frente a un error vencible o invencible.

Por lo tanto, se debe diferenciar entre el dolo concebido como "conocimiento de la voluntad" como uno de los elementos del tipo penal, y conocimiento de la antijuridicidad, ya que es un conocimiento inactual distinto al conocimiento actual requerido por el dolo, la diferencia no siempre es clara y presenta dificultad, cuando la propia lógica del sistema obliga a imponer distintas consecuencias (impunidad de

¹⁵⁸ Herrera, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, 2ª ed., buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 25.

la imprudencia o pena atenuada del delito doloso), que en absoluto se corresponden con la idea de *justicia material*. A pesar de las amplias violaciones a los derechos humanos que se cometían mediante la venganza divina¹⁵⁹ que el derecho canónico aplicaba ampliamente, también debemos referir que el derecho canónico presento varias ventajas que sirvieron para proteger en ciertos casos, como son:

1. Que es un proceso público y combate la venganza privada;
2. Exige la igualdad ante la ley, porque todos son hijos de Dios;
3. Reglamenta las guerras (Tregua de Dios de miércoles a lunes, en esos días se llevó la Pasión de Cristo);
4. Permite el asilo en los templos;
5. La responsabilidad está en base al Libre Albedrío.¹⁶⁰

9. La ilustración

Hasta el siglo XVIII, el Derecho Penal se caracterizaba por la crueldad. A partir de aquí y en adelante trata de adaptarse a la realidad social y política. Se comienzan a explicar los fenómenos naturales en base a la razón y bajo las Leyes de la causalidad, separando la superstición de los dogmas religiosos lo que causa la separación del Estado y la Iglesia Católica. Es la época del *Humanismo*, sólo se acepta la guía del conocimiento basado en la razón, y el Derecho va tomando como derrotero, principios tales como: El principio de la igualdad de las personas ante la ley. Los principios y garantías de la Revolución Francesa: El principio de igualdad de las personas ante la ley, el principio de legalidad, garantías procesales y la supresión de las torturas, reforman del Código Penal Francés de 1810 que entro en vigencia el 1° de enero de 1811.¹⁶¹

¹⁵⁹ Venganza Divina. Consiste en que el trasgresor de las leyes religiosas debe ser muerto por la comunidad para aplacar a los dioses.

¹⁶⁰ Quisbert, Ermo, *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*, Bolivia Centro de Estudios de Derecho, 2008, pp. 22 y 23.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 24.

Es a partir de esta época en donde se recoge el tan importante Principio de Legalidad del Delito. “*Nullum crimen sine scripta, stricta, certa et praevia lege*” (no hay delito sin ley escrita, cierta y previa). Axioma jurídico en virtud del cual ningún acto u omisión voluntaria es considerado como delito sin que una ley escrita, cierta y anterior lo haya previsto como tal. Es decir no existe delito sin ley positiva previa que lo defina. Este principio establece que la ley debe estar previamente explicada por sí misma, para que sea conocida y entendida, para así poder ser aplicada de forma exacta a lo establecido, en el entendido de que cualquier posible interpretación de la ley penal debe ser descartada y no estar sujeta a ideologías subjetivas o intereses de interpretación que puedan dar lugar a arbitrariedades jurisdiccionales.

II. EVOLUCIÓN PENAL Y LAS EXCLUYENTES DEL DELITO EN MÉXICO

1. Época prehispánica de México

Nadie dudaría de que en la época prehispánica también existían ordenamientos que regulaban las conductas de la ciudadanía de entonces, indudablemente, diferentes a la sistemática que predominaba en los países europeos. Poseían reglas que determinaban la forma de solucionar conflictos que se presentaban en los grupos humanos de entre una amplia gama de pueblos con costumbres, leyes y lenguajes propios, se destacan como los más importantes y trascendentes el Maya y Azteca, que se impusieron y dominaron a los demás pueblos en sus respectivos periodos de apogeo.

El sistema de administración de justicia, que los aztecas tenían era encabezado por el rey, por magistrados y jueces. En materia penal sus leyes eran severas, desconocían la pena de prisión, por lo tanto, imponían penas como azotes, esclavitud y muerte; la cual sobrevenía a través de la horca, el garrote, quemando vivo, o a través del sacrificio a favor de los dioses extrayendo el corazón de la víctima. Pero al mismo tiempo el sistema penal precolombino admitía la

composición, es decir, arreglos entre la víctima y los familiares de la víctima o del victimario.¹⁶²

Aunque el sistema penal prehispánico pareciera ser muy severo, su principal efecto era ser disuasorio. Las comunidades de esa época era profundamente religiosa, las grandes ciudades eran excepciones, normalmente el agente vivía en comunidades pequeñas y unidas. Los delitos eran poco comunes, debido a que existían pocas causas de disputas, el estilo de vida era totalmente ajeno al de las comunidades europeas contemporáneas, y mucho menos, parecidas a las condiciones que se viven en la actualidad; la razón de que fuera difícil que surgieran conflictos entre particulares por disputas como la tierra, eran muy difíciles, debido a que en esa época existían grandes extensiones de tierra cultivable y las necesidades productivas y los medios para ello eran muy limitados.

En la época prehispánica no existía mucho problema relativo a la adicción de sustancias que alterarán el comportamiento normal de la gente, generalmente quienes usaban las sustancias más fuertes lo hacían con fines espirituales y religiosos. Era una sociedad que vivía en armonía con la naturaleza, equilibrada emocionalmente por sus condiciones de vida sencilla en la que cualquiera podía cultivar una porción de tierra, realizar algún arte u oficio, la cacería, a relajarse o divertirse sanamente, y a desahogar sus pasiones mediante el esfuerzo físico cotidiano en una sociedad que veía la prostitución como un oficio respetable e importante que estaba regulado.

2. Época colonial

El derecho que se aplicó en la Nueva España fue principalmente la recopilación de leyes de indias de 1680 y las siete partidas. Además de esos cuerpos normativos, se aplicaron cédulas, órdenes, provisiones reales y otros ordenamientos legales dispersos. Fue durante esta época cuando se implementaron las más crueles penas de la historia, pasadas y presentes, penas

¹⁶² Orellana Wiarco, op. cit., p. 50.

completamente desconocidas e inimaginables para la población indígena. Dichas leyes eran discriminatorias para los negros, mulatos y otras castas. La pena de muerte, de mutilación, las galeras, los azotes y cargar cadenas, forman parte del catálogo de penas, además de ser condenados a prisión o a trabajar en las minas en las condiciones más inhumanas. En el procedimiento penal de la época imperaba la tortura y la incomunicación.

Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, adicionada con los Autos Acordados hasta Carlos III (1759), monarca con quién comenzó una legislación más especializada. Dentro de los nueve libros que componen la recopilación, existe diseminada y en desorden, la regulación penal, pero es el libro VII el especializado en materia penal. En su título primero se regulaba la figura de “pesquisidores”, encargados de la función investigadora hasta la aprehensión de los presuntos responsables y los “jueces de comisión”, designados por audiencias y gobernadores para casos extraordinarios y urgentes. En su Título Quinto se disponía de un cruel sistema intimidatorio contra mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios, constituido por tributos al rey, prohibición de portar armas y transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo, minas y azotes, penas impuestas en procedimientos sumarios. Y un atisbo de ciencia penitenciaria se hallaba en sus títulos sexto y séptimo, sobre cárceles, carcelarios y visitas carcelarias. En su último título VIII se fijaban los delitos, las penas y su aplicación; por cuanto a los indios se establecía para los delitos graves la sustitución de la pena de azotes y las pecuniarias, con trabajos personales en conventos o ministerios de la República y cuando el delito era leve la pena debía adecuarse procurando dejar al reo en su oficio y con su mujer; sólo se les podía entregar a sus acreedores para pagarles con sus servicios y si eran mayores de 18 años se les empleaba en donde no hubiera caminos o bestias de carga. En cambio, los delitos cometidos contra indios merecían pena mayor que en otros casos.¹⁶³

¹⁶³ Macedonio Hernández, Carlos A., *Breve análisis del origen y evolución de la víctima en el derecho penal*, <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/origenyevolucion.pdf>

3. México independiente y el derecho penal

El periodo histórico denominado como *Guerra de Independencia*, inicia el 16 de septiembre de 1810, cuando el eclesiástico Miguel Hidalgo proclama el llamado "Grito de Dolores" y termina el 27 de septiembre de 1821 con la entrada triunfal del *Ejército Trigarante*, encabezado por los militares Agustín de Iturbide y Vicente Guerrero, a la Ciudad de México. El objetivo aparente de este movimiento velico-social era liberar el territorio mexicano del control español para instaurar un gobierno autónomo y progresista.

Uno de los más importantes documentos legislativos que se contemplan durante el movimiento de independencia, fue la Constitución de Apatzingán de 1814, promovida principalmente por Morelos, en dicha constitución se declara que México se independiza de la monarquía española, establece que "*la soberanía reside originalmente en el pueblo*" quien tiene la facultad soberana de dictarse la forma de gobierno que más le convenga a la sociedad. La constitución también establece la división de poderes, que dichos poderes no deben ejercerse "*ni por una sola persona, ni por una sola corporación*", en materia penal establecía dentro de sus artículos, importantes criterios; como la presunción de inocencia y los actos de autoridades carentes de formalidad legal, criterios que desde esa época ya se tenían contemplados y que en la actualidad se pregonan como novedosos, siendo clasificados dentro de la llamada protección a los derechos humanos.

La constitución de Apatzingán fue la primera carta magna de México, un importante documento altamente progresista derivado del pensamiento liberal de la Revolución Francesa, originada por las ideas de importantes pensadores y filósofos de la época conocida como *La ilustración*, que tenía como esencia de la más amplia protección de los gobernados ante los gobernantes. Posteriormente, debido a la convulsa situación política del país posterior a la independencia, provocada por la insaciable ambición de las acciones en el poder, que generaron cambios de gobierno constantes, en 1824 se adopta una nueva constitución que contenía un artículo referente a la materia penal, que es digno de ser mencionado, el artículo

112 fracción segunda que hace referencia a las restricciones de las facultades del Presidente de la República, que expresaba que:

No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponer pena alguna; pero cuando lo exija el bien común y seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas en el término de 48 horas a disposición del tribunal o juez competente.

La constitución de 1824 influyó en otras legislaciones como el código Penal de 1835 en el estado de Veracruz, que tuvo como antecedente el proyecto de 1831, el proyecto de código penal de ese mismo año para el Estado de Jalisco. Asimismo la constitución de 1857, fue una de las constituciones que tuvo mayor vigencia en el país, consagró importantes preceptos penales como el del artículo 14 que prohíbe la aplicación retroactiva y establece el principio de exacta aplicación de la ley. El artículo 16 establece el principio de que todo acto de autoridad debe ser fundado y motivado por escrito, pues nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sin mandamiento de autoridad judicial.¹⁶⁴

El proyecto en materia penal de 1825 estaba dividido en varios capítulos; el primero se refería a las disposiciones generales sobre principios humanistas que pretendían garantizar la integridad del reo mediante seguridad procesal frente a arbitrariedades de la autoridad. El segundo se refería a la forma en que las causas criminales serían resueltas en cada instancia. Los jueces de primera, segunda y tercera instancia tendrían funciones de operadores, facultad de aplicar sanciones impuestas por los jurados, donde los jueces y jurados se vigilarían recíprocamente. En la tercera parte se trataba sobre la forma de conformar los jurados mayores y menores de partido y de distrito, los que eran diferenciados a través de su nivel económico y educativo. La cuarta parte hacía referencia a la figura del defensor de

¹⁶⁴ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 54.

oficio y del acusador de delitos públicos o privados, el cual vendría siendo como el antecesor del ministerio público.¹⁶⁵

Posteriormente el código penal federal de 1871, inspirado en el código penal español de 1870, sigue las ideas de la escuela clásica del derecho penal, representó un avance considerable, pasó a ser el modelo de código penal para los estados de la República, el cual define el delito como "la impresión de la ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" es decir, un concepto de delito muy parecido al del actual código penal federal, que no se define empleando los elementos que contiene el delito, como si lo hace el actual código penal de Chihuahua y de Aguascalientes. El primer código penal se promulgó en 1875 en el Estado de México, se concretó después de un largo y azaroso proceso que se venían discutiendo desde principios del siglo XIX.¹⁶⁶

Tras la revolución de 1910, mediante congreso constituyente se consolidó la constitución de 1917 que continúa vigente hasta nuestros días, "entre las pocas precisiones de legisladores y juristas le han planteado al proyecto penal en concreto estaba el referido a determinar con precisión el tribunal que debía resolver los recursos de fuerza y además asuntos relacionados con la Iglesia. Otro asunto que trataron tuvo que ver con la necesidad de ocupar a los reos de las presiones en alguna actividad que facilitará su reinserción social".¹⁶⁷ Es importante destacar que el debate del constituyente sobre el artículo 21 de la constitución, que se refiere a las atribuciones del ministerio público y las de los jueces, donde se manifiestan las condiciones que prevalecieron durante el porfiriato, en cuanto a la materia penal se refiere:

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del ministerio público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquel, tienen carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

¹⁶⁵ Cfr. Montero Zendejas, Daniel, *Derecho penal y crimen organizado*, México, Porrúa, 2008, pp. 32 y 33.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 34.

Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada, los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, leían la positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus disquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma organización del ministerio público, a la vez que evitara ese sistema procesal tan ambicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al ministerio público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción que ya no se hará procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.¹⁶⁸

Es evidente que el abuso de las potestades que la ley le confiere a los servidores públicos, como es el caso de los jueces, ha sido una práctica que se ha venido realizando de forma ininterrumpida desde que se consolidó la independencia de México, lo que ha derivado en un abuso de poder por parte de las instituciones de justicia en los tres niveles de gobierno, debido a que ha prevalecido el interés personal de quienes ostentan los más altos cargos de interés para el Estado, dejando el interés social relegado. En el caso de los jueces, quienes juzgan los asuntos más relevantes para la evolución jurídica del país, de acuerdo a los intereses políticos y económicos que prevalecen en el tiempo y lugar determinado, a través de la interpretación a discreción, de los conceptos jurídicos ampliamente ambiguos que se encuentran contenidos en las leyes penales.

¹⁶⁸ Orellana Wiarco, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

III. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO Y LAS REFORMAS PENALES

1. La reforma constitucional del año 1993

Significó una transición que presentó dificultades de adaptación para nuestro sistema jurídico, ya que rompió con la tradición jurídica a la que estaba acostumbrado, tal vez por la improvisación de la reforma. La parte más trascendente de la reforma fue la integración del concepto "elementos del tipo" sustituyendo al "cuerpo del delito" que se venía manejando. En el año 1994 se presentó una nueva reforma en la legislación secundaria vinculada con la reforma del año anterior, en ella se establece en los códigos de procedimientos penales el significado de los elementos del tipo, que comprendía conceptos jurídicos como: conducta, resultado, el bien jurídico protegido, formas de intervención del sujeto activo del delito, el dolo y la culpa, la calidad del sujeto activo y pasivo, el objeto material, los medios típicos, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el objeto del delito, y los demás elementos previstos en la ley.

Esta revolucionaria reforma penal, aparentemente presentó dificultades técnicas en la actividad ministerial, contribuyendo en la carga de trabajo y en cierto grado propiciando impunidad por la falta de entendimiento con la mala aplicación de los conceptos por parte de dicha representación social. Al seguir pretendiendo solucionar los problemas penales mediante reformas constitucionales, parece que se ha llegado a creer que las normas jurídicas son la panacea para resolver todos los problemas que padece el país. En el ámbito de los problemas delincuenciales es necesario que todas las instituciones vinculadas a la procuración y administración de justicia penal cuenten con el personal suficiente y especializado, el cual debe de estar bien remunerado para cumplir con su función.

2. La reforma de 1996

La palabra desesperación es la que mejor describe a la reforma del año 1996. El fenómeno de la delincuencia alcanzó tal magnitud que se hizo necesario adoptar ciertas medidas, que muchos calificaron como extremas, debido a que implicaban prácticamente una legislación especial en materia penal, por tal motivo fue necesaria una reforma constitucional que planteara la posibilidad de implementar un verdadero sistema penal.

La reforma constitucional no fue implementada como una política preventiva, no como la respuesta a una problemática provocada durante años por las altas esferas político-económicas del sistema de gobierno, así como la ignorancia, la mala fe de las autoridades, la corrupción y la impunidad que prevalecen hasta nuestros días.

Mediante la reforma constitucional en materia penal de 1996, que reforma y adiciona los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI, se plantea que la delincuencia organizada es uno de los problemas más graves que atraviesa la nación mexicana. En dicha reforma se plantea que los miembros de la delincuencia organizada pueden colaborar con las autoridades a fin de perseguir a otros integrantes de la misma, y desarticular a los grupos criminales a cambio de la remisión parcial o total de la pena. Esta nueva figura para la persecución del delito resulta completamente ajena a la tradición jurídica mexicana.¹⁶⁹

El código penal del estado de Coahuila de 1983 fue uno de los primeros códigos que definió al delito como "la conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen una o varias sanciones penales", señalando los elementos del delito en sus aspectos positivos y negativos, sistematizando la parte general del código, como lo establece la teoría causalista del delito. En 1994 hubo que abandonar el modelo causalista y se adoptó el modelo del finalismo o de la acción final. En 1997 se aplicaron otras reformas con intención de retomar nuevamente el modelo causalista con relación a la culpabilidad pero que no cumplieron su objetivo funcional, debido a que se legisló conservando en el tipo penal subjetivo, el dolo y

¹⁶⁹ García Ramírez, Sergio, De Gonzales Mariscal, Olga Islas, *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de justicia penal*, México, INACIPE, 2010, p. 92.

la culpa, para los efectos de comprobar la responsabilidad, pero conservando como parámetros de la culpabilidad la conciencia de la antijuridicidad en el comportamiento.¹⁷⁰

3. La reforma penal de 1999

Para entender mejor la historia de esta reforma constitucional, me permito transcribir las palabras del Dr. Silva Meza, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien dice que:

La reforma de 1999, implicó un reencuentro con las ideas tradicionales, a la vez que un inicio de racionalidad en cuanto a la dureza legislativa anterior.

Dado el cúmulo de trabajo y complicación técnica que se argumentó para desacreditar la reforma de 1993-1994, se planteó la necesidad de regresar al concepto de "cuerpo del delito", por lo que se implementó una reforma, que algunos han llamado "contrarreforma", en materia penal, modificando primero la Constitución posteriormente el Código de Procedimientos Penales.

A nivel de norma fundamental, se reformaron los artículos 16 y 19 para establecer que debe acreditarse el cuerpo del delito para librar una orden de aprehensión (artículos 16) o para dictar un auto de formal prisión (artículos 19).

El artículo 19 constitucional se modificó para hacerlo congruente con el numeral, estableciéndose que el cuerpo del delito es el primer requisito a colmar para dictar un auto de formal prisión.

Aprobada la modificación a la Constitución, se llevó a cabo la reforma de la norma secundaria para hacer congruentes los dos discursos, así, se modificó la norma adjetiva para también abandonar el concepto "elementos del tipo" y sustituirlo por el de "cuerpo del delito".

La principal ventaja que se obtuvo al reformarse la ley en el sentido de reformar el criterio anterior "cuerpo del delito", consistió en que no hubo que

¹⁷⁰ Cfr. Orellana Wiarco, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

pasar por el complicado proceso de adaptarse al nuevo texto legal, puesto que existía un gran bagaje doctrinal y jurisprudencial al respecto.¹⁷¹

De la lectura del texto podemos apreciar los diferentes conceptos que se aplican antes y después de la reforma, así como la variada interpretación a su aplicación y desglose de los elementos que conforman a cada uno. “cuerpo del delito”, ¿cómo lo puede interpretar cada operador jurídico al aplicarlo a cada tipo penal? De forma muy variada y diversa dependiendo de la corriente doctrinal a que se ha acogido. De igual manera ocurre con los “elementos del tipo”, concepto con el que entramos en un terreno más complicado debido a que doctrinariamente los elementos del tipo penal se pueden desglosar en una gama muy varia de conceptos jurídicos como: elementos subjetivos, objetivos, normativos y constitutivos.

4. Reforma constitucional en materia penal 2008

Desde hace ya varias décadas se ha producido en nuestro país una especie de conciencia colectiva sobre la necesidad de hacer cambios al sistema de justicia, debido a que éste, por mucho tiempo se ha caracterizado por padecer de una aplicación real de los principios generales del derecho penal que supuestamente el sistema de impartición de justicia debe tener, como son: la presunción de inocencia, de legalidad, la justicia pronta y expedita, sino que se ha percibido todo lo contrario: es lento, engorroso, opaco e incapaz de ofrecer acceso a la justicia al común de la población de manera eficaz y eficiente.

Para enfrentar este problema, y siguiendo la tendencia norteamericanizadora regional que se ha implementado antes en otros países sudamericanos como Colombia, el 18 de junio del 2008 se realizó un cambio mediante reforma en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en las bases constitucionales en las que descansa el sistema procesal penal, dirigido hacia el

¹⁷¹ Silva Meza, Juan, “Las reformas penales de los últimos cinco años en México”, México, p. 226. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/131/25.pdf>

proceso acusatorio oral, la cual retrotrae a la mayoría de las actuaciones del Ministerio Público al ámbito judicial, exige la oralidad y la inmediación como principios rectores del sistema. Si bien es cierto que este cambio radical del sistema lucha contra la opacidad en la impartición de justicia, también implica altos costos tanto en su aplicación como para su adopción; misma que necesita un gran esfuerzo de todos los actores para desarrollar las habilidades que los principios de oralidad e inmediación les requieren y, por otra parte, un alto costo económico para la adaptación de infraestructura con el objetivo de que las audiencias se desarrollen en presencia de juez y las partes en conflicto.¹⁷²

Si bien es cierto que el nuevo sistema acusatorio está diseñado para luchar por lograr la transparencia a través de la aplicación de los principios de oralidad e inmediación, también lo es que tiene un alto costo en recursos humanos y económicos. En efecto, si el mismo número de jueces que componen hoy el poder judicial debieran atender las audiencias, necesariamente se prolongaría el tiempo para el desarrollo de los juicios debido a que éstos son insuficientes para estar presentes en todas las audiencias tal como el sistema oral acusatorio exige.¹⁷³

La reforma de 2008 con la cual se implementan los juicios orales en el sistema jurídico mexicano, como un proceso penal de corte acusatorio y garantista. La aplicación de la reforma supuso una serie de transformaciones al modelo de justicia penal que generó enormes retos para los actores jurídicos que intervienen en este proceso, incluyendo a la policía. Los legisladores, técnicos, juristas, investigadores y servidores públicos que gestionaron y aprobaron la reforma de 2008, argumentaron buscar "dotar al Estado de elementos suficientes que le permitieran combatir la criminalidad, la impunidad, procurar e impartir justicia en

¹⁷² Cfr. Azzolini Bincaz, Alicia, Nettel Díaz A. Laura, "Las salidas alternas al juicio: Los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal", *Sección Artículos de Investigación, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, núm. 86, México, enero/abril, 2014, pp.23-46.

¹⁷³ *Ídem*.

forma pronta, clara y expedita, y la posibilidad de garantizar de esta forma la seguridad pública que hace falta, que se anhela por cada mexicano...".¹⁷⁴

Algunos años después, el 5 marzo del 2014, se publicó en el diario oficial de la Federación el código nacional de procedimientos penales, regulando las actuaciones y principios del nuevo proceso penal en México, de corte acusatorio a nivel nacional.¹⁷⁵ Dentro de este nuevo paradigma de impartición de justicia penal encontramos de entre otros, tres importantes principios que deben ser tenidos en consideración y respetados a lo largo de todo el proceso por parte del juzgador para poder legitimar una sentencia, como lo son; el principio acusatorio, el de legalidad y el de presunción de inocencia:

A. El principio acusatorio

Este principio consiste en la separación entre el juez y quien acusa, que generalmente es el Ministerio Público. Es el elemento constitutivo más importante del sistema acusatorio, es un presupuesto estructural y lógico de todos los demás elementos del sistema.¹⁷⁶ Luigi Ferrajoli¹⁷⁷ establece que este principio responde al precepto *nullum iudicium sine accusatione*, "no hay juicios sin acusación". La acusación al imputado por una parte legalmente preestablecida constituye la base de las garantías orgánicas en un modelo acusatorio y garantista. El principio acusatorio es la condición *sine qua non* para la imparcialidad del juez respecto de las partes y por consiguiente, constituye el presupuesto de la carga de la imputación y prueba para quien acusa, y es aquí cuando podemos hacer alusión a la frase popular de "no ser jurado juez y verdugo" que es lo que el principio pretende evitar, es decir, garantizar la imparcialidad.

¹⁷⁴ Lo anterior quedó plasmado en la exposición de motivos del decreto que puede consultarse en la Minuta con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta parlamentaria de la Cámara de Diputados*, Año XI, número 2450, anexo IV, del 21 febrero 2008.

¹⁷⁵ Decreto por el que se expide el código nacional de procedimientos penales, diario oficial de la Federación del 5 marzo 2014.

¹⁷⁶ Montero Zendejas, Daniel, *et al.* (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, México, Fontamara, 2014, p. 54.

¹⁷⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 9ª ed., España, Trotta, 2009, p. 567.

Al ministerio público es a quien le corresponde la carga de la prueba en relación a la acusación, que debe reunir todos los elementos indispensables para sustentarla frente al juzgador; de lo contrario el juez la rechazará y el aparato jurisdiccional no se pondrá en marcha. En otras palabras, la acusación es el acto que introduce al proceso y debe formularse en términos unívoco y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido al imputado, la cual debe apoyarse sobre adecuados indicios de culpabilidad, expresando de manera completa e inteligible para permitir su estudio y refutación por parte de la defensa, y debe hacerse de manera oportuna, expresa y formal.¹⁷⁸

La importancia de la acusación que realiza el ministerio público radica en los argumentos lógico-jurídicos, así como los indicios o elementos constitutivos del delito que él aporte, en contraposición a los elementos de descarga que ofrezca la defensa, y es así como el juzgador podrá entrar al análisis y estudio del caso para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado o la existencia de alguna excluyente de responsabilidad penal a favor del imputado.

B. Principio de legalidad

El principio de legalidad garantiza que todos los procedimientos se desarrollen atendiendo en todo momento a lo establecido previamente por las leyes, bajo pena de nulidad.¹⁷⁹ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Nacional de Procedimientos Penales, establecen los aspectos esenciales de legalidad a los que se debe atener la actuación jurisdiccional al momento de emitir sus resoluciones.

El juzgador también está obligado a vigilar que se respeten en todo momento por los derechos fundamentales del imputado. Ya sea en los actos procedimentales al momento de la detención y en los actos en relación al imputado, como informarle de sus derechos desde el momento de la detención. De igual manera sucede con las comisiones que consiste en en abstenerse de realizar cualquier acción que vulnere los derechos y garantías del imputado; como pueden ser actos de tortura o

¹⁷⁸ *Ídem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 616.

intimidación, tratar como culpable al detenido, maltratarlo o vulnerar unidad. En otras palabras vigilar que lo establecido en las normas legales ya descritas, sean respetadas en todo momento a favor del imputado respetando su derecho fundamental a la legalidad.¹⁸⁰

C. Presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia consiste en el mecanismo efectivo para garantizar la libertad y la seguridad de las personas, así como el respeto a los derechos fundamentales que se puedan vulnerar cuando el proceso penal no cumple con los estándares acusatorios o garantistas.¹⁸¹ Este principio se encuentra establecido en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la constitución política de los Estados Unidos mexicanos, y establece que el imputado tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Nulla culpa sine iudicio, “no hay culpabilidad sino hay juicio” es la máxima con la que se expresa el principio de presunción de inocencia, por lo tanto, puede decirse que alguien es culpable de haber cometido un delito sólo mediante la sentencia emitida por un juez que pone fin al proceso penal. La presunción de inocencia es el derecho fundamental que debe tener todo ser humano que ha sido imputado de la comisión de algún delito, a que se le trate jurídicamente como inocente, hasta que puede exhibirse en su contra el único título válido que pueda legitimar una restricción definitiva a su libertad. Es decir, que cualquier persona debe gozar de un estado jurídico de inocente hasta que medie una condena firme.¹⁸²

5. La reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011

¹⁸⁰ Montero Zendejas, Daniel, *et al.* (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, op. cit., p.55.

¹⁸¹ *Ídem.*

¹⁸² Cfr. Baños, Javier Ignacio y Bujan, Fernando, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Lajouane 2009, pp. 112-113.

En México se presenta un paradigma al sistema de interpretación jurídica completamente radical, con la reforma al artículo primero Constitucional del 10 de junio de 2011, se inició el llamado *neoconstitucionalismo* mexicano al contemplar una cláusula de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que rompió con el monopolio interpretativo de los órganos jurisdiccionales internos y constitucionalizó los estándares internacionales. La reforma se introdujo a la constitución con el texto siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*¹⁸³

Esta normativa exige de toda autoridad, dentro del ejercicio de sus atribuciones y en el ámbito de su competencia, la obligación constitucional de aplicar los derechos humanos y los tratados internacionales de los que la República mexicana forme parte de la manera más favorable a las personas. “*En este panorama subyace un reconocimiento mutuo entre el Estado y los órganos internacionales que denota la preocupación por tutelar de forma efectiva los derechos humanos*”¹⁸⁴, es de suponerse que cuando se legisla, se interpreta o se decide un conflicto relativo a derechos humanos, los operadores jurídicos tienen

¹⁸³ Decreto 117, LXI Legislatura, por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/legis/reflxi.htm>

¹⁸⁴ Flores-Martínez, Alejandra y Uribe-Arzate, Enrique, “La superación del monopolio proteccionista de los derechos humanos en el estado constitucional mexicano, a partir de la reforma al artículo primero constitucional”, Bogotá, *Vniversitas*, núm. 129, julio-diciembre de 2014, pp. 103-133.

como parámetro los criterios internacionales, debido a tres causas jurídicas fundamentales:

1. Los tratados forman parte del ordenamiento jurídico y constituyen obligaciones internacionales para el Estado, como se establece en el Artículo 133 de la Constitución mexicana y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
2. Los tratados, tal y como lo establece el texto constitucional, sirven de referente interpretativo de los derechos fundamentales, Artículo 1 de la Constitución mexicana.
3. Todas las autoridades —en el ámbito de sus competencias— están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (Artículo 1 de la Constitución mexicana, así como los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Mediante los preceptos arriba mencionados, se rompe el monopolio para la protección de los derechos humanos, debido a que todas las autoridades tienen la obligación de proteger estos derechos y no solo el poder judicial. El hermético monopolio para la interpretación es rebasado, a pesar de que la jurisprudencia mexicana postula que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo intérprete de la Constitución Federal, fijar la jurisprudencia que debe prevalecer. Sin embargo, todo indica que en cuanto a derechos humanos se refiere los órganos jurisdiccionales mexicanos ya no son los únicos intérpretes, sino que la doctrina y los órganos internacionales contribuyen de forma sustancial para fijar el contenido constitucional de estos derechos.¹⁸⁵

Las antiguas expresiones utilizadas por las autoridades y por cualquier operador jurídico al hablar de derechos, pasarán del lenguaje de legalidad al de derechos humanos. La prospectiva de conversación pública en México deberá ser entonces en términos de derechos humanos, así como la implementación e interpretación de nuevos conceptos jurídicos, “los derechos humanos encuentran

¹⁸⁵ *Ídem.*

en los sistemas democráticos el nicho natural para su génesis y desenvolvimiento, ahí se abandera la defensa de las libertades fundamentales de las personas para posibilitar una vida plena”.¹⁸⁶

¿Pero en realidad hay un dialogo entre los órganos jurisdiccionales mexicanos y los órganos internacionales? Y en caso de que así fuese ¿bajo cuales supuestos y como lo hacen?

De inicio, la respuesta a la primera pregunta es que no hay un diálogo jurisprudencial en México. La Suprema Corte continua alimentando el monopolio interpretativo, a pesar de las últimas reformas, aún está en espera de sentencias condenatorias para accionar y proteger derechos humanos. La Corte mexicana sigue sosteniendo criterios reduccionistas para la protección de los derechos humanos al considerar únicamente obligatorios los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecidos en sentencias condenatorias y ha dejado de lado la doctrina vertida en otros asuntos, y desde luego, de otros órganos internacionales.¹⁸⁷

CAPITULO TERCERO

CONCEPTOS JURÍDICOS EN LOS DELITOS CULPOSOS Y DERECHO COMPARADO

I. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL

1. El principio de legalidad

¹⁸⁶ Mendoza Esquivel, Joaquín, *Los derechos humanos como sustento de la ley justa. Una propuesta pensada desde John Rawls*, México, Porrúa, 2014, p. 136.

¹⁸⁷ Flores-Martínez, Alejandra y Uribe-Arzate, Enrique, op. cit., p. 110.

El Derecho Penal en nuestro país tiene sustento legal en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:

“A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de éste se fundará en los principios generales del derecho”

El artículo 14 constitucional contiene en su párrafo segundo lo que se conoce como el principio de debido proceso y el principio de legalidad en materia penal, ambos principios deben ser respetados de manera obligatoria por los juzgadores. Los estudios respecto a estos dos principios en México, son muy pocos, pese a ello, dichos principios también se encuentran previstos tanto en Europa como en Estados Unidos, y los estudios sobre ellos son más abundantes, por lo que en varias ocasiones sería más productivo remitirnos a los tratadistas de aquellos países.

¿Acaso es posible que la legislación penal sea precisa, cuando por encima de ella hay una Constitución que consagra, en términos abstractos, un conjunto de derechos y libertades fundamentales que hay que ponderar en cada caso concreto? La suprema Corte, mediante tesis establecerse sobre el Artículo 14 constitucional y en principio de legalidad, que:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD.
ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS
NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. EI
artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de *taxatividad* es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no

pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.¹⁸⁸

Los conceptos jurídicos que utiliza el legislador para integrar una norma penal, no son la norma misma, sino la mejor representación verbal con que han sido capaces de construirla. Las palabras tienen el poder de evocar imágenes, sonidos y sentimientos en el lector o el oyente. El lenguaje es una herramienta de comunicación y como tal, los conceptos jurídicos significan lo que los juristas acuerda que signifiquen, por eso el sentido que les damos no siempre coincide con el que le atribuye el legislador. ¿Cómo sabemos si los operadores jurídicos del derecho penal han entendido la norma? Las fajas en la comunicación suelen producirse, por lo tanto, debido a que los conceptos jurídicos tienen distinto significado para diferentes operadores jurídicos. Pero cuando el legislador usa abstracciones jurídicas que no están asociadas a un concepto jurídico indeterminado, aunque tengan una definición compartida, también tienen acepciones individuales que dependen de la experiencia de cada operador jurídico.

La intención del art 14 constitucional al establecer que en el derecho penal se estará a una “*ley exactamente aplicable al delito de que se trata*” es garantizar el principio de seguridad jurídica. Es de mencionar que sin seguridad jurídica no hay ni puede haber fluidez en el funcionamiento de la sociedad; la peor inseguridad jurídica que afecta a la sociedad es la que se refiere al derecho penal.¹⁸⁹

2. Debido proceso legal

Se puede definir como debido proceso legal “el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar

¹⁸⁸ Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Tomo 2, CXCII, p. 1094, Registró No. 160794.

¹⁸⁹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 23

legalmente los derechos de los gobernados”.¹⁹⁰ La garantía de legalidad en el debido proceso, también conocida como el derecho de defensa, se encuentra establecida en el artículo 14 de la constitución, párrafo segundo; a su letra establece que:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El precedente histórico del artículo 14 constitucional, en su párrafo segundo, que establece la garantía de debido proceso, se encuentra en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, en las enmiendas V y XIV.¹⁹¹ Se puede pensar que el constituyente permanente, buscaba que tuviese el mismo alcance del país de donde lo copió.

Al observar el texto norteamericano en las enmiendas V y XIV de la Constitución Federal de Estados Unidos, se puede apreciar que el segundo párrafo del artículo 14 constitucional es una traducción casi idéntica. La traducción que la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁹² ha hecho del artículo 14 constitucional, no deja lugar a dudas de que el párrafo segundo de dicho artículo, en el que se consagra el principio de legalidad en el debido proceso es casi idéntico. El texto norteamericano en sus enmiendas reza:

¹⁹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Debido proceso legal”, en *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, t. III, 2002, pp. 14-18.

¹⁹¹ *Ídem*.

¹⁹² La Suprema Corte de Justicia de la Nación tradujo el artículo 14 constitucional y éste reza:

“No law shall be enforced ex post facto in the detriment of any person.

No person may be deprived of life, liberty, property, possessions or rights, unless the matter involved has been tried before previously established courts, in accordance with laws enacted before the facts and subject to due process of law. In criminal trials it is forbidden to impose, by mere analogy or reasonable belief, any penalty which is not expressly set forth in a law applicable in every respect to the crime in question”.

Enmienda V:

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

Enmienda XIV:

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the States wherein they reside: No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws...”

Ya que se ha comprendido que es en el artículo 14 constitucional, párrafo segundo, donde se protege la garantía de debido proceso legal, se tiene que mencionar que entonces sí se puede y se debe tener el mismo alcance que en la legislación norteamericana; ahora bien, conviene saber qué se protege en la misma.

Atendiendo lo expresado por la doctrina norteamericana, que se le atribuye la creación de dicho principio, *una de las garantías que se protege, en el principio de debido proceso legal*, y es en la que nos vamos a enfocar, *es la garantía de taxatividad*, conocida en Estados Unidos como, *“The void-for-vagueness doctrine”* (nulidad por vaguedad). Sin embargo, es menester mencionar, que el término *“due process of law”* tiene cuatro acepciones o interpretaciones, en materia penal, éstas son: 1) Se entiende como el requerimiento constitucional del principio de legalidad y no arbitrariedad, 2) Tiene que ver con la lista de protecciones que aparecen en el *“Bill of Rights”*, 3) Como garantía de un adecuado proceso, es decir, como

procedimientos que minimizan el riesgo de que procesados sean condenados por un delito que no cometieron, 4) Como justicia fundamental.¹⁹³ Aunado a lo anterior profundizaremos en el estudio de lo que se refiere a la garantía de taxatividad.

El principio de legalidad consiste en que toda persona tiene derecho a estar informada de lo que el Estado obliga o prohíbe. La garantía de taxatividad establece que una persona no puede ser condenada por un delito cuya definición sea ambigua o vaga; ya que por esta razón se deja a cualquier persona en estado de indefensión; y mediante ese razonamiento debe de ser declarada inconstitucional.¹⁹⁴

De acuerdo con lo que hemos mencionado sobre la doctrina norteamericana se deduce que las leyes, sean penales o civiles, pero principalmente leyes penales, deben de ser precisas, en el sentido de que cualquier persona pueda saber qué conducta está tipificada como un delito, especialmente cuando se trata de penas severas. Es fundamental que el tipo penal sea claro y preciso, con el fin de que el abogado pueda defender a su cliente; para que el derecho a la defensa no se vea menoscabado; además de existir violación constitucional a la sexta enmienda, que protege que el procesado conozca la naturaleza y causa de la acusación.¹⁹⁵

La garantía de taxatividad también debe ejercer una fuerte influencia sobre los conceptos jurídicos indeterminados que se emplean en la parte general del código penal, en los que debido a su ambigüedad genera confusión en los operadores jurídicos, al final la carga de la interpretación recaen en el juzgador. Recordemos que el principio de legalidad consiste en evitar dejar en estado de indefensión al imputado, más aún si se tratase de excluyentes del delito o responsabilidad penal, con lo que podría vitársele verse afectado en sus derechos humanos.

¹⁹³ Cfr. Allen, Ronald Jay, Hoffmann, Joseph L., Livingston, Debra A. y Stuntz, William J., *Criminal procedure Investigation and right to counsel*, Nueva York, Aspen, 2005, p. 85.

¹⁹⁴ Amsterdam, Anthony, "Note. The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, Filadelfia, 1960-1961, pp. 67-116.

¹⁹⁵ Collings, Rex A., "Unconstitutional uncertainty. An appraisal", en *Cornell Law Quarterly*, 195, 1955, pp. 195-237.

El principio de nulidad por vaguedad nos permite arribar a dos conclusiones: 1) Nadie estará obligado a obedecer una ley, cuyos términos sean ambiguos, y razón por la cual se tenga duda de qué es lo que se prohíbe; y 2) La ley no debe contener términos vagos porque traerá como consecuencia la arbitrariedad y la discriminación en la aplicación del derecho.¹⁹⁶

El estado de derecho consiste en que las leyes son creadas por el poder legislativo y posteriormente publicadas, hace que la fuerza del gobierno se regule; es un límite al poder del Ejecutivo; y es a través de las palabras que se limitará al Estado. La doctrina de la “nulidad por vaguedad” significa expresamente el que se permita un grado de flexibilidad en las palabras, pero sin olvidar que solo hasta cierto punto.¹⁹⁷ Deben existir límites a la flexibilidad para que los términos que se utilicen en el derecho penal tengan cabida, porque de lo contrario se puede caer en interpretaciones no admisibles, los parámetros de la flexibilidad es el peligro para la correcta administración de justicia.

Podemos expresar que no existe diferencia precisa entre lo que es la certeza y la imprecisión en el lenguaje; lo que en algún momento fue impreciso, es posible que después sea preciso; lo que para un juez es impreciso, para otro puede ser preciso. La falta precisión en las normas penales provoca que los encargados de perseguir los delitos abusen de cualquier individuo. Dichos problemas se presentan con las normas penales en blanco, es decir, las normas penales o civiles que nos remiten a la normatividad administrativa para conocer el contenido o alcance de las mismas.¹⁹⁸

3. Garantía de taxatividad: También conocida como de precisión o determinación

¹⁹⁶ Cook, Joseph G., *Constitutional rights of the accused*, 3a. ed., t. I, Nueva York, Clark Boardman Callaghan, 1996, p. 16.

¹⁹⁷ Amsterdam, Anthony, *op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁸ Collings, Rex A., *op. cit.*, p. 195.

La garantía de taxatividad consiste en la exigencia de que los textos en los que se contengan las normas penales describan con suficiente precisión cuales conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en dichas conductas, puedan ser entendidas más claramente y evitar la necesidad de recurrir a las interpretaciones.

Lo más importante de la garantía de taxatividad es el lenguaje, pues es el que ayuda a asegurar los principios del sistema jurídico, especialmente en el derecho penal, debido a que la libertad de un individuo está de por medio, y es donde el uso del lenguaje toma gran importancia. El legislador debe formular sus normas con la mayor precisión posible, evitando los conceptos indeterminados; porque de lo contrario sería un precepto nulo, que no permite conocer qué características ha de tener la conducta punible. Es inevitable que siempre exista un cierto grado de indeterminación, porque a final todos los términos empleados por el legislador admiten interpretaciones.¹⁹⁹ La garantía de taxatividad se cumplirá a través de los elementos normativos que el legislador utilice; no es necesario que la ley se mantenga en un casuismo estricto. Pero los tipos penales no serán admisibles cuando no permitan al gobernado conocer qué está prohibido y qué está permitido, o cuales excluyen la responsabilidad de una conducta punible.

La potestad de que esta garantía existirá y se cumplirá, la tiene principalmente el poder legislativo, y secundariamente el poder judicial; si la ley no es suficientemente clara, el juez al interpretarla decidiría libremente el significado que habría de darle a la ley. Entre más clara sea la ley y sus términos sean unívocos, el juez podrá realizar una correcta interpretación de la misma. De no ser así, el juez tendría que determinar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable, no siendo esto posible, porque esa es función del poder legislativo.²⁰⁰

Si no existiera precisión en las normas –taxatividad-, se eliminará y en ocasiones disminuirá, la seguridad jurídica que establece la Constitución. La norma que con su imprecisión dañe la seguridad jurídica de sus destinatarios será

¹⁹⁹ Roxin, Claus, “Derecho penal. Parte genera. Fundamentos...”, *cit.*, p. 141.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 169.

inconstitucional y deberá ser inaplicable por el juez, debido a que faltará la tipicidad del comportamiento analizado o es una conducta no punible o que atenúa la culpabilidad.

La finalidad de la taxatividad penal no es convertir al juez en un mero robot, sino impedir que sea arbitrario. Además no tendría sentido el monopolio de la creación de las normas penales, si después el juez pudiera aplicar la norma con hipótesis que no están expresamente previstas. De igual forma, se puede decir que la ausencia del principio de taxatividad en las normas penales puede contrastar con el principio de irretroactividad, porque su aplicación podría darse en el caso de que el juez penal aplique posteriormente, una norma que con certeza no era aplicable al momento de haberse cometido el hecho. Entre más inteligente y claramente esté formulada la ley, se podrá señalar y corregir de mejor manera las infracciones contra la prohibición de aplicación analógica de la ley.²⁰¹

El principio de taxatividad es muy importante, especialmente en el derecho penal, debido a que únicamente una norma jurídica que esté claramente formulada dará la posibilidad, tanto a los operadores jurídicos como a cualquier persona, la posibilidad de comprenderla y así observarla; de lo contrario no se podrá desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir o permitir; por lo tanto la norma tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad o de excluyente de culpabilidad.²⁰²

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

1. Las excluyentes del delito

Debe de entenderse por causas de exclusión del delito, cuando en una conducta típica así contemplada por la ley, opera en está algún elemento que

²⁰¹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 25.

²⁰² Roxin, Claus, "Derecho penal. Parte genera. Fundamentos...", cit., p. 169.

impide la cabal integración del delito, como ya lo decíamos en el capítulos primero.²⁰³ Se habla de conductas típicas conforme a derecho, en la que la culpabilidad y la punibilidad se ven afectadas en diferentes grados. A continuación vamos entrar al análisis del artículo 15 del código penal donde se encuentran las excluyentes del delito y los tipos de error.

Artículo 15.- *El delito se excluye cuando:*

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

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, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- 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 de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren

²⁰³ Vela Treviño, Sergio, *op. cit.*, p. 201.

bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- *Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;*

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;*

VII.- *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 y 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 de este Código.

VIII.- *Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;*

A) *Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o*

B) *Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea 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;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

Recordemos que los delitos o tipos penales están integrados por varios elementos que constituyen lo que la ley establece como un delito y que ya hemos analizado con anterioridad, es decir; la conducta -que puede ser a través de una acción o una omisión-, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad. Estos elementos del delito son reconocidos *a contrario sensu* en el artículo 15 del Código Penal Federal, en sus fracciones que representan el aspecto negativo de dichos elementos.

En la fracción I del CPF, encontramos la relación entre la ausencia de conducta en el hecho o la acción pero substituido por la ausencia de voluntad, es decir, cuando no se demuestre que el sujeto realizó la acción, o en su caso la omisión de manera intencional, mismas que se clasifican de la siguiente forma:

- a) En la fracción II y III del CPF, se encuentra el elemento negativo Atipicidad, que se presenta cuando la ausencia de consentimiento es el elemento típico.
- b) Las causas de licitud o de justificación en la conducta se presentan en la fracción III cuando el consentimiento se vincula con el ejercicio de un derecho, en la fracción IV de la legítima defensa, también en la fracción V con el estado de necesidad y en la fracción VI con el cumplimiento del deber y el ejercicio de un derecho.
- c) En la fracción VII se establece la inimputabilidad en base a lo que se refiere al trastorno mental del sujeto.
- d) La inculpabilidad se encuentra insertada en la fracción VIII en cuanto al error de tipo y el error de prohibición directo e indirecto, y en la fracción IX respecto a la no exigibilidad de otra conducta.

III. LA INCULPABILIDAD

Edmund Mezger afirma que: “Aun cuando existan la imputabilidad y la forma de culpabilidad no es indefectible que el autor haya obrado todavía “culpablemente” y, por ello, que sea punible. En efecto, su culpabilidad depende todavía de otra circunstancia: la falta de una exclusión de la culpabilidad”²⁰⁴ Las causas de inculpabilidad o de excluyentes re responsabilidad, impiden la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por la inexigibilidad de adoptar una decisión adecuada conforme a Derecho, así que, tanto las circunstancias acompañantes, como la motivación normal o la exigibilidad sólo aparecen en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad.²⁰⁵

1. El Error

Uno de los conceptos en que los operadores jurídicos suelen incurrir en mayor confusión, debido a su grado de indeterminación, es el error. Parecería que todos entendemos el significado de la palabra error, ¿pero será lo mismo cuando se habla de los diferentes tipos de error? El Código Penal Federal habla de varios tipos de error, como el error vencible o el error invencible, pero en ningún lado del código dice que debemos entender por cada uno y su interpretación queda a consideración del juzgador, menoscabando los principios de seguridad jurídica y taxatividad. Para distinguir el significado entre los tipos de error, lo primero que se debe hacer es diferenciar entre el error y la ignorancia, ya que por la similitud que presentan, ambas figuras se llegan a confundir, pero dichas figuras son distintas e independientes entre sí.

Es importante tener un concepto claro de lo que es el error, debido que en la dogmática penal, cada vez va cobrando más relevancia. Es importante revisar sus efectos y su alcance como excluyente del delito, para establecer su adecuación en

²⁰⁴ Mezger, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, Valleta Ediciones, 2004, p.181.

²⁰⁵ Roxin Claus, “Derecho Penal. Parte General...” *cit*, p. 80.

la legislación pena adecuándola a la sociedad a que va dirigida. Giménez de Azua manifiesta que:

El error, lejos de ser un problema "sencillo", que está erizado de dificultades tremendas. Sobre el, pasan aún con la gravedad de lo tradicional, las viejas máquinas de que "el error de derecho no excusa" y de que "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento". En otro aspecto, gravitan sobre estas cuestiones el error, a este respecto con referencia peculiar al de *error de hecho*, sistemáticamente engendrado por el "positivismo jurídico" italiano y reflejado en Hispanoamérica.

En materia de sistema (en cuanto a la ciencia jurídica) el error ha sufrido cambios y deformaciones innumerables. Se ha discutido, tras debatir la ignorancia y el error, en cuanto a su eficacia diferenciaría en el Derecho Penal, si la ignorancia de la ley debe tratarse al estudiar la interpretación de ésta o al ocuparnos del error de hecho. Superado ya el viejo método de incluir aquella en la indagación de la ley penal, se pone a discusión, si el error ha de tratarse en la "teoría del dolo" o en la "teoría de la culpabilidad". El *error de derecho* debe ser diferenciado del *erro de hecho*, o si conviene la unificación de ambos, puesto que todos son errores de hecho y sólo importan a los juristas los que tienen reflejo en el derecho. Por lo pronto, si conviene hacer otra diferencia, que por cierto, impera sin contradicciones mayores entre los penalistas alemanes que separan, incluso en lugares alejados del sistema jurídico penal, el "error del tipo" y el "error de prohibición".²⁰⁶

De forma más específica, Pavón Vasconcelos expresa del error lo siguiente: "Ordinariamente el error es colocado como la negación del dolo. En efecto, el dolo requiere conocimiento en el agente sobre el hecho, su significación antijurídica, mientras que el *error* consiste en una equivoco o falsa noción de un objeto, de su

²⁰⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, El delito, la Culpabilidad y sus exclusión, 3ª ed., buenos aires, Losada, 1982, p. 312.

esencia, o bien de un hecho determinado y por ello; desconocimiento o ausencia del conocimiento que el dolo requiere o precisa".²⁰⁷

Como ya lo hemos mencionado, la importancia de esta institución radica en cada sociedad a la que va dirigida según el grado de conciencia jurídica y social. Cada sociedad tiene un grado de conocimiento jurídico específico, por lo cual, el problema se encuentra en que no todos los pueblos pueden adoptar los avances jurídicos de forma general, se debe analizar y adaptar a las condiciones imperantes de la sociedad a la que se pretende aplicar.

Si aceptamos que el dolo requiere la representación y previsión del hecho, la falta del conocimiento o voluntad en la realización del hecho típico, de ser esencial lo fundamental, destruyen el dolo; o bien, si la culpa exige la previsibilidad y la infracción de un deber de cuidado. Tal previsibilidad no fue posible al sujeto, a tomar en cuenta cuando no le fue factible obrar con el debido cuidado, puede presentarse alguna causa de inculpabilidad que anula la culpa.²⁰⁸

Podemos definir al error como la falsa percepción de una realidad subjetiva, cada escuela penal le otorga un contenido especial al error. Ahora bien, esa falsa representación de la realidad puede afectar o nulificar el dolo, pues si hemos afirmado que el dolo es representación y voluntad del que ejecuta un hecho considerado como delictivo, la errónea representación puede traer como resultado que el sujeto conciba que está ejecutando un hecho cuando en realidad ejecuta otro. Por ejemplo, cuando el sujeto "cree" que está siendo víctima de una agresión y en esa "creencia" que percibe en su mente y actúa con voluntad ejecutando actos "defensivos", y así lesiona o mata a un supuesto agresor, indudablemente el sujeto actúa con la "intención" de matar, pero bajo la equivocada representación de una realidad en la que supone una agresión, destruye el dolo, pues esa representación que lo ha motivado de forma voluntaria a realizar una conducta, no para cometer un

²⁰⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de derecho Penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 437.

²⁰⁸ Orellana Wiarco, Octavio, *op. cit.*, p. 325.

delito, sino para defenderse. Esta situación de error destruye el dolo, anula la culpabilidad y da lugar a una causa de inculpabilidad.²⁰⁹

Podemos ver que el error de percibir una realidad equivocada que puede ser provocada por diferentes factores, cuando el sujeto se encuentra en una situación específica. Realizar conductas actuando por circunstancias que el ignora que son erróneas, de aquí se suele desprender otra confusión conceptual en cuanto a lo que el sujeto ignoraba que estaba incurriendo en un error, y para ello, antes de continuar con el error y los diferentes tipos de error que existen, debemos diferenciar el error de la ignorancia.

A. Ignorancia

La importancia de distinguir los conceptos de error e ignorancia radica en la máxima jurídica que reza "la ignorancia no exime de la observación de la ley". El diccionario de la Real Academia de la lengua dice que *Ignorancia* viene del latín *ignorantia*. Y la define como la falta de eficiencia, de letras y noticias, general o particular. La segunda acepción se refiere a la ignorancia del derecho en la cual señala: "Desconocimiento de la ley, el cual a nadie excusa, porque rige la necesaria presunción o ficción de que, promulgada aquella, han de saberla todos".²¹⁰ La tercera acepción se refiere a la ignorancia cuando esta es invencible, así, el diccionario señala: "la que tiene alguien de algo, por no alcanzar motivo o razón para desconfiar de ello".²¹¹

Entonces, la ignorancia se considera como un desconocimiento de algo o como laguna de conciencia, es decir, como un estado cognoscitivo negativo o nulo; cosa diferente respecto al el error, ya que en éste como anotamos anteriormente, si se conoce y se tiene la voluntad del hecho, aun cuando sea malo o inadecuado lo que está en conocimiento, pero con percepción equivocada, tanto de la realidad

²⁰⁹ *Ibidem*, 326

²¹⁰ Cuestión que en materia penal no es del todo cierta.

²¹¹ Cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=KwB5inc>

como del resultado.²¹² Podemos observar que en ambos conceptos existe un paralelismo debido a que hay una íntima relación entre ambos, pero la diferencia se vuelve más evidente a la luz de la psicología, y se puede concluir en que la distinción carece de importancia desde el punto de vista de los efectos jurídicos que producen en ambos estados de conciencia.

La cuestión relativa a la ignorancia de las leyes en orden a sus efectos, ya venía recogida en el Derecho Romano (que establecía claramente la máxima *nemo ius ignorare censetur e ignorancia iuris non excusat*. En justificación de dicho precepto se alega:

- 1.- Que tenemos el deber de conocer las leyes.
- 2.- Que el legislador al promulgarlas y publicarlas pone los medios para que podamos enterarnos de ellas.
- 3.- Que como consecuencia de lo anterior, si pudiendo y debiendo conocerlas, las ignoramos, nuestra ignorancia es culpable y nada puede eximirnos de las sanciones establecidas por la Ley para estos supuestos.²¹³

La situación de error debe ser provocada en el estado intelectual por persuasión, o sea que el sujeto debe de creer realmente que el objeto conocido es el verdadero y que existe realmente, ya que carecería de interés como error para el Derecho Penal y que esta disconformidad fuese ocasionada por la fantasía.²¹⁴

Es indispensable conocer los diferentes tipos de error que existen dentro de la Legislación Mexicana, a efecto de conocer su significado y alcances debido a que las diferentes figuras jurídicas que se derivan del error pueden dar lugar a muchas confusiones, por lo tanto es necesario tener conceptos claros en la ley penal sobre los tipos de error, para evitar estas confusiones he interpretaciones subjetivas y también poder diferenciarlos de otros conceptos jurídicos como la ignorancia.

²¹² Gómez Trujillo, *op. cit.*, p. 49.

²¹³ *Ibidem*, p. 51

²¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

B. Error de hecho esencial e invencible

El error esencial es el que tiene relación directa sobre una circunstancia o elemento de la figura delictiva y en la que se fundamenta o se agrava la aplicación de una sanción penal, por lo que su estudio se fundamenta en el conocimiento que posee el autor del acto punible. En la esencia del hecho radica la posibilidad de excluir el delito. Por ese motivo Von Liszt trata el error, exclusión del dolo, atendiendo a la conciencia del sujeto sobre el hecho que realiza.²¹⁵ El error, junto con sus diferentes formas, afecta el contenido psicológico de la culpabilidad. El error de hecho hace referencia a las condiciones materiales exigidas para la aplicación de una regla de derecho. Desde el punto de vista del Derecho Penal consistente “en la representación equivocada de la realidad, equivocación que incide en la esencia del hecho, no en sus accidentes, y que además el sujeto no puede superar porque excede al límite normal previsible”.²¹⁶

ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO E INVENCIBLE. SE ACTUALIZA ESTA CAUSA DE INCULPABILIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 29, FRACCIÓN VIII, INCISO B), DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014, CUANDO EL INCULPADO ACTÚA CREYENDO QUE UN ORDENAMIENTO LE CONCEDÍA PERMISO PARA MANTENER PRIVADO DE SU LIBERTAD AL SUJETO PASIVO DENTRO DE UN "ANEXO" DE TRATAMIENTO PARA ALCOHOLISMO Y DROGADICCIÓN. El error de prohibición se constituye como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o expresado de otro modo, que actúe en la creencia de que obra lícitamente; sin embargo, no cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y únicamente se excluye o atenúa la responsabilidad cuando se cree que se obra conforme a derecho. La doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, será error de prohibición directo, si

²¹⁵ Nava Garcés, Alberto Enrique, *op. cit.*, p. 43.

²¹⁶ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 327.

recae sobre la ilicitud, si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder, incluso, que tenga un conocimiento completo de la norma, pero por razones ulteriores, no la crea vigente. En tanto que es error de prohibición indirecto, si recae en la autorización del comportamiento, porque se crea que lo beneficia una norma permisiva que realmente no esté reconocida en la ley, o porque se tenga la convicción de que se actúa justificadamente ante la necesidad de salvarse o salvar a un tercero de un peligro inexistente. Ahora bien, el error de prohibición puede ser considerado desde dos puntos de vista: Según exculpe o disminuye la culpabilidad, hablaremos de un error de prohibición invencible y vencible. El texto del Código Penal para el Distrito Federal da un tratamiento distinto a los errores invencible y vencible, pues mientras éste únicamente disminuyen la responsabilidad y la pena, aquél las excluye; sin embargo, debe valorarse siempre en relación con el sujeto en concreto y sus circunstancias específicas, y nunca en función de una pretendida objetividad que acuda a una figura de imaginación (hombre normal). Lo arduo en la doctrina y en la práctica es establecer cuándo el error es de una u otra clase, pero como no pueden emplearse criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible el error que estuvo en posibilidad de ser superado por el sujeto o que el autor haya tenido razones para pensar en la antijuridicidad y la posibilidad de esclarecer la situación jurídica; por el contrario, como invencible, el que no le fue exigible superar, dadas las circunstancias en que se desarrolló el hecho y, por ello, no existieron razones para pensar en la antijuridicidad, así como tampoco la posibilidad de esclarecer la situación jurídica, como pueden ser los comportamientos estimados como estereotipos de comportamiento lícito en la sociedad. En razón de lo anterior, si de autos se advierte que el inculpado privó de la libertad al sujeto pasivo, bajo la falsa creencia de que su comportamiento estaba autorizado por una norma permisiva (que realmente no está reconocida en la ley), además de invencible, pues poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, como es el trabajar en una asociación civil dedicada a tratar a gente con problemas de alcohol y drogadicción, la cual está debidamente registrada mediante poder notarial, y constituida para la "rehabilitación e integración a la sociedad de alcohólicos y

drogadictos, así como la realización de todo tipo de actos y actividades relacionados con lo anterior"; previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores; dicha circunstancia denota la actualización de la hipótesis de la causa de inculpabilidad prevista en el artículo 29, fracción VIII, inciso b), del Código Penal citado, aplicable para la Ciudad de México, en su texto anterior a la reforma de 18 de diciembre de 2014, consistente en error de prohibición indirecto invencible, pues el Estado al otorgar dicha autorización, conocía cuáles eran las funciones de ese lugar, ya que es un problema de salud mundial, lo cual llevó a la creación de la Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-2009, para la prevención, tratamiento y control de adicciones (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2009) e, inclusive, se encuentra previsto en el artículo 192 de la Ley General de Salud; asimismo, las máximas de la experiencia nos enseñan que existen lugares en donde se trata ese tipo de problemas -alcoholismo y drogadicción-, los cuales se anuncian por diversos medios de comunicación; máxime si el actuar del sujeto activo siempre fue público, esto es, no se hizo de manera secreta, pues podía acudir cualquier particular a ese lugar. Por ende, el inculpado actuaba creyendo que un ordenamiento le concedía permiso para mantener privado de su libertad al sujeto pasivo dentro de un "anexo" de tratamiento para alcoholismo y drogadicción, lo que le impedía considerar que su conducta era antijurídica, pues no existía motivo alguno que le hiciera pensar que cometía un delito, puesto que dichos comportamientos se estiman como estereotipos de comportamiento lícito en la sociedad y, por ello, su error no precisa de sanción.²¹⁷

Es decir, afecta el carácter normativo de la culpabilidad, esto es, el agente tiene un falso concepto de la realidad al desconocer el contenido de la norma, pero cree erróneamente que su actuar está protegido en la ley, consiguientemente su proceder puede resultar típico, imputable y antijurídico, pero no culpable por no surgir el error de hecho esencial e invencible como causa de inculpabilidad, destruyéndose el dolo. Derivado de lo antes indicado, se reconocen como especie de error esencial e invencible las llamadas eximentes putativas. Entiéndase

²¹⁷ Gaceta del Semanario Judicial, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 39, Febrero de 2017, Tomo III, p. 2271, Registro 2013701.

entonces, por *Eximentes putativas*: Cuando el agente obra con la creencia errónea, pero seriamente fundada en las apariencias, en los antecedentes, en las circunstancias del caso concreto, de que está amparado por una causa de justificación, cuando efectivamente tal causa de justificación no existe, es decir, no lo ampara porque no están satisfechas las condiciones exigidas por la ley para que tal causa de justificación proceda.²¹⁸

Al fenómeno de las eximentes putativas comprende dos especies de error sobre la antijuridicidad, es decir, el que consiste en interpretar equivocadamente un requisito exigido para la configuración de una causal de justificación y el equivocarse sobre el hecho que, de existir en el caso concreto, justificaría la conducta. Se habla de “putativas” (del latín *putativus*: pensar, reputar) porque la persona piensa erradamente respecto de algo que no corresponde a la realidad, y se tildan como “eximentes” en cuanto exonera la responsabilidad.²¹⁹

Cabe señalar lo putativo en el cumplimiento de la ley, cuando se cree que ésta autoriza un acto que en realidad no se permite. Entonces podemos decir que el agente realiza una conducta creyendo que su actuar está debidamente ajustado en la norma, y por ende, su conducta es lícita, aun cuando se produzca el daño. Es oportuno mencionar que parecería estar en presencia de alguna causa de justificación, sin embargo, si bien existe la intención de realizar una conducta en donde se tiene la falsa apreciación que se va evitar un daño mayor también lo es, que no hay conciencia de lo antijurídico como tampoco existe el dolo, por ende, si no existe la antijuridicidad no estamos en presencia de alguna causa de justificación, ya que ésta es de carácter objetivo y al no existir dolo tampoco estamos en presencia de una conducta reprochable, porque se actúa bajo un error esencial.²²⁰

²¹⁸ *Ídem*.

²¹⁹ Reyes Echandía, Alfonso, *Culpabilidad*, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Temis, 1991, p.190.

²²⁰ Jiménez de Asúa, Luís, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 404.

Así, encontramos como eximentes putativas: a) La legítima defensa putativa, b) El estado de necesidad putativo y c) La obediencia jerárquica putativa. “Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta”.²²¹

A. La legítima defensa putativa.

La más comúnmente invocada de las eximentes putativas es la llamada defensa putativa o inculpable, que se diferencia de la legítima, ya que el agente “cree fundadamente por un error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión”.²²² La legítima defensa opera cuando el sujeto actúa para repeler una agresión actual e inminente, y el agente realmente repela dicha agresión, entonces sin duda estaremos ante una legítima defensa, pero en la defensa putativa se da el caso en que el agente cree repeler una agresión real e inminente, donde razonablemente pensó que estaba siendo objeto de una agresión, dadas las circunstancias y antecedentes del caso particular y concreto, en este sentido existe la defensa putativa.

Ejemplo de legítima defensa putativa: un velador que va con su perro hacia su trabajo por la noche, atraviesa un paraje solitario donde anteriormente madre antes habían asaltado a otras personas, observa que de entre la obscuridad se le acercan tres sujetos y su perro les ladra, de pronto escucha un disparo de arma de fuego y entonces con el propósito de defenderse sacar su pistola y disparó hacia los sujetos y los hace huir, continuando el camino. Posteriormente el velador es detenido en su trabajo por la policía y se acredita que con el disparo de su arma uno de los tres sujetos murió; los otros dos explican que al dirigirse a sus hogares a través de un paraje solitario, encontraron a un sujeto con un perro, y el animal los

²²¹ Pavón Vasconcelos, Francisco., *op. cit.*, p.548.

²²² *Ídem.*

agredió, por lo cual uno de ellos sacó un arma y con el propósito de ahuyentar al perro dio un disparo al aire, entonces el individuo les disparó y mató a uno de sus compañeros. Lógicamente el velador por las circunstancias que se presentaron al momento del disparo percibido equivocadamente que era objeto de una agresión por parte de tres sujetos y actuó en defensa propia, su error es esencial pues no existió la agresión, e invencible porque dadas las circunstancias (de anteriores asaltos, de la obscuridad del paraje solitario, etc.) se consideró víctima y actuó en su defensa, apareciendo el error como causa de inculpabilidad que destruye el dolo de su hecho.²²³

Otro ejemplo de legítima defensa putativa; sería cuando un sujeto le da muerte a Ticio por creerse víctima de una agresión injusta, actual, violenta y peligrosa, en una habitación oscura, altas horas de la noche, al descubrir a prisión inesperadamente, poniéndose en pie y con un objeto impresentable en la mano; cuando en realidad Ticio, en estado de ebriedad se introdujo en la habitación que encontró con la puerta abierta. Es también esencial del error cuando recae sobre una circunstancia calificativo que constituye el elemento integrante del tipo delictivo.²²⁴

B. Estado de necesidad putativo

También llamado como "derecho de necesidad", "situación necesaria", "estado de necesidad supra-legal", se suele definir como aquella falsa apreciación de peligro actual para los intereses jurídicamente protegidos, en la cual no queda más remedio que el sacrificio de intereses jurídicos, o de bienes jurídicos pertenecientes a otra persona. Por ejemplo, cuando una persona es encerrada en una habitación por sus amigos que le hacen una broma, haciéndole creer que se ha iniciado un incendio y en la suposición de que debe escapar se ve en la necesidad de destruir una ventana de la habitación. La destrucción que se realizara de forma dolosa por la persona, es decir intencionalmente la destruye, pero lo ha hecho bajo la creencia de sacrificar un bien jurídico (la ventana) para salvaguardar

²²³ Orellana Wiarco, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

²²⁴ Carranca y Trujillo, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl, Derecho penal mexicano, Parte General, 22ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 511.

su vida. Siempre que les resulte esencial e invencible se presentará, como este ejemplo, el error como causa de inculpabilidad.²²⁵

Pavón Vasconcelos por su parte expresa “En el estado de necesidad putativa, la creencia de un estado peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos”.²²⁶

C. Obediencia jerárquica putativa.

La obediencia es en realidad una causa de inculpabilidad. En efecto, cuando el agente ejecuta un hecho típico en cumplimiento de una orden, lo hace en la creencia de que la orden es legítima. Hay entonces un error de hecho que suprime la culpabilidad de quien obra por error; pero el hecho continúa siendo antijurídico y es responsable es quien lo ordenó.²²⁷ Por ejemplo, en el caso en el que un soldado al momento de cumplir órdenes de un oficial, detiene a un civil minutos después de ocurrido un disturbio. El soldado supuso equivocadamente que el supuesto oficial tenía facultades, máxime que iba vestido de militar ostentando su grado y que había sucedido un disturbio; para el soldado opera la excluyente de culpabilidad, pues su actuar se debe a un error esencial e invencible, acatando órdenes que se suponía emanadas de un superior y en circunstancias que lo hacían creíble.²²⁸

En cuanto al cumplimiento de una orden por jerarquía, Reyes Echandía manifiesta lo siguiente:

En cuanto al cumplimiento de un deber derivado de disposiciones legales, el error puede consistir en que el agente cree equivocadamente estar ejecutando un acto lesivo de ajeno intereses porque así se lo impone una disposición legal, cuando en realidad la norma no se refiere a esa clase de actos, o los hechos no son como lo percibe el agente. Cuando en el cumplimiento de un deber emana de orden de autoridad, el error ha de

²²⁵ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 328.

²²⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco., *op. cit.*, p.548.

²²⁷ *Ídem.*

²²⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís, *Principios de Derecho Penal... cit*, p. 406.

referirse a cualquiera de los requisitos de esta causal de justificación; así el inferior cree que obedece una orden lícita, pero en realidad lleva envuelta la comisión de una infracción penal. Considera que se la ha dado un superior jerárquico y en cambio la ha recibido de alguien que no lo es, está convencido que su superior es competente para emitir la orden. Resulta equivocada la apreciación, piensa que la orden se produjo con las formalidades legales pertinentes, siendo que adolecía de alguna.²²⁹

“En el error esencial se excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa cuando es vencible o evitable”.²³⁰ El error es una causa de inculpabilidad eximente de responsabilidad penal, cuando estén satisfechas las condiciones exigidas para ello. Es menester aclarar que si se presentan circunstancias que no dan lugar a un error esencial e invencible, sino que el error no es esencial, o es vencible, porque hubiese bastado con un poco de cuidado, prevención o reflexión para advertir el posible acontecimiento negativo no se puede presentar al error como causa de inculpabilidad, pero es un hecho de que algunos penalistas consideran que el delito debe sancionarse como culposo, y no como doloso.²³¹ Es decir, el error esencial es no punible y el vencible es culposo.

Quien para salvarse de un peligro por encontrarse en estado de necesidad realiza una acción tipificada como punible, no actúa culpablemente, tampoco quien actúa en una situación de defensa necesaria. Se dice que falta la culpabilidad, porque no se le puede reprochar al autor haber actuado bajo estas circunstancias. Si el autor en forma errónea supone estar en peligro, entonces ello podría derivar en algún reproche para él. Si el autor no tomó en cuenta la medida de atención que se podía esperar de él según las circunstancias del caso, pero si el autor se salva de tal manera del supuesto peligro como lo tendrá que haber hecho del peligro real, no se le puede hacer reproche alguno por la acción necesaria o defensiva realizada en un estado de defensa putativa considerada en si inculpable. Cuando todo se retrotrae a su origen surge el error del autor de las circunstancias

²²⁹ Reyes Echandía, Alfonso, *op. cit.*, p.192.

²³⁰ Jiménez de Asúa, Luís, *Principios de Derecho Penal... cit*, p. 400.

²³¹ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 328.

concomitantes y la culpabilidad se hace visible. En la medida que el error es reprochable, lo es la acción en sí. Se puede llegar por esta vía a una culpabilidad dolosa sólo cuando se supone que el autor dolosamente se ha colocado en ese error.²³²

D. Error accidental

Respecto al error accidental se dice que: “Se refiere a equívocos del sujeto activo en el curso del proceso causal que no afectan el resultado delictivo, o en relación al objeto o materia sobre la que recae la conducta delictiva, o en la idoneidad de los medios”.²³³ El error no produce efecto alguno en la culpabilidad cuando es accidental, como sería cuando afecte la variación del curso de la cadena de acontecimientos y causas, pero sin ser esencial el cambio que produzca el resultado, problema que nos llevaría lejísimos y que entronca con el asunto de la causalidad.²³⁴

Se contempla en el error accidental variaciones como; el error en el *golpe o acto*, que por así decirlo se refiere a la falla en el objetivo por falta de destreza por parte del sujeto activo, y *error en la persona*, que sería como la falla en el objetivo por confusión. Estos tipos de error no anulan el dolo ni la culpabilidad, pues existe por parte del agente la intención de querer producir un resultado que constituye un ilícito, sin embargo, la persona u objeto al que va dirigida falla, produciendo un resultado igual o diferente a un tercero. Existe la reprochabilidad porque interviene voluntad dolosa del agente activo de ocasionar una violación a un bien jurídico protegido por el Derecho Penal. Sea error en el golpe o en la persona, lo relevante es el dolo o la intención de dañar un bien jurídico.²³⁵

2. Error de derecho

²³² Frank Reinhard, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Colección: Maestros del Derecho Penal*, 2ª ed., no. 1, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2004, pp. 51-52.

²³³ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 329.

²³⁴ Jiménez de Asúa, Luís, *Principios de Derecho Penal... cit*, p. 400.

²³⁵ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 329.

Se dice que hay error de derecho cuando el sujeto activo cree de manera infundada que la conducta que realiza es lícita, cuando en realidad no lo es.²³⁶ Al respecto la suprema corte de justicia de la nación establece que:

ERROR DE PROHIBICION O ERROR DE DERECHO. INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 59 BIS DEL CODIGO PENAL (DELITO CONTRA LA SALUD). El artículo 59 bis del Código Penal Federal recoge, como una causa atenuante o de exención de pena, en el mejor de los casos, con simple tratamiento en libertad, el llamado error de prohibición o error de derecho. Para su aplicación en un caso particular dejarse probado plenamente que el hecho típico y antijurídico imputado se realizó, precisamente, por error o la ignorancia invencible en que sus autores se encontraban respecto de la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, error o ignorancia que deviene insuperable, en la exigencia de la norma aludida, precisamente por el atraso cultural y el aislamiento social del autor, extremos que en manera alguna se demostraron, si los propios elementos de prueba examinados por la autoridad responsable acreditan que, si bien los acusados manifestaron vivir en una comunidad indígena, no resulta exacto que ignoraran que el hecho realizado era prohibido, por estar sancionado en la ley penal, puesto que no era la primera ocasión en que lo realizaban y, al ejecutarlo, lo hacían observando el cuidado requerido para no ser sorprendidos en la actividad que sabían delictuosa, pues en razón de su situación económica les era muy bien remunerada, además de que en ningún momento manifestaron, durante la averiguación, que hubieran actuado ignorantes de la trascendencia penal de su conducta.²³⁷

Es el que versa sobre el contenido material del negocio y sobre el hecho concreto. En este plano se sitúan, entre otros, los errores sobre la identidad de las cosas, sobre la calidad sustancial del acto, sobre la persona, sobre las cualidades de la persona. “Se refiere a una regla jurídica; es decir, al derecho objetivo”.²³⁸ Según la doctrina, es posible invocar la ignorancia y el error de Derecho en materia

²³⁶ *Ibidem*, p. 330.

²³⁷ Semanario Judicial, Séptima Época, Primera Sala, Volumen 193-198, Segunda Parte, p. 25, Registro 234125.

²³⁸ Savigny, Friedrich Karl, *Sistema de del derecho romano actual*, Tomo II, México, Suprema Corte de Justicia, 2004, p. 389.

penal sin recurrir para nada a la analogía e interpretación teleológica, progresiva o restrictivamente el concepto de delito y de dolo, mediante los siguientes argumentos:

- a) Porque el Código Civil al establecer que la ignorancia de la ley a nadie beneficia, no se refiere a las leyes penales;
- b) Porque no hay delito sin culpabilidad;
- c) Porque el conocimiento de los hechos y del significado del acto es elemento de la culpabilidad doloso;
- d) Porque si la conciencia de que se quebranta el deber es un elemento intelectual del dolo, la inconsciencia impide la imputación jurídica;
- e) Porque la imputabilidad requiere comprender la criminalidad del acto y poder dirigir la acción”.²³⁹

De lo anterior se desprende, que el error respecto a la existencia de un precepto jurídico, no produce una causa de inculpabilidad, por lo tanto, no constituye una eximente de responsabilidad penal, en base al principio de que la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha, tal es el caso, que algunos códigos penales Estatales, así como el Código Penal Federal, en su artículo 51 y 52 otorgan a los jueces la facultad de individualizar la pena del inculpado, tomando en cuenta: su grado de educación e ilustración, los usos y costumbres, la magnitud del daño causado, el peligro a que hubiere sido expuesto y otras circunstancias más para la correcta aplicación de la pena, la cual se impone a su determinación teniendo un margen variable entre un mínimo y un máximo, a fin de que la sanción se aplique de una manera más justa y equitativa.

El ya derogado artículo 9º del código penal federal, mencionaba que la presunción intencional o dolosa, sobre la comisión de un ilícito no se podía anular aun cuando el agente probara que creía que era legítimo el fin que se había

²³⁹ Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría general del delito*, 7ª ed., México, Porrúa, 2010, pp. 261-262.

propuesto.²⁴⁰ Podemos poner de ejemplo la circunstancia en la que se encuentre una persona al tratar de repeler a un ladrón que ha ingresado en su casa, el desconocimiento o temor sobre el tipo de arma pueda traer consigo el intruso, el habitante ataque al intruso por detrás con un objeto contundente y le cause heridas graves o incluso la muerte, creyendo que la forma en la que procede está conforme a derecho en defender su propiedad o su vida debido al desconocimiento de las intenciones del intruso. ¿Qué hay en tal caso, legítima defensa o exceso de fuerza?, ¿El defensor debió haber investigado que tipo de intenciones o armas tenía el intruso? ¿Habría algún tipo de error, sería vencible o invencible? Muy confusa esta definición de legítima defensa.

El Código Penal Federal, en su artículo 15, fracción VIII, actualmente contempla al error como una excluyente de delito, y dice:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

3. Caso fortuito

Recordemos que la culpabilidad tiene un contenido psicológico, a tal grado que si este desaparece, estará totalmente ausente del juicio de reproche, por ende, no podrá actuarse ni hablarse de culpabilidad. Por lo tanto negar el factor psicológico da lugar al caso fortuito que determina al límite de la culpabilidad, es decir, “el *casus* es negador del dolo y de la culpa, y por ser esta última especie la más próxima a él en función, como noción puramente negativa que es, del criterio unificador de la culpa; si ésta se basa en el clásico criterio de la previsibilidad, la

²⁴⁰ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 331.

imposición de prever engendrará el caso, que viene a significar, así suceso o acontecimiento ajeno en la voluntad”²⁴¹

El caso fortuito es aquel acontecimiento que independientemente de la acción humana se halla fuera de los límites de la previsibilidad, la noción del caso fortuito radica en la imposible previsibilidad del evento.²⁴² Por su parte Carnelutti manifiesta que el caso fortuito “es el evento que no encuentra causa en la voluntad, y tampoco en otra fuerza conocida; la zona de la sombra proyectada por nuestra ignorancia sobre el campo de la causalidad”²⁴³

Díaz Aranda expresa respecto al caso fortuito lo siguiente:

La ausencia del dolo y de imprudencia da lugar al caso fortuito como excluyente del delito, previsto en la fracción X del artículo 15 del CPF. Sin embargo, la ubicación en la que se encuentra prevista la excluyente es una reminiscencia de las teorías que ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad, lo cual hemos rechazado al colocar ambos elementos subjetivos genéricos en la conducta típica, lo que implica desechar el dolo en los supuestos de error de tipo invencible y vencible, así como la imprudencia (culpa) cuando el tipo no admite dicho título de Comisión o no se le puede atribuir el resultado a la conducta por falta de fundamento jurídico para sus el deber legal de actuar como la conducta sale del radio de prohibición de la norma, todo lo cual se determina al analizar cordialmente los tres elementos de la conducta típica: objetivos, normativos y subjetivos.²⁴⁴

Se estima que el caso fortuito surge más allá de la culpa, y por tal no debe de entender ausencia de causa, pues no existe un hecho en el mundo de los fenómenos en la cual no se opere la ley de causalidad. El caso fortuito se da

²⁴¹ Díaz Palos, Fernando, *Culpabilidad Jurídico-Penal. Separado de Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Bosch, 1954, p.47.

²⁴² Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 559.

²⁴³ Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Delito*, Madrid, Reus S.A., 2008, p. 137.

²⁴⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, p. 124.

cuando en una relación de causalidad, la acción del hombre no interviene en ella para producir el resultado.²⁴⁵

La cuestión importante respecto a esta tema, está en determinar si el caso fortuito es una causa de inculpabilidad o una causa de inimputabilidad, o bien una causa de justificación. Al respecto los doctrinarios no se han puesto de acuerdo, sin embargo, se puede decir que si no hay culpabilidad no hay responsabilidad aunque puede existir el hecho, y el mismo haya sido realizado por una persona imputable. Tampoco se puede aceptar como causa de justificación, debido a que si bien el sujeto realiza un acto aparentemente ilícito éste está justificado por la ley, y por lo tanto la conducta es lícita, aunado a que el sujeto tuvo el tiempo para poder razonar el hecho e incluso poder evitarlo, lo que en la especie no se da.

Apegándonos al criterio del límite de la culpabilidad, podemos expresar que se considera como causa de inculpabilidad, en razón que este tipo de hechos se deben de concretizar de manera individual y le corresponde al juez valorar si en realidad no medió dolo o culpa para producir el resultado, porque en caso de existir éstas, entonces sí estarían en presencia de un delito y por consiguiente la conducta sería reprochable.

Medina Narvaez expresa que en el caso fortuito “se produce un resultado típico pese a que la persona realiza una actividad lícita con todas las precauciones debidas, sin intención de imprudencia; el daño al bien jurídico se causa por mero accidente dado que existe un previsibilidad del resultado no puede exigirse a la persona prevea lo que es humanamente imprevisible.” En la práctica se equiparan por sus resultados el caso fortuito y la fuerza mayor:

El caso fortuito está referido a un acontecimiento de la naturaleza inevitable que puede ser previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de una obligación. Se trata por consiguiente de hechos naturales inevitables que pueden ser previstos o no por el sujeto que sufre la carga, pero a pesar que el hecho puede ser previsible no lo puede evitar (maremoto,

²⁴⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit., p. 559.

huracán, naufragio, terremoto etc.), por lo que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación, constituye una imposibilidad física insuperable. En relación a la fuerza mayor esta se refiere a un acontecimiento o hecho producido por el hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. En ambos casos es necesario que el suceso no se haya podido prever o que previéndose no se haya podido resistir. De lo anterior se infiere que los elementos integrantes del caso fortuito y la fuerza mayor son los siguientes: a) Que el hecho sea imprevisible, esto es que dentro de las circunstancias normales de la vida no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no se estructura en elemento imprevisible. b) Que el hecho sea irresistible o inevitable esto es, que el sujeto no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias, es decir el hecho debe ser imposible de evitar aun aplicando la atención, cuidado y esfuerzos normales en relación al hecho de que se trate, considerando las circunstancias concretas del lugar, tiempo y persona. En otro orden, tal a como lo señalamos anteriormente la imprevisibilidad de la fuerza mayor y del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juez debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para tal efecto la normalidad o la continuidad del acontecimiento, o por el contrario su rara ocurrencia, si tal acontecimiento es frecuente, y mas aún, si puede presentarse con cierta periodicidad, no constituye fuerza mayor o caso fortuito por que el obligado razonadamente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de creer que podía evitarlo; por el contrario, si se trata de un elemento de rara ocurrencia que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito o fuerza mayor, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero además, el hecho de que se trate ha de ser irresistible. Debe tratarse en consecuencia de hechos imprevisibles e irresistibles y por tanto sobrevinientes, esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular y que además de no haberse podido prever sea imposible evitar que el hecho se presente. Por ello los elementos que integran el caso fortuito y la fuerza mayor (imprevisibilidad e inevitabilidad) deben ser

concurrentes lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir (evitar) no se dan las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito, como tampoco se configurarán a pesar de que el suceso sea irresistible, pero pudo preverse. De tal manera que la ausencia de uno de sus elementos impide la configuración de tales fenómenos. En cuanto a la inevitabilidad del hecho es indispensable precisar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo, razón por lo cual un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor por la sola circunstancia de que se haga más difícil o más costoso de lo previsto, pues el obstáculo simplemente dificulta el cumplimiento de una obligación pero no la imposibilita.²⁴⁶

La diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor se basa primordialmente en que en el primero se presenta una situación imposible de prever y en el segundo existe opresión en la voluntad, lo que se precisa en la siguiente jurisprudencia:

CASO FORTUITO E IMPRUDENCIA. Si el resultado era "imprevisible", resulta del todo inútil hablar de culpa y menos aún de grados en ella, pues precisamente la "imprevisibilidad" del resultado diferencia el caso fortuito, de la culpa. Refiriéndose al caso fortuito, la mayoría de los autores lo precisan como aquel que se origina, no sólo por las fuerzas de la naturaleza, sino por la acción del hombre, pero el cual se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana, determinando que tanto el "caso" como la "fuerza mayor" excluyen la responsabilidad penal, CASO FORTUITO. La esencia del caso fortuito radica en la imprevisibilidad del resultado, y por ello la ley excluye de responsabilidad, ya que no puede exigir que el individuo prevea lo que es humanamente imprevisible.²⁴⁷

CASO FORTUITO COMO EXCLUYENTE. Los requisitos necesarios para que exista el caso fortuito, como eximente de incriminación, son: a) Que el acto ejecutado sea lícito b) Que se haya ejecutado con la diligencia debida, esto es,

²⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Nicaragua, Año 2011, Sentencia No. 39 del 21 de marzo del 2011, Expediente Judicial No. 0185-0512-08, pp. 4-5.

²⁴⁷ Semanario Judicial, Sexta Época, Primera Sala, Volumen IX, Segunda Parte, p. 36, Registro 264227.

empleando las precauciones racionales que no omiten las personas prudentes y previsoras, y c) Que a pesar de ello resulte el mal por mero accidente material no imputable ni dolo ni a culpa.²⁴⁸

PENA CONVENCIONAL. CONDENA IMPROCEDENTE EN CASO DE FUERZA MAYOR. En los contratos civiles cada una de las partes se obliga en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, con plena libertad para hacerlo, siempre y cuando no se contravengan disposiciones legales ni se afecte el interés público. Las partes pueden pactar en su contrato todas aquellas cláusulas que crean convenientes, entre las que se encuentra la cláusula penal, que consiste en la cuantificación anticipada de los daños y perjuicios que pudieran causarse por el incumplimiento contractual. Sin embargo, no siempre el incumplimiento de las obligaciones convenidas trae como consecuencia el pago de daños y perjuicios o el pago de la pena convencional, pues existen ocasiones en que la inobservancia de una obligación no puede ser atribuible al deudor, como cuando existe un obstáculo proveniente de la naturaleza o del hombre, que le imposibilita física o jurídicamente cumplir cabalmente, de modo que el fenómeno de la naturaleza, hecho social grave o acto de autoridad pública irresistible, por inimpugnable, incide en el objeto principal de la obligación contraída. En ese sentido, la causa que le puede eximir al deudor del cumplimiento de su obligación y por ende, de la pena convencional, debe reunir las siguientes características: ser exterior, esto es, tener una causa ajena a la voluntad del obligado; insuperable o irresistible, que el obstáculo sea inevitable; imprevisible antes de contratar, porque si una diligencia ordinaria resulta previsible, sí se produciría el incumplimiento de la obligación, porque contrató con el riesgo respectivo, y que impida de forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Por tanto, no procede la condena al pago de la pena convencional, al actualizarse uno de los supuestos previstos en el artículo 1847 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que se justifica porque nadie está obligado a lo imposible.²⁴⁹

²⁴⁸ Semanario Judicial, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXXV, p. 2635, Registro 294308.

²⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXIV, Diciembre de 2006, p. 1378, Registro 173722.

Pero existiendo entre ambas situaciones fundamental diferencia, ya que mientras en el "caso fortuito" existe imposibilidad de prever, en la "fuerza mayor" existe "opresión de la voluntad".²⁵⁰

4. La no exigibilidad de otra conducta

La teoría de la no exigibilidad de otra conducta reconoce o admite supuestos específicos de una clase de inculpabilidad. Las causas específicas de "no exigibilidad de otra conducta" que fueron legisladas son: el temor fundado, el Estado de necesidad disculpante y el encubrimiento de parientes.²⁵¹ La no exigibilidad de otra conducta se presenta cuando el actuar del agente no puede determinar culpable, porque atendiendo a las circunstancias no se le puede exigir que haya actuado de una manera distinta.

“En los casos mencionados pueden existir causas que objetivamente excluyen la ilicitud y que subjetivamente excluyan la culpabilidad, pero no hay causas de justificación o de exculpación, respectivamente. De esto resulta que aunque la “motivación normal” no es el único presupuesto de la exigibilidad sino que constituye, el único presupuesto de la no exigibilidad. Mediante esta perspectiva, la “no exigibilidad del cumplimiento de un precepto de precaución” puede constituir, una causa que excluya la culpa, y, en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa que excluya al dolo”²⁵²

La no exigibilidad no quiere decir que exista la ausencia de una prohibición, sino todo al contrario, la cuestión de la no exigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la culpabilidad y posterior, a que se haya comprobado la ilicitud del hecho.

²⁵⁰ Semanario Judicial, Sexta Época, Primera Sala, Volumen XIV, Segunda Parte, p. 58, Registro 263706.

²⁵¹ Orellana Wiarco, *op. cit.*, p. 332.

²⁵² Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Colección: Maestros del Derecho Penal no. 7, 2º ed., Montevideo – Buenos Aires, Editorial IB de F, 2002, p. 112.

A. El temor fundado

El temor fundado radica en la amenaza de un mal grave e inminente que tiene una base real, donde el sujeto se ve compelido por otra persona a violar la ley para evitar el mal con que se le amenaza. Por ejemplo el cajero que entrega el dinero del banco ante la amenaza del asaltante que pistola en mano le exige la entrega del dinero.

Los elementos del temor fundado son los siguientes.

- a) La amenaza grave, real e inminente de un mal;
- b) Que dicha amenaza provenía de un sujeto colocado en un plano de ilicitud;
- c) El allanamiento o consentimiento del sujeto a dicha amenaza que constituye un ilícito;
- d) La conducta delictiva de quien sufre el temor fundado no lo hace responsable, la responsabilidad recae quien ejerce la amenaza.²⁵³

La no exigibilidad como causa que excluye la culpabilidad en los delitos de acción el agente tiene conciencia del resultado de su acción y por lo tanto su conducta es reprochable. La no exigibilidad podrá excluir la culpabilidad cuando exista el fundamento de alguna causa de inculpabilidad establecida en nuestro Código, es decir, el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, el miedo insuperable o el encubrimiento de parientes.

Veamos como ejemplo el siguiente caso: “caballo que no obedece las riendas” el propietario de un caballo resabiado y desobediente, ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar el servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse, pero el dueño lo amenazó con despedirle en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El tribunal de Reich niega la culpabilidad del procesado, porque

²⁵³ Orellana Wiarco, op. cit., p. 333.

teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle exigido que perdiera su colocación y su sustento negándose a ejecutar la acción peligrosa.²⁵⁴

“Puede imputarse una culpa a aquel que ha realizado sin conciencia ni voluntad un tipo penal -esta es la opinión- sólo en caso de que era de exigirle una conducta diferente. En este terreno. La exigibilidad de otra conducta es derechamente idéntica al elemento normativo de la culpabilidad culposa”.²⁵⁵

Es usual que al tratar el tema del temor fundado se haga alusión al miedo grave, sin embargo, al miedo grave se le atribuyen origen interno, es decir, que el propio sujeto se imagina la amenaza de un mal, o bien el peligro o riesgo que puede tener una base real, pero el sujeto llega a un estado de ánimo de angustia que anula su capacidad de entender o valorar la situación en que se halla, o de conducirse voluntariamente, y se produce un estado psíquico de automatismo, que de llegar a la ejecución de un ilícito, éste no le podrá ser atribuido por qué el miedo grave le ha producido un trastorno mental transitorio que da lugar a una causa de inimputabilidad. Varios comentaristas distinguen el miedo grave, del temor fundado, en que el primero tiene una causa interna (surge en la mente del individuo) y el segundo tiene un origen externo (la amenaza proviene de un tercero). Sin embargo, no todos están de acuerdo en esta situación, por lo que debemos atender que el miedo grave pica como causa de la inimputabilidad que anula la capacidad de "entender" o "valorar" y el temor fundado como causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta.²⁵⁶

Para Cortez Ibarra: "Miedo grave, de meuts, significa inquietud, ansiedad; es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza

²⁵⁴ Plascencia Villanueva, Raúl. *op. cit.*, p. 175.

²⁵⁵ Henkel, Henrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Colección: Maestros de Derecho Penal no. 17, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2005, p. 47.

²⁵⁶ Orellana Wiarco, *op. cit.*, pp. 333-334.

o que finge la imaginación. Temor, de timor, es temor o espanto, pasión del ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas".²⁵⁷

Medina Narváez expresa que: "*Miedo Grave* es la excluyente que consiste en un estado psicológico provocado por causas externas de gravedad e inminencia extremas, que obrando sobre el sujeto que las percibe, provocan en él una reacción de tal manera intempestiva, que anulan su raciocinio o discriminación en los medios de reparar las causas que provocan ese miedo, anulando con consiguientemente sus facultades volitivas".²⁵⁸ El miedo grave se encuentra regulado por la fracción IX del artículo 15 del código penal Federal.

En relación al miedo grave o temor fundado, que para los efectos a ambos se les reconocen los mismos, la corte ha emitido el siguiente criterio:

EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. EL MIEDO GRAVE O TEMOR FUNDADO DEBE EXAMINARSE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IX DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. De la exposición de motivos, así como de la evolución histórico-legislativa del artículo 15 del Código Penal Federal, se llega a la conclusión de que en el pasado la fracción VI de dicho artículo contemplaba en forma autónoma como causa de exclusión en la realización de una conducta delictiva la de miedo grave o temor fundado; empero, el legislador reformó dicha disposición introduciendo en la fracción IX como causa de exclusión del delito la no exigibilidad de otra conducta distinta, sin reiterar en su texto a propósito del miedo grave y temor fundado lo establecido en la fracción VI del propio artículo, estimando así que ese proceder quedaba comprendido como una causa de no exigibilidad de otra conducta; de ahí que el estado psicológico de miedo grave o temor fundado producido por amenazas, debe analizarse conforme al contenido actual de la fracción IX del artículo en comento.²⁵⁹

²⁵⁷ Cortez Ibarra, *op. cit.*, p. 407.

²⁵⁸ Medina Narváez, *op. cit.*, p. 259.

²⁵⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, XVIII, Julio de 2003, Registro No. 183829.

MIEDO GRAVE. EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. LA PRUEBA PERICIAL ES APTA PARA ACREDITAR LA. El miedo grave consiste en un estado de conmoción psíquica profunda, capaz de anular o limitar casi totalmente la capacidad de raciocinio, dejando a la persona actuar bajo el influjo de los instintos; sin embargo, para comprobar esta excluyente, no basta la aseveración contenida en el dicho del quejoso o de los testigos, sino que por tratarse de un estado psicofisiológico, sólo puede demostrarse mediante la prueba pericial especializada, es decir, es indispensable la opinión de peritos en psicología, quienes pueden apreciar este estado emocional meticulosamente, en vista de los vestigios que aquellos efectos producen, los cuales nunca dejan de presentarse aunque tengan variedad infinita en los diversos sujetos como porciones peculiares típicas del temor.²⁶⁰

B. Miedo grave

El miedo es una reacción psicofisiológica de origen evolutivo que ha sido indispensable para la supervivencia del hombre y el resto de los animales, a través del cual predispone al sujeto para luchar o huir.

MIEDO GRAVE, CONCEPTO DE. El miedo grave consiste, en síntesis en un estado de conmoción psíquica profunda, capaz de anular o limitar casi totalmente, la capacidad de raciocinio, dejando a la persona obrando bajo el influjo de los instintos, capitalmente el de la propia conservación, o sea en la forma en que obran los animales irracionales ante un peligro; por tanto, no basta la aseveración contenida en el dicho del quejoso, sino es precisa otra prueba de índole pericial específica, puesto que la emoción primaria del miedo grave produce perturbaciones somático-funcionales susceptibles de interpretación técnica adecuada.²⁶¹

El miedo grave contiene los siguientes elementos:

²⁶⁰ Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XV-2, Febrero de 1995, Registro No. 208543.

²⁶¹ Seminario Judicial, Sexta Época, Primera Sala, Tomo LVII, p. 48.

1. Que antes del acto causado por el miedo, haya habido de parte de la víctima una actitud de amenaza grave, inminente contra la persona o bienes del infractor, y;
2. En el momento preciso de la agresión que se teme, el amenazado repele la agresión.²⁶²

El estado en el que se encuentra una persona al actuar bajo los impulsos fisiológicos del miedo grave al momento de cometer un ilícito, se entiende que no actúa ni con dolo ni con culpa, debido a que se encuentra bajo un estado de inconciencia y únicamente actúa en respuesta al estímulo de su instinto de supervivencia.

CAPITULO CUARTO

EL CONCEPTO DE DELITO Y LA ESTRUCTURA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

I. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL

Los artículos 14 y 16 Constitucionales dan origen a los principios de legalidad y seguridad jurídica en materia penal, a través de los cuales los jueces penales deben proteger y resguardar a los ciudadanos a fin de evitar que se les impongan penas, medida de seguridad o sanción, salvo por alguna acción u omisión previstas como delito en una ley vigente al momento de su realización, y cuando se actualicen los presupuestos y elementos que para el mismo la ley establece, y sus penas, medidas de seguridad o consecuencias jurídicas, que se encuentren igualmente establecidas en ella, las que han de ser exactamente aplicables al hecho de que se trate.

²⁶² Medina Narváez, *op. cit.*, p. 260.

Tarde o temprano del sistema penal se volverá autoritario cuando sus fundamentos, legislación o su interpretación dogmática y jurídica olviden, supriman o reduzcan al ser humano en sus derechos esenciales, es decir, se violan sus garantías. Cuando se ignoren los fines que sustentan o limitan los motivos y argumentos en los que se basa el sistema penal, más temprano que tarde él se servirá del ser humano en lugar del humano servirse de él.

Es incuestionable la responsabilidad que tiene la clase política respecto del sistema de gobierno que ha imperado en nuestro país desde hace ya tantas décadas, y en consecuencia sobre la crisis del sistema penal. En general, la impartición de justicia penal en México es como una especie de criatura que devora al substrato social más débil y vulnerable, solo respeta a la clase política y económica más poderosa de la sociedad. La crisis en la procuración e impartición de justicia penal se debe a su gran rezago histórico en el marco legal y el desarrollo jurisprudencial mexicano, durante más de seis décadas del siglo pasado.²⁶³

Zamora Pierce ha manifestado que la principal responsable de las violaciones a los derechos humanos lo ha sido la Suprema corte de Justicia de la Nación.²⁶⁴ Como no creerlo si fue quien a través de la jurisprudencia determino que la detención ilegal era intrascendente en el proceso. Además de privilegiar las confesiones que se rendían sin defensor por sobre las que si, además de que prevalecían las que se obtenían en esas condiciones de ilegalidad sobre cualquier retractación del posterior del imputado inclusive si dicha declaración se logró mediante violencia, lo que se demuestro con los criterios jurisprudenciales que a continuación se transcriben.

DETENCION ILEGAL. NO NULIFICA LA CONFESION DEL INCULPADO. Aun admitiendo que el inculpado fue privado ilegalmente de su libertad, las violaciones que ello implica a disposiciones constitucionales no son reclamables en amparo directo, ni pueden serles atribuidas a las autoridades

²⁶³ Berchermann Arizpe, Antonio, *op. cit.*, p. 12.

²⁶⁴ Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 3ª ed., México, Porrúa, p. 27.

responsables de la sentencia o su ejecución, y tampoco tienen el alcance de anular la confesión del sentenciado ante la policía judicial, si no existen datos que lleven a la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada.²⁶⁵

DETENCION SIN ORDENES DE APREHENSION Y DE CATEO. NO NULIFICA LA CONFESION DEL INCULPADO. Aun admitiendo que el inculpado fue detenido sin orden de aprehensión emanada de autoridad competente, y que los agentes aprehensores se introdujeron a su domicilio sin orden de cateo, las violaciones constitucionales que esa forma de actuar implican no son reclamables en amparo directo, ni pueden ser atribuidas a la autoridad responsable ordenadora y tampoco tienen el alcance de anular la confesión de dicho inculpado si no existen datos que lleven la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente coaccionada. Este tribunal no desconoce que lamentablemente con demasiada frecuencia las autoridades investigadoras utilizan en las aprehensiones métodos reprobados por nuestra Carta Magna; pero en atención a la técnica del amparo directo, las más de las veces no compete a este cuerpo colegiado analizar ese tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos del quejoso para ejercer las acciones relativas ante las autoridades correspondientes.²⁶⁶

Mediante los dos anteriores criterios judiciales, se promueve el uso arbitrario de la fuerza del estado, es decir, la detención ilegal de los ciudadanos, el abuso y las violaciones de derechos fundamentales sin importar en ello los principios a la seguridad jurídica y la legalidad. Pero si hay algo aún más absurdo que lo anterior es lo que a continuación se presenta:

CONFESION COACCIONADA, ROBUSTECIDA CON OTROS DATOS. De acuerdo con el principio de inmediatez procesal, la confesión del inculpado en sus primeras declaraciones merece plena eficacia probatoria; de modo tal que, la existencia de la coacción argumentada por el quejoso no es bastante para invalidar el reconocimiento que de su culpabilidad hizo, ya que al encontrarse

²⁶⁵ Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Marzo de 1993, Pág. 265, No. 216939.

²⁶⁶ Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte TCC, p. 320, No. 390399.

corroborada con otros datos que la hacen creíble y la robustecen, no por el proceder ilegal de los captores, se debe dejar en libertad a quien aceptó plenamente su participación delictiva.²⁶⁷

CONFESION COACCIONADA, LA EXISTENCIA DE LESIONES DEL INDICIADO NO ESTABLECE LA CERTEZA DE. Cuando en la causa penal consta el dictamen médico que acredita la existencia de lesiones del indiciado, esta circunstancia es insuficiente por sí misma para demostrar que su confesión rendida ante el Ministerio Público fue obtenida a través de la coacción, máxime si dicha confesión se encuentra corroborada por otros medios probatorios existentes en el proceso.

Es evidente que mediante estos criterios, la corte deja en un subnivel el respeto a los derechos fundamentales que deben proteger a los ciudadanos, autoriza a una ya de por sí ineficiente policía a ejercer violencia en contra de un probable inocente, fomentando la violencia y el abuso como en la época medieval.

II. LA SEMÁNTICA JURÍDICA

1. *Conceptos criteriológicos*

Las personas comparten conceptos cuando se ponen de acuerdo en una definición en la que establecen los criterios para una correcta aplicación de los términos o las frases que emplean.

La sociedad comparte el concepto de soltería masculina, pero sólo cuando se sabe que un sorteo es un varón que no está casado, pero no carece de cierta imprecisión, ¿se puede decir que un joven de dieciocho años que nunca se ha casado es un soltero? Otro ejemplo es el concepto de triángulo equilátero, este concepto se comparte sólo cuando la misma gente sabe que dicho triángulo tiene dos lados con la misma longitud. Triángulo equilátero es un concepto preciso pero el concepto de soltería es razonablemente preciso. Otros conceptos criterios

²⁶⁷ Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Tomo X, Septiembre de 1992, p. 248, No. 218486.

lógicos suelen ser menos precisos, el concepto de matrimonio es un concepto criterios lógicos moderadamente impreciso. Se le puede llamar matrimonio a varias formas distintas de arreglos legales o sociales que se encuentran en diversos ámbitos sociales. Los conceptos sociológicos y taxonómicos del derecho también son moderadamente imprecisos.²⁶⁸

Plantear una teoría atendiendo la existencia de este tipo de conceptos que se han mencionado, significa proponer soluciones más precisas para lograr objetivos superiores, asimismo sería un error afirmar que las definiciones más precisas integran mejor la esencia del concepto. Por ejemplo otro, error que se hace muy frecuente, es afirmar que la esencia del matrimonio consiste en la unión de un hombre y una mujer, y por lo tanto, el matrimonio homosexual sería una contradicción en sus propios términos, pero al igual que la sociedad va evolucionando de igual modo lo hacen los conceptos y su definiciones.

2. Conceptos de clase natural

Hay personas que comparten conceptos que contienen una estructura física o biológica, aunque no se pongan de acuerdo en la naturaleza esencial de los ejemplos sobre los criterios empleados para identificar el significado de esos conceptos. Algunos expertos conocen sobre el ADN del tigre; otras personas saben que los tigres tienen ADN y es lo que los hace ser lo que son; aún más gente no ha oído hablar sobre el ADN, pese a ello, suponen que todos los tigres tienen la misma estructura biológica que los científicos pueden identificar; hay mucha más gente que no tiene ni la menor noción sobre lo que a estructura biológica se refiere, pero saben que el tigre es un tipo específico de animal: salvaje, grande, peligroso, con rayas en el pelaje que se encuentran en zonas salvajes y en zoológicos. A pesar de ello, todos comparten el concepto de ser tigre: el miembro de una sociedad primitiva se piensa que los tigres son manifestaciones espirituales, y el zoólogo evolutivo que estudiar su historia genética pueden estar de acuerdo sobre

²⁶⁸ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de María Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 19 y 20.

cuántos tigres hay en una jaula, y su desacuerdo de saber cómo llegaron a existir los tigres es auténtico. Los conceptos de clase natural permiten un análisis que no puede llevarse a cabo con conceptos criterios lógicos: la ciencia puede afirmar haber descubierto la esencia auténtica en el caso de los primeros, en su organización molecular o biológica, y no tendría ningún sentido en el caso de los segundos. Aquí no se sigue que la teoría filosófica de una clase natural tenga que tomar el camino científico.²⁶⁹

3. Conceptos interpretativos

Los conceptos interpretativos son aquellos que inducen a reflexionar y cuestionar las cosas que exigen practicas preconcebidas. En el deporte del boxeo, todos concuerdan en el concepto de ganar un asalto, a pesar de que sean frecuentes las discusiones sobre quien gana el asalto y sobre los criterios específicos que deben emplearse para decidir la cuestión. Cada cual entiende que las respuestas de estas preguntas dependen de la mejor interpretación de las reglas, convenciones, expectativas y diversos fenómenos del boxeo y sobre la mejor forma de hacer intervenir a todos esos factores en la toma de decisiones en la ocasión específica.²⁷⁰

Mediante la práctica lingüística convergente se determina la correcta aplicación de los conceptos, tanto criteriológicos como naturales, pero de forma distinta para cada caso. Los que comparten conceptos criteriológicos pueden estar en desacuerdo e incurrir en error acerca de si los criterios para su aplicación se dan en un caso concreto: sobre si un hombre que estuvo alguna vez casado, y si ahora se trata de un soltero o un viudo. Los que comparten conceptos de clase natural pueden equivocarse en el sentido más fundamental. Algunos se equivocan en la naturaleza esencial de las propiedades de los conceptos, como cuando la gente se equivoca al no saber que los sonidos son ondas, o si una ballena es un pez.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 20.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 21.

Entonces podemos decir que los conceptos doctrinales de derecho son conceptos interpretativos. Son los operadores jurídicos quienes interpretan los conceptos jurídicos para determinar cuál será el sentido que se le dará en la práctica compleja de su aplicación, de igual forma se da en el derecho penal mediante conceptos ambiguos que en la práctica se confunde su significado y los jueces son quienes interpretan el significado o el sentido que han de dar a los conceptos jurídicos. Los jueces deben ser como árbitros de béisbol, quienes se limitan a cantar las bolas malas y los strikes. Ahora imaginemos en cómo sería si los árbitros además de cantar las bolas malas y los strikes, crearan o cambiarán las reglas, y que algunos árbitros determinaran que los lanzadores tienen demasiado poder, y por lo tanto, decidieran que el bateador en lugar de salir después de tres strikes, lo hiciera después de seis, mientras que otros optaran por proteger a los lanzadores consideraran que tres golpes fallidos por parte del bateador son muchos y decretaron que sólo se le permita un golpe.²⁷¹

Es así, cómo podríamos considerar que los jueces ejercen su función jurisdiccional al interpretar conceptos jurídicos que se encuentran en el código penal pero los cuales no tienen una definición concreta, y al momento de determinar su significado se tiene que recurrir como a la doctrina, a las tesis o a la jurisprudencia, para que el juzgador determine mediante su arbitrio el sentido y la aplicación que le darán al concepto jurídico específico.

III. EL CÓDIGO PENAL Y SU PARTE GENERAL

La parte general del código penal, es sin lugar a duda, la parte fundamental que caracteriza al derecho penal que rige en el estado de Morelos. Por tal motivo, debemos destacar la importancia de esta primera parte del código penal. De conformidad con la tradicional estructura del código penal, es la primera parte que

²⁷¹ Cfr. Postner, Richard A., *Como deciden los jueces*, trad. de Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2008, p.96.

contiene las reglas generales que conciernen al ámbito de aplicación de la ley penal: además del concepto general del delito y sus elementos, también sobre sus diversas modalidades de realización y los supuestos en los que se excluye el delito; también establece la responsabilidad penal de quienes participan en la comisión del delito, contiene las penas y medidas de seguridad y los criterios que determinan sobre la individualización, es decir contiene todo lo que atañe a los presupuestos necesarios para la determinación de una pena y las medidas de seguridad. Además, establece los criterios y principios útiles para determinar la orientación-filosófica política del código penal. Otra importante función es la de orientar la actuación de quienes tienen la labor de aplicar el derecho penal a los casos concretos, llámese ministerios públicos, juzgadores, y demás operadores jurídicos. De lo anterior se deriva la trascendental importancia que tiene la parte general del código penal y por todo lo que la dogmática penal y la teoría general del delito han construido alrededor de ella.

Debido a que la parte general del código penal contiene importantísimos temas, los cuales han constituido el principal objeto de estudio de la *dogmática penal*, dentro de la cual se encuentra la *teoría del delito*, que es un tema al que se le ha dedicado un extenso estudio sistemático desde hace más de un siglo, especialmente a lo que se conoce como concepto general del delito, sus elementos, las formas de realización y sus causas de exclusión. Son temas que en la actualidad siguen siendo objetos de apasionantes discusiones. Durante el desarrollo de la dogmática penal en la teoría del delito, se han obtenido diversas construcciones sobre el concepto de delito, sus elementos y sus diversos criterios de interpretación que surgen de los contenidos de la Parte General del Código Penal, en específico del Código Penal del Estado de Morelos, que es el objeto del presente estudio, debido a que, en lo que a su Parte General se refiere, consideramos que es uno de los Códigos Penales más desfasados de la República mexicana.

IV. LA ESTRUCTURA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MORELOS

El vigente Código Penal de Morelos se promulgo hace más de medio siglo: el 1° de octubre de 1945. Desde entonces ha recibido diversas reformas. Las cuales no han alterado, sus instituciones y lineamientos fundamentales, propios de la época en que fue expedido. Durante todo este tiempo el Derecho penal sustantivo ha evolucionado en gran medida. En México han sido sustituidos numerosos ordenamientos de los Estados, y la legislación federal fue transformada a fondo, principalmente a partir de las reformas incorporadas en 1983. A lo largo del tiempo que ha transcurrido desde la expedición del Código Penal, se han modificado notablemente las condiciones sociales en nuestro Estado. Por lo tanto es necesario contar con un Código penal congruente con las condiciones jurídicas actuales en el campo del Derecho, que se han venido suscitando con las diversas reformas penales.

Desde la época en que surge el código penal, se han enfrentado diversas ideas penales, como la del clasicismo con la del positivismo, por las ideas liberales y democráticas con las de corte autoritario, esas ideas luchan por la vigencia de principios fundamentales que tienen la función de limitar al *ius punendi* del estado y garantizar los derechos humanos, y por otro lado, a las que les importa la eficacia del Estado a costa de los derechos y las garantías. Es preocupante que las ideas con tendencias autoritarias ganan cada vez más fuerza por el endurecimiento de las penas y el expansionismo del derecho penal.

La Parte General del Código Penal debe contener una precisa orientación filosófico-política, además de una adecuada sistematización de las materias relacionadas con los ámbitos de validez de la Ley penal, el concepto de delito, la individualización de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas. En un estado democrático liberal y de derecho, el poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio. El estado debe reconocer y respetar esos derechos y libertades de la ciudadanía a través del ejercicio del poder público, es decir, el poder penal no

debe ejercerse de forma arbitraria, sino observando los límites a cada una de sus funciones. Una de esas funciones corresponde a la potestad que ejerce el legislador al dar origen a las leyes penales en el ámbito formal. Es en la parte general del Código Penal, donde se deben establecer criterios y principios que tengan la función de garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de quienes tienen la labor de aplicar la ley a los casos concretos.

La estructura del Código Penal del Estado de Morelos deja mucho que desear; es desordenada y posee una conceptualización muy ambigua, carece de definiciones o aclaraciones sobre los conceptos jurídicos más relevantes que en su texto se emplean. A diferencia de otros ordenamientos penales más modernos en los que se desarrollan principios y garantías penales que deben ser aplicados por los operadores jurídicos para garantizar una mayor legalidad a las personas, así como la aplicación de los principios espaciales de la ley penal que conciernen a la aplicación territorial de la norma.

También los principios de aplicación temporal de la ley penal, el principio de aplicación personal de la ley y el concurso aparente de las normas. Todos estos principios que se mencionan contienen la explicación de en qué consisten tales principios, además de las palabras o conceptos jurídicos que se emplean en dicho texto también contienen definiciones que no dejan lugar a la interpretación y contribuyen a una uniformidad de entendimiento, a diferencia de la estructura del código penal del Estado de Morelos, toda vez que carece del apartado de principios específicos, ordenados y definidos.

Los principios fundamentales ejercen la función de establecer límites a la potestad punitiva que ostenta el Estado con la finalidad de garantizar los derechos individuales, por lo tanto, a ellos deben dejarse los órganos del Estado cuando ejercitan su poder penal. Con la introducción de estos principios en la ley, los operadores jurídicos pueden tener una noción más clara de los criterios constitucionales orientados a su actuación en el momento de aplicar la ley penal a los casos concretos.

1. Del concepto de delito y sus elementos

La redacción de la parte general del Código Penal del Estado de Morelos, no está acorde con los avances de la ciencia jurídica penal, porque su redacción es muy simple y demasiado ambigua, pues está exenta de las formulaciones doctrinales necesarias para dar a comprender el sentido de los conceptos que se emplean en el texto. Es necesario contar con un texto que pueda ser bien comprendido y aplicado por quienes tienen a su cargo esta importante función, así como por la comunidad destinataria de las normas jurídicas.

En lo referente al Título Primero, el artículo 1º habla sobre el delito, en donde trata de dar una especie de definición del concepto de delito que ciertamente requiere cambios substanciales, a razón de que se trata de una materia en la cual la legislación penal mexicana ha experimentado importantes avances derivados de la teoría del delito. Por lo tanto el Código Penal del Estado de Morelos requiere de una sistematización más adecuada y una mayor precisión conceptual sobre el delito y los elementos que lo integran, así como los presupuestos de la pena, para que adquiera mayor concordancia con los criterios político-criminales y dogmáticos que sirven de referencia en la teoría del delito. Las deficiencias de este Código penal se vuelven evidentes desde la lectura del artículo primero que define al delito como: *“la acción u omisión que sanciona la ley penal”* esta simplista definición deja de lado los elementos derivados de la teoría pentatónica del delito, teoría aceptada por los ordenamientos penales más avanzados.

El código Penal de Coahuila está influenciado por la corriente funcionalista, visión que se puede apreciar con lo que aparece en la exposición de motivos en relación a la libertad condicional "es menos costoso social y económicamente un delegado de libertad para 50 personas sujetas a libertad condicional y sometidos a tratamiento en libertad o trabajo en favor de la comunidad, que el gasto de 50 espacios carcelarios que ocupen durante años de encierro ocioso y criminógeno". El funcionalismo permite establecer la interdependencia entre la dogmática penal y la política criminal, pero no es suficiente, también se debe incluir a la criminología. Ningún juez puede concretarse al dominio de la teoría del delito, debe tener en

claro la fundamentación político criminal de la pena y también el bagaje criminológico que alimenta la política criminal.²⁷²

El código Penal de Coahuila define al concepto de delito como “*la conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen legalmente una o varias penas*”. Además menciona que “*las causas de exclusión del delito se harán valer de oficio en cualquier momento de la investigación o del proceso*”. En esta definición se contemplan los elementos de la teoría pentatónica del delito a diferencia de la simple definición contenida en el Código Penal del Estado de Morelos. “Todos los estudiosos de las ciencias penales, como los ciudadanos en general, son conformes en admitir que el delito se constituye de varios elementos. Pero cuantitativa y cualitativamente las diferencias son substanciales”.²⁷³

Para que puedan aplicarse legalmente las penas y medidas de seguridad previstas en cada una de las figuras típicas reguladas en el Código Penal, deben acreditarse en cada hecho punible, la existencia de dichos elementos, para la configuración del delito, porque como el Dr. Reyes Barragán lo ha dicho: “el hecho de privar de la vida a otro no necesariamente es un delito”.²⁷⁴ Los preceptos contenidos en el código penal no son delitos, son conductas típicas que pueden configurarse como delitos, siempre y cuando concurren todos los elementos que constituyen el hecho delictivo y mientras no intervenga alguna causa que lo excluya.

2. La Conducta dentro de la estructura de la parte general del código

A diferencia de otros códigos penales, el código de Morelos no establece en su estructura los elementos que integran el delito. Habla de una acción y omisión, pero no establece que ellas se derivan de una *conducta* que debe ser penalmente relevante, debido a que en la acción u omisión debe mediar la voluntad del sujeto

²⁷² Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit.*, pp. 385.

²⁷³ Medina Narváez, José Ángel, *op. cit.*, p. 111.

²⁷⁴ Reyes Barragán, Ladislao Adrián, mencionaba esas palabras en sus clases de Derecho Penal.

en la que resulta una afectación o puesta en peligro concreto, imputable objetivamente a una persona. La conducta de acción u omisión puede ser de contenido doloso o culposo. Las conductas dolosas o culposas únicamente deben ser punibles en los casos expresamente establecidos por la ley. Asimismo, se debe mencionar que la ausencia de conducta es una excluyente del delito; "*el derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no hay acción penalmente relevante cuando falte la voluntad*"²⁷⁵ la ausencia de conductas es la actividad o inactividad que se realiza sin la intervención de la voluntad humana que representa el aspecto negativo de la conducta.

Los modernos códigos penales establecen la prohibición de la responsabilidad puramente objetiva, lo que significa que desde el punto de vista político criminal, para la imposición de una pena no son suficientes los datos meramente objetivos, ya que es necesario que también se acrediten los elementos de carácter subjetivo; esta es una exigencia que va con la moderna idea político-criminal. El código penal del Estado de Morelos, artículo 4; emplea los elementos de "dolo" y "culpa", y en su artículo 15, de una manera breve menciona lo que debe entenderse por cada una de esas conductas, las cuales son indispensables para entender la culpabilidad de la conducta de un sujeto, a diferencia de otros códigos como el de Coahuila, que los definen de una forma más completa, estableciendo reglas generales sobre el dolo y la culpa en los tipos penales, explicando la relación existente del dolo con otros elementos subjetivos, además establece definiciones sobre conceptos íntimamente relacionados con la culpa; como la figura típica culposa, el deber de cuidado, la causalidad y la culpabilidad.

Por su parte, el código de Aguas calientes establece parámetros para determinar la existencia de la culpa en el hecho punible, diciendo que "actúa culposamente el que realiza el hecho punible por incumplir un deber de cuidado

²⁷⁵ Muñoz Conde, Francisco, *op.cit.*, p.13.

que debía y podía haber observado, según sus condiciones personales y las circunstancias de realización del hecho”.²⁷⁶

ARTÍCULO 16.- Determinación de la conducta culposa. Para que una conducta sea culposa debe determinarse:

- I. El deber de cuidado motivo de observación, y la base legal de su existencia y obligatoriedad;
- II. Si el deber de cuidado pudo ser observado por la persona según sus circunstancias personales y las condiciones del hecho;
- III. El lugar, tiempo y circunstancias en que se incumplió el deber de cuidado; y
- IV. Que el incumplimiento a tal deber de cuidado sea lo que provocó el resultado típico que se atribuye a la persona.²⁷⁷

En el artículo 16 se establecen parámetros para determinar cuando el hecho punible pueda ser imputable por una omisión de cuidado, el juzgador solo se limita a corroborar la existencia de estos elementos para determinar la culpabilidad del sujeto dejando menos margen para la interpretación.

El código penal del Estado de Morelos no realiza una ubicación sistemática del dolo y la culpa, ni se adhiere a una construcción teórica determinada, dejando esa labor a la doctrina penal. La opinión *causalista* ya superada, ubica estos elementos subjetivos en la culpabilidad, pero adoptando un criterio más moderno como lo es el sistema *finalista*, el dolo y la culpa estarán ubicados en el tipo penal, y serán elementos subjetivos necesarios para afirmar la tipicidad como uno de los primeros presupuestos de la pena.²⁷⁸

²⁷⁶ Artículo 15, del Código Penal para el Estado de Aguascalientes, publicado en la Segunda Sección del Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes, el lunes 20 de mayo de 2013.

²⁷⁷ *Ídem*.

²⁷⁸ Medina Narváez, José Ángel, *op. cit.*, p.231.

La suprema corte de justicia de la nación, por su parte, ha emitido un criterio que expresa la forma en la cual se concibe la culpabilidad en nuestro sistema jurídico, siendo el siguiente:

CULPA, MODALIDADES DE LA. La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía.²⁷⁹

El código penal del Estado prevé algunas circunstancias que excluyen el dolo o la culpa y que el individuo puede hacer valer a su favor; como es el caso del error previsto en el artículo 23, fracción X, que según la nomenclatura moderna puede ser denominado como el error de tipo, cuya presencia en el caso específico trae como consecuencia la exclusión del dolo, o puede ser la exclusión del dolo y de la culpa dependiendo que dicho error sea vencible o invencible. El error excluye el elemento subjetivo que se vincula con esta circunstancia que debe ser analizada, cuya regulación en otra época no fue aceptada, y ahora que está prevista otorga al individuo mayor posibilidad de defensa.

3. La Tipicidad dentro de la estructura de la parte general del código

El código penal del Estado de Morelos carece de un apartado relativo a los elementos de la *tipicidad* dentro de su estructura, así como la definición que exprese el significado de la frase “tipo penal”. No es necesario integrar dentro de la estructura del Código Penal; los elementos permanentes y los elementos contingentes que son los que actualizan el tipo penal de un delito en particular.

²⁷⁹ Primera Sala, Sexta Época, Semanario Judicial de la Federación, Volumen CXX, Segunda Parte, Pág. 24, Registro No. 258867.

La descripción de la situación de hecho en la que el autor realiza la acción se lleva a cabo por el legislador mencionando los distintos elementos que la componen. Estos elementos pueden clasificarse según la repercusión que deban tener en el autor: dado que el mismo debe conocer las circunstancias del presupuesto de hecho y que éste está compuesto por elementos fácticos y otros que no lo son.²⁸⁰

A diferencia del código penal del Estado de Morelos, el código penal del Estado de Coahuila, en su artículo 30 establece los elementos del tipo penal y en que consiste cada uno de ellos. Entre los elementos permanentes contempla los siguientes:

A. Elementos permanentes:

I. (Forma de conducta). La acción u omisión de una o más personas, descrita o implicada en la figura típica de un delito doloso consumado, o en la de tentativa punible o equiparada.

O bien, si se trata de un delito culposo, la realización respecto al mismo, de una o más conductas culposas, según lo previsto en este código.

II. (Formas de coautoría). En vez de la conducta dolosa de autor material del párrafo primero de la fracción anterior y en cuanto a un delito doloso, cualquiera de las conductas de coautoría material, de coautoría en codominio funcional, coautoría tumultuaria, autoría mediata, autoría equiparada en delito emergente, o autoría indeterminada sin acuerdo ni adherencia, previstas en este código.

Sin embargo, la coautoría en codominio funcional no excluirá al autor o coautores materiales, y éstos no necesariamente quedarán excluidos en la autoría mediata.

III. (Dolo o culpa). El dolo o culpa, según corresponda.

²⁸⁰ Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi SRL, 1999, p. 226.

IV. (Objeto). El sujeto, cosa o situación objetiva determinada, previstos o implicados en la figura típica de un delito, sobre los que recae la conducta o hacia los que ella se dirige.

V. (Lesión o peligro). La lesión o el peligro de lesión al bien o bienes jurídicos protegidos, atribuibles a la acción u omisión.²⁸¹

Los elementos permanentes son aquellos que se encuentran presentes en todos los tipos penales que se comprenden en el código y que la aparición de cada uno de ellos es indispensable para determinar la existencia de un hecho punible que encuadre con el supuesto jurídico. En otras palabras, para agravar o atenuar la conducta prevista en el tipo penal según las modalidades que la ley vincule la figura típica, será esencial que se concreten los elementos permanentes del tipo penal en cuestión.

B. Elementos contingentes:

I. (Formas de coparticipación). En su caso, de manera accesoria a cualquiera de las conductas de autoría o coautoría dolosas señaladas en las fracciones I y II del apartado A de este artículo, una o más de las formas típicas de determinación y/o de complicidad dolosa, previstas en este código.

II. (Elementos de la figura típica). Además, según se contemplen en la figura típica de que se trate, se concreten:

1) La calidad del sujeto activo y/o del pasivo. 2) El resultado material y su imputación objetiva a la acción u omisión. 3) Los medios utilizados. 4) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. 5) El o los elementos normativos y/o subjetivos específicos, y

III. (Modalidades vinculadas a la figura típica penal). En su caso, una o más de las modalidades que la ley vincule a la figura típica de que se trate, ya sea que agraven o atenúen su punibilidad. Las circunstancias calificativas que la ley

²⁸¹ Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial, el viernes 28 de mayo de 1999.

vincule a una figura típica, también se considerarán como modalidades agravantes del tipo penal de que se trate.²⁸²

Los elementos contingentes de un tipo son los que determinan la forma de intervención de los sujetos, los elementos subjetivos, objetivos y normativos que interviene, las modalidades previstas en la ley vinculadas al tipo; que serán esenciales para la punibilidad de la conducta, en la medida que se describan o se impliquen en la figura típica de que se trate, conforme a la punibilidad asignada a las modalidades agravantes o atenuantes vinculadas a dicha figura típica que se lleguen a concretar. Para determinar la forma de intervención dolosa en la figura típica se establecen las modalidades en la autoría y la coparticipación. El código penal del Estado de Morelos en sus artículos 18 y 19 explican de forma breve, las modalidades de autoría y coparticipación sin utilizar denominaciones, o expresar claramente la separación entre ellas, es decir, no determina cómo saber cuándo estamos presentes ante una autoría mediata, equiparada, coautoría tumultuaria o coautoría por codominio funcional, etc. A diferencia de otros códigos penales como el de Coahuila, en el que expresa claramente las figuras jurídicas que determinan el grado de intervención del sujeto o los sujetos y las modalidades en los hechos para determinar mediante reglas culpabilidad aplicable a la figura típica realizada por autores y copartícipes.²⁸³

En efecto, para sostener que una conducta es delictuosa, al margen de que debe reunir otros elementos como los de la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad; ésta debe ser típica, para ello se debe comprobar en la realidad que se haya verificado una conducta determinada, así como identificar el precepto legal que describa con precisión dicha conducta.

Es decir, se deben observar:

- a) El hecho específico de naturaleza fáctica de que se trate.
- b) La norma positiva (precepto del derecho positivo penal que describe la conducta en forma general y abstracta.²⁸⁴

²⁸² *Ídem*.

²⁸³ Artículo 36, Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial, el viernes 28 de mayo de 1999.

²⁸⁴ Medina Narváez, José Ángel, *op. cit.*, p. 175.

A. Atipicidad

Es bastante bien conocido el axioma que reza: *nullum crimen sine lege*, lo que se traduce como que solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún comportamiento por muy antijurídico y culpable que parezca puede llegar a ser considerado como delito, si al mismo tiempo no es típico, es decir, mientras no corresponda a alguna descripción de la ley penal. No existirá tipicidad cuando faltare algún elemento que integre la figura típica que corresponda. Tampoco existirá tipicidad cuando se ejecute la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integren la figura típica que corresponda.

El tipo debe abarcar las circunstancias típicas del delito y también las que afecten a la antijuridicidad. También los presupuestos de las causas de justificación y los elementos negativos del tipo. Se incluyen en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. Los elementos del tipo y los presupuestos de las causas de justificación se reúnen en un tiempo total actúan sistemáticamente al mismo nivel.²⁸⁵

El Código Penal de Morelos²⁸⁶ establece cuando se excluye la incriminación penal, sin embargo, al pensar en una nueva estructura del mismo código, las excluyentes de incriminación por conductas no tipificadas se encontrarían alojadas en el apartado correspondiente al elemento tipicidad, donde serían explicadas de una forma más analítica pero inteligible, para evitar dar lugar a interpretaciones contradictorias; en lugar de solo estar mencionadas de manera simple y ambigua en un conjunto de fracciones como lo es en la actualidad:

a) La realización del hecho donde no interviene la voluntad del agente (fracción I), lo que excluye la conducta y coloca frente a un acontecimiento no

²⁸⁵ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p.338

²⁸⁶ Código Penal del Estado de Morelos, capítulo V, artículo 23.

atribuible a la persona que desencadenó los sucesos conducentes al resultado típico;

b) La falta de alguno de los elementos de la descripción legal del delito (fracción II), es decir, la ausencia de tipicidad de la conducta;

c) El consentimiento del titular del bien jurídico o quien este legitimado para otorgarlo, cuando concurren ciertos requisitos que el Código establece y que son determinantes para excluir el delito, a demás: que el bien sea disponible, que quienes otorgan el consentimiento tengan capacidad jurídica para disponer de él, y que el consentimiento sea atendible e inequívoco (fracción III);

d) Error invencible de tipo o de prohibición (fracción VIII), que excluye la culpabilidad;

Con gran diferencia encontramos explicadas las excluyentes de incriminación por falta del elemento Tipicidad, como en el artículo 57 del Código Penal del Estado de Coahuila donde establece que las excluyentes de delito por atipicidad son:

I. (Caso fortuito). Cuando concorra una o más concausas preexistentes, simultáneas o posteriores a la conducta del agente, aunque aquéllas consistan en la conducta de otro o de quien resienta el resultado, que sean suficientes para ocasionarlo, o confluyan de manera determinante en la producción del mismo, sin perjuicio de la punibilidad de la coautoría tumultuaria y la de autoría indeterminada sin acuerdo ni adherencia.

No se excluirá la imputación del resultado, cuando en su producción hayan confluído de manera determinante las condiciones físicas o de salud de quien resintió la conducta del agente, a menos que aquél haya concurrido con su proceder autoresponsable a la realización del hecho, y sin perjuicio de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 50 de este código.

II. (No imputación del resultado por pauta alternativa del cuidado debido). Cuando el resultado no se haya dado en virtud de la violación al deber de cuidado, porque aquél pudo producirse o no haberse evitado, aun de observar el cuidado debido.

III. (Consentimiento del titular). No se afecte al bien jurídico porque se procede con el consentimiento del titular del bien, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie violencia o algún otro vicio del consentimiento.

La conducta que se realice conforme a esta causa de atipicidad, también será lícita respecto al bien jurídico que el agente habría lesionado de no contar con el consentimiento conforme a los incisos anteriores.

IV. (Otros casos de ausencia de afectación al bien jurídico). Cuando en el caso concreto no exista el bien jurídico protegido o sea imposible que la conducta o el medio empleado lo afecte; o bien, la conducta no origine una lesión a dicho bien ni lo coloque en riesgo concreto de sufrirla, salvo si se trata de tipos penales de peligro potencial pero real, en los que deberá faltar la concreción de tal clase de peligro.

V. (Error de tipo). Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso, o por error invencible de tipo penal que admita la culpa.

Existirá error de tipo cuando al realizar la acción o la omisión haya representación equivocada o ignorancia respecto de cualquier presupuesto o elemento objetivo del tipo penal de que se trate.

No será aplicable al autor o partícipe el aumento de gravedad proveniente de modalidades o circunstancias, si con relación a ellas se conduce bajo ignorancia o error. La creencia errónea de modalidad o circunstancia atenuante, favorece al autor o partícipe en quien concurra.

El error o ignorancia que incida en un tipo penal que admita la culpa será invencible, cuando según las circunstancias en que actúe el agente, sea imprevisible el resultado que causa sin aceptarlo ni quererlo.

Mas cuando el agente origine el resultado que, según las circunstancias en que aquél actúa, sea previsible y no aceptado ni querido, el error será vencible, y si la conducta no tuvo un inicio doloso, se sancionará con la punibilidad y medidas de seguridad previstas en el párrafo primero del artículo 44 de este código. En caso de que la conducta haya tenido inicio doloso, la misma se sancionará desde una cuarta parte del mínimo, hasta la mitad del máximo de las penas y medidas de seguridad que correspondan al tipo penal doloso.

Para individualizar la pena de prisión respecto de un delito cometido con error vencible de tipo penal que admita la culpa, se estará a las pautas señaladas en este código para los delitos culposos.

VI. (Ausencia de otros elementos esenciales del tipo penal). Además de los supuestos de las fracciones anteriores, y de los previstos en los artículos 55 y 56 de este código, cuando la conducta sea atípica porque no se concretó cualquier otro elemento del tipo penal de que se trate, si aquél es esencial para la punibilidad del hecho.²⁸⁷

Es posible apreciar como en la descripción del Código Penal de Coahuila, sobre las excluyentes de incriminación por atipicidad, se establece parámetros específicos que pueden ser mejor aplicados a los casos concretos de forma más clara y concisa acotando los parámetros de interpretación por parte de la autoridad jurisdiccional. El proceso de adecuación de la conducta o juicio de tipicidad que hace el juez o el intérprete, se puede manifestar de dos formas; una es que la conducta se adecue al tipo penal o que no se adecue a éste. Depende de los resultados que arroje el juicio de tipicidad en el caso concreto, se puede hablar de tipicidad de la conducta si la congruencia típica presenta los elementos objetivos y

²⁸⁷ Artículo 57, Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial, el viernes 28 de mayo de 1999.

subjetivos de la figura; o de lo contrario la niega, cayendo en el terreno de la no tipicidad o de la atipicidad.

Podemos decir que la atipicidad es el fenómeno mediante el cual un determinado comportamiento humano no se adecua a un tipo legal. La atipicidad puede ser, ya de carácter absoluto (cuando la conducta realizada no encuadra en ningún tipo penal) o ya de carácter relativo (cuando faltarte alguno o algunos de los elementos de la descripción conductual), examinemos brevemente el alcance de estos dos fenómenos, haciendo especial referencia al delito putativo, ya que consideramos que presenta gran importancia en nuestra legislación.

La atipicidad relativa se interpreta como la falta de adecuación típica en alguno de los elementos que integran el tipo, como: los sujetos, la conducta o el objeto. Se presenta la atipicidad relativa respecto de los sujetos activo o pasivo, cuando el hecho descrito en la ley penal se realiza por persona que no reúne las condiciones señaladas en el tipo, o cuando el titular del bien jurídico tutelado tampoco presenta las cualidades referidas. La atipicidad será relativa respecto de la conducta, cuando el comportamiento del sujeto activo no puede encuadrar dentro de un determinado tipo penal por falta de algún elemento descriptivo o normativo señalado en dicho tipo. Al mencionar elemento descriptivo de la conducta típica nos referimos a cualquiera de las circunstancias de modo, tiempo o espacio que integran tal elemento. Por ultimo habrá atipicidad relativa en cuanto al objeto material cuando éste no reúne las características señaladas en el tipo respectivo.

La atipicidad absoluta se presenta cuando la conducta examinada no se encuadra en ningún tipo penal por no estar descrita en la ley como hecho punible. En este caso, hay una completa ausencia de tipo penal, por lo tanto, hay una total imposibilidad de aplicar alguna sanción. La atipicidad absoluta se puede practicar cuando el tipo penal nunca ha existido, o porque ya fue derogado, como en el caso del adulterio, las injurias, amenazas, abandono de hogar, etc. “Cuando los métodos legalistas de la toma de decisiones se quedan cortos, y los jueces recurren acreencias que intuiciones que pueden tener un tinte político, aunque generalmente

no partidista. El juez no es consciente, por lo demás, de que su decisión ha sido tomada bajo la influencia de sus inclinaciones políticas.”²⁸⁸ Por lo tanto los parámetros restrictivos deben delimitar claramente los elementos que constituyen la atipicidad para que así el juez determine claramente cuando hay alguna excluyente de reproche penal por atipicidad.

Cuando el juez interpreta la norma y la aplica al caso concreto, no lo hace mecánicamente, ésta debe ser entendida como una decisión en torno al significado de alguna disposición, ya que la mencionada decisión interpretativa produce efectos jurídicos. Del mismo modo, el juez a la hora de interpretar está buscando su significado dentro del contexto de las normas penales que se describen de manera abstracta en el código penal o en alguna ley especial.

4. La Antijuridicidad dentro de la estructura de la parte general del código

El Código Penal de Coahuila la define como “la conducta que objetivamente afecte uno o más bienes jurídicos y sea contraria a una norma jurídica.” “La antijuridicidad es oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido material, también de la antijuridicidad se puede afirmar que es formal en cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley.”²⁸⁹

Un hecho punible se considera antijurídico cuando el inculpado incumple un mandato o viola una prohibición y afecta o pone en peligro concreto un interés jurídicamente tutelado por la figura típica que corresponda, sin estar justificado para actuar de esa manera. “Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un

²⁸⁸ Posner, Richard A., *Como deciden los jueces, op. cit.*, p. 96.

²⁸⁹ Villalobos, I., *Derecho penal Mexicano*, México, Porrúa, 1983, p. 258.

aspecto negativo del delito, en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito”.²⁹⁰

El código penal del estado de Morelos en el artículo 23, establece las causas en las que se excluye el delito por conducta lícita, en donde de forma enunciativa y abierta intenta expresar los supuestos de cuando se estará ante alguna causa de excluyente en delitos en los que interviene el elemento de licitud. Los cuales son:

a) el consentimiento del titular del bien jurídico o de quien se halle legitimado para otorgarlo, cuando concurren ciertos requisitos que el Código puntualiza y que son determinantes para excluir el delito, a saber: que el bien sea disponible, que quienes consienten tengan capacidad jurídica para disponer de él, y que el consentimiento sea atendible e inequívoco se encuentra en la fracción III;

b) la legítima defensa, que justifica la reacción del agente; en este punto se conserva, adecuadamente perfilada, la tradicional presunción de defensa, de carácter *juris tantum*, que implica una inversión en la carga de la prueba y se menciona en la fracción IV;

c) el estado de necesidad, que igualmente justifica el comportamiento lesivo del agente previsto en la fracción V;

d) el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, asimismo legitimadores de la conducta de aquél en la fracción VI, y por último;

e) la amenaza irresistible de un mal que se enuncia en la fracción VII.

A su letra el Código Penal del Estado de Morelos lo plasma en su artículo 23 de la siguiente guisa:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado o de quien se halla legitimado por la ley para otorgarlo, siempre que:

a) Se trate de un bien jurídico disponible;

²⁹⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, México, Porrúa, 2003, p. 56.

b) El titular o quien esté legitimado para consentir tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c) El consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio de la voluntad, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan presumir fundadamente que de haberse consultado al titular o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, en el caso de que se cause un daño racionalmente necesario a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre sin derecho al lugar donde habiten, aunque sea en forma temporal, el que se defiende o su familia, o cualquier persona a la que el inculpado tenga el deber de defender, o a las dependencias de ese lugar o al sitio en el que se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los cuales tenga ese mismo deber.

Igual presunción favorecerá al que cause un daño a otra persona en el momento de sorprenderla en alguno de los lugares antes citados, en circunstancias que revelen la posibilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el inculpado, y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar, siempre que no tenga a su alcance otro medio practicable y menos perjudicial;

VI. Se obre legalmente en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada;

VII. Se obre bajo la amenaza irresistible de un mal real, actual o inminente, en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista al alcance del agente otro medio practicable y menos perjudicial.

Así es como el Código Penal del Estado de Morelos expresa cuando se estará ante una conducta que aunque cause daños a personas o cosas no será reprochable por no adolecer de ilicitud. Por su parte el código penal de Aguas Calientes lo establece de una forma muy parecida al del Código de Morelos, pero con la gran diferencia de que el de Aguascalientes lo tiene estructurado como un apartado específico referente al elemento *antijurídica*, pero cuando dicha conducta si se justifica.

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado o de quien se halla legitimado por la ley para otorgarlo, siempre que:

- a) Se trate de un bien jurídico disponible;
- b) El titular o quien esté legitimado para consentir tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) El consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio de la voluntad, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan presumir fundadamente que de haberse consultado al titular o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, en el caso de que se cause un daño racionalmente necesario a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre sin derecho al lugar donde habiten, aunque sea en forma temporal, el que se defiende o su familia, o cualquier persona a la que el inculpado tenga el deber de defender, o a las dependencias de ese lugar o al sitio en el que se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los cuales tenga ese mismo deber.

Igual presunción favorecerá al que cause un daño a otra persona en el momento de sorprenderla en alguno de los lugares antes citados, en circunstancias que revelen la posibilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el inculpado, y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar, siempre que no tenga a su alcance otro medio practicable y menos perjudicial;

VI. Se obre legalmente en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada;

VII. Se obre bajo la amenaza irresistible de un mal real, actual o inminente, en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista al alcance del agente otro medio practicable y menos perjudicial;

La gran diferencia en cuanto a la estructura de la Parte General, la encontramos en el Código Penal del Estado de Coahuila, en el que además de establecer un apartado específico respecto de las excluyentes del delito por conducta lícita, define conceptos jurídicos que se utilizan en el mismo texto con la finalidad de que sea más específico, evitar errores y reducir el margen de interpretación, como qué se entiende por “causa de licitud o consentimiento presunto” y una serie de principios a través de los cuales se establecen los parámetros para determinar cuándo se pueden aplicar a casos concretos.

Artículo 59 (Excluyentes de delito por conducta lícita)

La conducta afectante de un bien jurídico no contrariará la norma prohibitiva respecto al tipo penal que concrete, si se realiza con causa de licitud.

Las causas de licitud se consideran derechos o deberes reglados que protegen a la conducta que se ajuste a cualquiera de aquéllas, aunque no sea típica penal, y valen ante cualquier ley, prohibición o mandato jurídicos, con independencia de su materia, sin perjuicio de que las leyes contemplen otras causas especiales de conducirse conforme a Derecho aunque afecte a bienes jurídicos.

Habrá causa de licitud que excluye el delito:

I. (Consentimiento presunto). Cuando la conducta lesiva se realiza en circunstancias tales que permitan suponer que de haberse consultado al titular

del bien disponible o a quien estaba legitimado para consentir, hubieran otorgado su consentimiento.

II. (Defensa legítima). Cuando se repela una agresión antijurídica, actual o inminente, a bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando sea necesaria la defensa de que se trate, porque no existan al alcance medios menos lesivos o no lesivos que permitan rechazar o impedir la agresión, y no haya disparidad aberrante entre la lesividad de la repulsión y la implicada por la agresión; además, respecto de la misma no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de quien aparenta su defensa.

El agredido podrá defenderse legítimamente si no acordó la provocación con quien la realiza y luego aparenta defenderlo.

Asimismo, se estimará que hay defensa legítima, si el agredido lesiona a quien lo agredió antijurídicamente, si aún hay peligro de que la agresión se reanude enseguida de repelerla y respecto de aquella conducta se cumplan los demás requisitos de dicha causa de licitud.

III. (Estado de necesidad legítimo). Cuando sea necesario salvaguardar a un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor valor ponderativo que el que se salvaguarda, siempre y cuando el peligro no sea evitable por otros medios menos lesivos o no lesivos, salvo cuando el agente tenga el deber jurídico de afrontar el peligro respecto a los bienes que le fueron encargados para cumplir su deber.

Para determinar la existencia del peligro actual, se atenderá a si éste era identificable como tal según los datos concurrentes al realizar la conducta, sin perjuicio, en su caso, de los conocimientos especiales del agente sobre la realidad del peligro.

Más cuando se trate de inminencia del peligro y la demora no implique que el mismo se convierta en inminencia de lesión, ni que se produzca ésta, y la existencia del peligro y su tratamiento requiera de conocimientos de peritos, el agente que no lo sea, o que siéndolo requiera de peritación previa, deberá

abstenerse hasta contar en lo posible con expertos o con los resultados de la peritación, a efecto de proceder conforme a los mismos.

Para ponderar la valía o prioridad de los bienes jurídicos, y de los derechos y deberes vinculados con aquéllos, se atenderá a la naturaleza de los mismos y a la manera en que se protegen en los tipos penales y en otras leyes o normas constitucionales y convencionales, y en caso de duda, o de que aquellos baremos sean insuficientes, se atenderá, además, a las condiciones concretas de los titulares de los bienes, frente a su respectiva lesión y salvaguarda.

IV. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). Cuando se lesione un bien en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre y cuando exista necesidad racional de los medios empleados en el cumplimiento del deber o en el ejercicio del derecho.

V. (Impedimento Legítimo). Cuando por impedimento legal se incumpla lo que disponga una ley.

VI. (Obediencia jerárquica). Cuando la lesión se origina por cumplir un mandato de superior jerárquico, por encontrarse entre las facultades legales de quien lo ordena y su ejecución dentro de las obligaciones de quien lo realiza, salvo cuando, en su caso, el agente se percate de que el mandato es ilegítimo y tenga poder de inspección sobre el mismo, o sea notoria su ilegitimidad.

VII. (Práctica de un deporte). Cuando la lesión se produce al practicar un deporte que el Estado consienta, observándose las reglas del mismo.

Es importante que la ley contenga explicaciones claras sobre los conceptos que se emplean en el texto jurídico para no dar lugar a interpretaciones por parte del juzgador, ya que sería en vano intentar descubrir el verdadero significado jurídico de un texto. La búsqueda resultaría infructuosa debido a que el texto no tiene un significado verdadero. No se tiene la habilidad para comparar el significado del texto antes y después de su interpretación para enfocarse en su verdadero significado. No existe una comprensión pre exegética de un texto, debido a que solo se puede acceder a él mediante un proceso de interpretación. “solo diferentes

interpretaciones de un texto pueden ser comparadas. A lo más que podemos aspirar es al significado “adecuado” más no al “verdadero”.²⁹¹

5. La Culpabilidad dentro de la estructura de la parte general del código

La culpabilidad es el juicio de reproche que realiza la autoridad judicial al sujeto activo por ser imputable, a partir de que haya realizado la conducta dolosa, culposa o preterintencional. “Dentro de la doctrina se ha considerado que la culpabilidad admite tres aspectos: dolo, culpa y preterintencional; sin embargo la mayoría de los autores en la actualidad solamente reconocen el dolo y la culpa.”²⁹²

El dolo para Roxin es “saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal”.²⁹³ La primera sala resolvió el 3 agosto 2005 la contradicción de tesis 68/2005-PS, entre las sustentadas por el primer Tribunal Colegiado del quinto circuito y el primer Tribunal Colegiado del octavo circuito, sostuvo en el considerando séptimo que "el dolor no es más que la conciencia y la voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito" dentro del dolo tenemos diversos tipos como el dolo directo o de primer grado, el indirecto o de segundo grado, dolo eventual y dolo indeterminado. Todos esos conceptos jurídicos no se encuentran determinados en el Código Penal de Morelos, se tiene que se debe recurrir a la interpretación de los tribunales para conocer su significado.

La culpa es la violación de un deber jurídico de cuidado: "es la imprevisión de lo previsible y probable, con violación por parte de la gente del deber de reflexión y cuidado a que está obligado el hombre en sociedad para no hacer daño a los demás".²⁹⁴ La culpa se presenta cuando el sujeto activo causa el resultado típico por negligencia, impericia, imprudencia, imprevisión, falta de aptitud, y de reflexión

²⁹¹ Barak, Abaron, *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Editorial Color, 2009, p. 57.

²⁹² Medina Narváez, José Ángel, *op. cit.*, p. 231.

²⁹³ Roxin Claus, *Derecho penal... op. cit.*, p. 429.

²⁹⁴ Reyes Calderón, José Adolfo, *Tratado de la teoría del delito*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2002, p.685.

o de cuidado.²⁹⁵ Dentro de la culpa existen los conceptos como la culpa consiente o con representación y la culpa inconsciente o sin representación.

La Suprema Corte ha emitido un criterio que ilustra sobre la forma en que concibe los elementos del delito culposo en la siguiente tesis:

DELITO CULPOSO. SUS ELEMENTOS.- Los elementos del delito culposo son: a) existencia de un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culpabilidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, negligencia, falta de cuidado e imprudencia, manifestada por medio de actos u omisiones; c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante, y d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culpabilidad, produjo el acto u omisión causales. Por tanto, es imprescindible en los delitos culposos demostrar la existencia de un estado subjetivo en el que el agente incurre en falta de previsión de lo que humanamente es previsible.²⁹⁶

Preterintención. Existe cuando el sujeto activo que pretende realizar una conducta típica causa un daño que va más allá del que tenía intención original, siempre y cuando no haya sido previsto ni querido y el medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado. La siguiente tesis nos proporciona un concepto de preterintención.

PRETERINTENCIONALIDAD, PARA LOS EFECTOS DE LA, NO SE CONFIGURA LA CULPA CUANDO SON DESPROPORCIONADOS LOS MEDIOS EMPLEADOS EN LA COMISIÓN DE LOS HECHOS DELICTIVOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). En términos de lo dispuesto en el artículo 17 del Código Penal vigente para el Estado de Veracruz, existe preterintencionalidad en la comisión de un delito cuando se causa un resultado mayor al querido o aceptado, si tal resultado mayor se produce en forma culposa, es decir, que existiendo dolo en la realización de un hecho delictivo, se produce otro más grave no querido ni aceptado por el agente. Sin embargo, no se da la preterintencionalidad en la conducta cuando los medios utilizados

²⁹⁵ Medina Narváez, *cit.*, p. 248.

²⁹⁶ Semanario Judicial, Séptima Época, Volumen 6, Segunda Parte, Primera Sala p. 19.

en la comisión del hecho delictivo deseado, son de tal manera desproporcionada que producen un resultado excesivo, pues no puede válidamente concluirse que este último resultado sea producto de la culpa. Por el contrario, el empleo de los medios desproporcionados evidencia la existencia del dolo. Así, si el inculpado junto con otros policías torturó y lesionó al pasivo con el objeto de que confesara, pero el pasivo falleció por haber sido excesivos los medios empleados, esto denota una conducta desarrollada con el ánimo de dañar que excluye cualquier forma de culpa.²⁹⁷

Se debe tener presente que la preterintencionalidad solo se acepta exclusivamente para delitos contra la vida y la integridad de las personas. Sobre este tema encontramos criterios relevantes sobre este tema:

PRETERINTENCIONALIDAD, EXISTENCIA DE LA. Salvo cuando la ley expresamente determina otra situación, si el daño causado va más allá del que se propuso el agente activo, es caso de preterintencionalidad en que a título doloso se sanciona el resultado si éste es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal del acusado.²⁹⁸

DELITO PRETERINTENCIONAL, HECHOS QUE REVELAN LA EXISTENCIA DEL. Si no existe dato alguno que haga presumir que el acusado al dar al ofendido una patada en la cara, tratando de evitar que le tirara con la piedra que iba a coger haya tenido la intención de causarle una lesión que lo privara de la vida, ya que si el golpe que dio no era capaz de producir la muerte, dentro de lo normal es indudable que el acusado al dar al ofendido una patada trató de causarle un daño, pero no el que resultó, por lo que la realidad es que hubo intención o dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado por lo mismo, se está en presencia de un delito preterintencional.²⁹⁹

²⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo XI, Mayo de 2000, p. 967, Registro no. 191844.

²⁹⁸ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda parte, Salas y Tesis comunes, Volumen V, p.2263.

²⁹⁹ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXXX, p. 305, Registro no. 292950.

El Código Penal del Estado de Morelos no contempla la preterintencionalidad en las excluyentes de responsabilidad, así que para tener una mejor perspectiva al respecto es necesario recurrir a la doctrina y la jurisprudencia.

A partir de la fracción VII del artículo 23 del Código Penal del Estado de Morelos se encuentran previstas las excluyentes de incriminación referentes al elemento negativo de la culpabilidad, es decir, la Inculpabilidad.

VII. Se obre bajo la amenaza irresistible de un mal real, actual o inminente, en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista al alcance del agente otro medio practicable y menos perjudicial;

VIII.- Se omita por impedimento insuperable la acción prevista como delito;

IX. Al realizar la conducta el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

X. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

a) Alguno de los elementos objetivos del hecho típico;

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque cree que está justificada su conducta; o

c) Alguna exculpante.

XI. Se obre para salvar un bien jurídico y no se tenga otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

La fracción VII se refiere a que cuando la conducta lesiona bienes jurídicos sin perjuicio de la incriminación del acto libre en su causa; en esta fracción también se acoge a la posibilidad de imputabilidad disminuida, frecuentemente aceptada en textos penales recientes.

La fracción IX excluye la culpabilidad por inimputabilidad natural. Se debe recordar que la inimputabilidad permanente suprime la responsabilidad penal, sin descartar la llamada responsabilidad social, luego entonces apareja medidas de seguridad previstas en la parte correspondiente del Código Penal del Estado de Morelos. El Código Penal de Aguascalientes, en el artículo 29 establece que: *Es imputable la persona que tiene capacidad para comprender la naturaleza e ilicitud de la conducta que realizó, y conducirse con base a esa comprensión.*

Inimputabilidad y acción libre en su causa. Si el inculpado, al realizar la conducta típica productora del resultado de afectación o de puesta en peligro concreto, padece trastorno mental o se encuentra en una etapa de desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo a esa comprensión, atendiendo a las peculiaridades de su personalidad y a las circunstancias específicas de su comportamiento, los tribunales, tomando en cuenta opinión médica especializada sobre las características personales de tal inculpado, ordenará la aplicación de una medida de seguridad.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica en los casos en que el inculpado hubiere provocado dolosamente su estado de trastorno mental en cuyo caso se considerará imputable y responderá por el resultado típico producido en tal situación.³⁰⁰

La fracción X pese a ser un renglón muy corto habla del error invencible de tipo o de prohibición que excluye la culpabilidad, y es un tema amplio y complejo que requiere de mayor especificación en cuanto a terminología jurídica.

Al respecto el código Penal de Aguascalientes, respecto al error, establece en el artículo 31 diversos supuestos de forma específica que facilitan el entendimiento del operador jurídico:

Inculpabilidad, error de prohibición y no exigibilidad de otra conducta. No se formulará juicio de reproche al inculpado que:

³⁰⁰ Código Penal de Aguascalientes artículo 30.

I. Realice la conducta típica y antijurídica, bajo miedo o temor de un mal actual y grave, sea o no provocado por el actuar de un tercero;

II. Realice la conducta típica y antijurídica, bajo un error invencible sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque desconozca la existencia de la norma o su alcance, o porque crea que está justificada su conducta; o

III. Cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

La fracción XI se expresa sobre la no exigibilidad de otra conducta, la que por consecuencia suprime la culpabilidad bajo la necesidad de salvaguardar un bien jurídico cuando no existe otra alternativa de actuación menos lesiva o no lesiva. Esta excluyente permitirá soluciones equitativas, racionales, adecuadas a las circunstancias que operaron en la realidad, en la medida en que sea debidamente comprendida y aplicada por los tribunales.

El Código Penal de Coahuila explica de manera más detallada y puntual supuestos jurídicos y conceptos a que se refieren al elemento de la culpabilidad, el cual forma parte integral de la teoría del delito:

Artículo 66 (Conducta culpable)

La conducta del sujeto será culpable si al concretar un tipo penal sin causa de licitud:

A. (Conciencia del injusto):

I. (Conciencia plena de la punibilidad del hecho, o conciencia del deber de cuidado). El sujeto sabe que es punible su conducta dolosa, o bien, tratándose de una conducta culposa, conoce o puede advertir sin mayor esfuerzo las circunstancias que originan su deber de cuidado o la situación de riesgo a la que esté obligado a proveer; o en su caso,

II. (Conciencia atenuada de la punibilidad del hecho doloso). El sujeto ignore la punibilidad de su conducta dolosa, pero concurren circunstancias que le permiten imaginársela sin mayor esfuerzo; y

B. (Exigibilidad de ajustarse a la norma): Le sea exigible al sujeto ajustarse a la norma prohibitiva del tipo.

Al sujeto le será exigible ajustarse a la norma cuando obre con conciencia plena o atenuada de la punibilidad de su conducta dolosa, o bien, tratándose de conducta culposa, aquél sepa o pueda advertir sin mayor esfuerzo las circunstancias que originan su deber de cuidado o la situación de riesgo a la que esté obligado a proveer, según lo previsto en las dos primeras fracciones del apartado A de este artículo, salvo cuando concorra alguna causa de inculpabilidad de las previstas en el artículo 67 de este código.

Artículo 67 (Excluyentes de delito por inculpabilidad)

Habrá causa de inculpabilidad que excluye el delito, cuando:

I. (Error de prohibición). El sujeto realice la acción o la omisión en virtud de ignorancia o error invencibles de prohibición.

La ignorancia o el error de prohibición podrán consistir en que el agente:

- a) Ignore la punibilidad de su conducta o crea que la misma es lícita; o,
- b) No sepa de la situación riesgosa sobre la que está obligado a proveer, o ignore las circunstancias que originan su deber de cuidado o yerre sobre las mismas; o,
- c) Crea en virtud de error, que concurren los presupuestos o las condiciones que dan pie a una causa de licitud.

La ignorancia o error de prohibición serán invencibles cuando las circunstancias que concurren al hecho, le imposibiliten al sujeto, o le aparejen al mismo un esfuerzo mayor, para vencer su ignorancia o creencia errónea a que se refieren los incisos precedentes.

II. (Estado de necesidad disculpante). Cuando el sujeto obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro actual o inminente, no ocasionado dolosamente por aquél, lesionando otro bien de igual valor ponderativo que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios.

Para determinar la actualidad del peligro o la inminencia del mismo, así como para ponderar la valía de los bienes, se estará a lo previsto al respecto en el estado de necesidad legítimo y, además, a si el agente identificó la actualidad del peligro según las circunstancias y condiciones de aquél al realizar el hecho.

III. (Estado de necesidad coactivo, disculpante). Cuando el sujeto se allane a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor infundido por otro, que se funde en un mal grave, ya sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta, de que se lesionará un bien propio o ajeno de igual valor ponderativo al que lesiona, de no hacerlo.

El supuesto del párrafo precedente será causa de licitud, cuando el sujeto salvaguarde un bien jurídico de mayor valor ponderativo que el que lesiona.

Para ponderar la valía de los bienes se estará a lo previsto al respecto en el estado de necesidad legítimo.

IV. (Error invencible en estados de necesidad disculpantes). Cuando las circunstancias que motivan la conducta del sujeto le originan error invencible de que existe el peligro o el mal que conformarían estado de necesidad, con inclusión del coactivo, de los previstos en las dos fracciones precedentes.

El error referido en el párrafo anterior será invencible, cuando las circunstancias del caso le impidan al sujeto advertir su falsa apreciación, o le aparejen un esfuerzo mayor para darse cuenta de la misma.

V. (Otras causas de inexigibilidad). Cuando en atención a otras circunstancias que concurren en la realización de la conducta ilícita y según la situación en que se encuentre el sujeto, no le sea racionalmente exigible que se ajuste a la norma prohibitiva del tipo penal de que se trate.

Artículo 68 (Ignorancia y errores vencibles de prohibición o de exigibilidad, y punibilidad)

Los casos de ignorancia o de error previstos en las fracciones I y IV del artículo precedente, serán vencibles, si respecto a la realización del hecho concurren circunstancias que le permitan al sujeto superar sin mayor esfuerzo su ignorancia o falsa apreciación.

Al sujeto que cometa un delito bajo ignorancia o error vencibles, de los señalados en el párrafo precedente, se le impondrán desde una cuarta parte del mínimo, hasta la mitad del máximo de las penas y medidas de seguridad aplicables al delito de que se trate, en la inteligencia de que los marcos de punibilidad establecidos legalmente para cada delito doloso o culposo, se fijan para cuando el sujeto comete o participa en el injusto con plena conciencia de la punibilidad de su conducta o de las circunstancias del deber de cuidado o de la situación de riesgo, según lo previsto en la fracción I del artículo 66 de este código.

Sin embargo, no se atenuará el marco punible para el delito culposo de que se trate, cuando la ignorancia de las circunstancias que originan el deber de cuidado, o bien el desconocimiento de la situación de riesgo, por parte del sujeto, se deban a su negligencia persistente, a pesar de saber que realiza la actividad riesgosa, o de que se halla en la situación en la que tiene calidad de garante.

Al individualizar la pena en un delito cometido con ignorancia o error vencibles de prohibición o de exigibilidad, el juzgador atenderá a la mayor o menor facilidad que tuvo el imputado para superar su ignorancia o falsa apreciación, según la situación del mismo y las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de las demás pautas previstas en este código para aquel efecto.

A. *Inculpabilidad*

Las personas que no tienen capacidad de comprender la ilicitud de sus actos o no pueden conducirse de acuerdo a su comprensión no pueden ser considerados sujetos culpables, pues resulta imposible ontológicamente pretender realizar juicios de reproche sobre los que carecen de voluntad y libertad para conducirse con apego a la norma.

La *Inculpabilidad* es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de responsabilidad penal, por falta de voluntad o el consentimiento del hecho. Debemos distinguir la inculpabilidad del accidente o caso fortuito.

Accidente: hecho en el que se causa un daño sin la menor ocurrencia de la voluntad humana, es decir sin intención o imprudencia; ello siempre y cuando el acto legítimo que lo origina se haya llevado a cabo con todas las precauciones del caso.³⁰¹

Sobre el tema de la inimputabilidad, el Código Penal del Estado de Coahuila en su Artículo 64 y 65, establece de la *Inimputabilidad y conductas libres en su causa, e Imputabilidad disminuida* lo siguiente:

Estará excluido de delito quien al momento de realizar el hecho, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de decidirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental, o bien desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiera provocado dolosamente su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, o bien haya provocado su trastorno sin dolo, pero a sabiendas de que realizaría la actividad riesgosa, o de que no estaría en condiciones de observar el cuidado debido, casos en los que responderá penalmente del resultado típico producido o no evitado en virtud de aquel estado o, en su caso, con motivo de la inconsciencia derivada del trastorno.

Existen varios supuestos en los cuales un sujeto puede padecer de sus facultades mentales al momento de cometer un hecho ilícito a lo cual le asistiría el beneficio de una excluyente del delito, siempre y cuando el sujeto no haya provocado ese estado mental de forma intencional, pero al mismo tiempo hacerse merecedor a cumplir ciertas medidas cautelares, y en cuanto a la responsabilidad civil estaría obligada de los que están a cargo del inimputable.

Artículo 65 (Imputabilidad disminuida)

Cuando la capacidad a que se refiere el artículo anterior se encuentre considerablemente disminuida, y sin que al respecto haya concurrido conducta libre en su causa, se impondrá al sujeto desde una cuarta parte del mínimo hasta la mitad del máximo de las penas aplicables para el delito cometido, o de

³⁰¹ Medina Narváez, José Ángel, *op. cit.*, p. 257.

las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta para establecer la disminución de su imputabilidad, los dictámenes que se emitan.

Si la disminución de la imputabilidad del sujeto no era considerable, pero le hacía menos fácil comprender la ilicitud del hecho o decidirse conforme con esa comprensión, se le impondrá desde la mitad del mínimo hasta las tres cuartas partes del máximo de las penas y medidas de seguridad aplicables para el delito cometido.

En su caso, la opinión que los peritos emitan respecto al mayor o menor grado de disminución de la imputabilidad del sujeto, se tomará en cuenta al graduar la gravedad de la culpabilidad cuando se individualice la pena de prisión, sin perjuicio de las demás pautas señaladas en este código para tal efecto.

La suprema corte de justicia emite un criterio relativo al tema de la inimputabilidad disminuida a través de la siguiente tesis:

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. DEBE SANCIONARSE ACORDE A LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 69 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. La figura de la imputabilidad disminuida que es reconocida por la doctrina, ha sido plasmada en el artículo 69 bis del código punitivo federal, y para su aplicación no resulta menester que el activo carezca de la capacidad para comprender lo ilícito de su actuar, sino únicamente que esa capacidad se encuentre disminuida; es decir, que aun cuando pueda percibir la trascendencia social y moral de sus actos, presente un retardo mental que disminuya su capacidad de comprender el carácter de ilicitud del hecho, por lo que no puede ser sancionado de acuerdo a las reglas generales de la imposición de penas, sino que el juzgador debe aplicar las reglas especiales respecto de hasta las dos terceras partes de la pena que en derecho corresponda, tal y como lo establece el citado precepto legal, que a la letra dice: "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 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.". Por tanto, el tribunal responsable al no acatar las reglas del numeral en comento y no sancionar al activo con hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería al antijurídico o la medida de seguridad condigna (artículo 67 del Código Penal Federal), o bien ambas, transgrede en perjuicio del quejoso las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.³⁰²

Como podemos apreciar, la imputabilidad es muy subjetiva, entendiéndose como la capacidad del sujeto para entender que su conducta lesiona los intereses de un ciudadano y para adecuar su actuación a esa comprensión es necesario atribuir a alguien las consecuencias de su obra, para lo cual el acto debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad. El hecho punible debe ser; antijurídico, prohibido y culpable. Para que alguien pueda ser culpable en Derecho Penal, es indispensable que el sujeto sea imputable, siendo que, inimputable es aquella persona a quien no se le puede declarar culpable aunque el hecho que haya cometido sea injusto.

La parte importante sobre el análisis de los conceptos de culpabilidad y la inimputabilidad, la forma en que se abordan estos temas en la parte general del Código Penal del Estado de Morelos, a diferencia de otros códigos que están más actualizados a los parámetros más aceptados de la teoría del delito.

CONCLUSIONES

Con apoyo en los razonamientos que se han expuesto a lo largo de la presente obra, se presentan las siguientes conclusiones:

Primera. Una de las primeras pretensiones de este trabajo, ha sido para conocer los conceptos penales y las teorías del delito más relevantes que maneja a la doctrina y los estudiosos del derecho. Desde una perspectiva formal, el Derecho

³⁰² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, Enero de 2000, p. 1005, Registro no. 192557.

penal es un sector del ordenamiento jurídico constituido por un conjunto de disposiciones legales que asocian a delitos y estados de peligrosidad criminal, como supuestos de hecho, penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas.

Segunda. Existen diversas teorías que explican al delito, debido a que el Derecho Penal es una ciencia social difícilmente encuentra unidad en sus conceptos. Las teorías con mayor relevancia son: 1. Causalista-Naturalista; 2. Causalista-Valorativa; 3. Finalismo; 4. Modelo Lógico Matemático; 5. Funcionalismo.

Tercera. Desde el punto material, el Derecho penal es un sector que tiene como objetivo la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo en la sociedad frente a las peores formas de agresión. Se constituye como un instrumento de control altamente formalizado cuyo fin es el mantenimiento del orden social. Dicho orden social se ejerce mediante la previsión e imposición de penas y medidas de seguridad para los infractores que atenten en contra de bienes jurídicos inherentes al ser humano.

Cuarta. Es menester comenzar a generar una cultura de promoción sobre la teoría del delito respecto de la parte general de los códigos penales mediante la actividad legislativa, las políticas públicas, los organismos internacionales y los trabajos académicos, para que tengan un efecto directo en la sociedad. El problema de seguridad jurídica que se vive actualmente, se deriva por la falta de conocimiento y promoción de la teoría del delito para minimizar las erróneas interpretaciones debido a la ambigüedad de los conceptos jurídicos y la desfasada estructuración de la parte general de los códigos penales.

Quinta. Para proteger el derecho humano a la seguridad jurídica, se requiere que los operadores jurídicos y los órganos legislativos tengan conocimiento sobre la teoría del delito, este conocimiento sólo se puede entender analizando la evolución histórica de los conceptos y de las teorías del delito y en efecto que su aplicación a través de las leyes penales, ha generado en la sociedad de la época. Es evidente que en México, el tema de los derechos humanos en el derecho penal ha llegado

muy tarde a la constitución y en un momento difícil. Han tenido que transcurrir 201 años para que los derechos humanos fueran reconocidos en nuestra constitución.

Sexta. A través del estudio histórico del derecho penal y la evolución de la teoría del delito, se vuelven evidentes las dificultades que presenta la interpretación de los conceptos jurídicos que no muestran una clara definición. Desde la antigüedad se tienen antecedentes de que ya existían la dificultad de distinguir entre el error de hecho y error de derecho, situación que continúa debido a que no todos los códigos penales expresan las diferencias o los supuestos a los que se refieren.

Séptima. El actual desarrollo y aplicación del derecho penal en nuestro país, es resultado de las malas políticas públicas debido a la degradación de los derechos humanos y debemos ser conscientes que todos somos potenciales víctimas debido a las actuales condiciones jurídicas. Es importante establecer en la parte general del Código Penal del Estado de Morelos, definiciones concretas en la medida de lo posible, y criterios generales que reduzcan el rango de interpretación por parte de los operadores jurídicos, que puedan ser aplicados a la amplia gama de posibilidades de las que se puede deducir un hecho delictivo y así poder determinar cuándo se está frente a un delito o no, o ante una excluyente del delito.

Octava. Mediante el análisis realizado en este trabajo académico, se puede concluir que es necesario realizar cambios estructurales en la parte general del Código Penal del Estado de Morelos, para efecto de que pueda percibir una disminución en la violación del derecho humano a la seguridad jurídica. Probablemente el reto más complicado es cultural y político, debido a que naturalmente los organismos que detentan el poder son renuentes al cambio.

Novena. El desconocimiento y la falta de aplicación de la actual y más moderna teoría del delito, definitivamente atrasa el desarrollo del derecho penal y representa un problema social, especialmente en los ciudadanos con condiciones económicas especialmente bajas, que se encuentran en una situación más vulnerable al momento de recibir justicia penal. Los elementos del delito se dividen en dos

grupos que son los negativos y positivos, dentro del primer grupo entran las causas de Justificación o también llamados eximentes.

Decima. Cada país toma el Sistema Penal que mejor le conviene, lo cual no está mal, siempre que se respeten los Derechos Humanos así como la igualdad de oportunidades. El derecho penal debe ir evolucionando de forma progresista he irse adecuando a las necesidades de la sociedad de cada país, por lo cual, en lo que se refiere a la Parte General del Código Penal del Estado de Morelos, su estructura y redacción están ya sobrepasados por otros códigos penales que sí aplican teorías y elementos más modernos en su estructura.

Decima Primera. Los elementos que actualmente tienen un mayor relevancia en la teoría del delito y el Derecho Penal moderno, para el análisis dogmático del delito son: 1. Conducta. 2. Tipicidad. 3. Antijuridicidad. 4. Culpabilidad. 5. Formas de Intervención Delictiva. 6. Grados de Ejecución del Hecho. 7. Concurso de Delitos. 8. Punibilidad. Con los que se tiene que dar base a una estructura jurídica que ayude a la mejor aplicación en el ámbito jurídico.

PROPUESTA

La propuesta consiste en modificar la estructura de la Parte General del Código Penal del Estado de Morelos, para adecuarlo a las conclusiones de la doctrina moderna sobre la *teoría del delito*. Además, establecer definiciones sobre los conceptos jurídicos indeterminados que se emplean en el texto penal, con la finalidad de contribuir a un mejor análisis y aplicación de las disposiciones de la Parte General del Código Penal a los casos concretos por parte de los operadores jurídicos, y con ello disminuir el margen de interpretación del texto legal y la certeza jurídica de los gobernados.

FUENTES DE INFORMACION

Bibliografía

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *El delito y la responsabilidad penal*, México, Porrúa, 2005.
- ALLEN, RONALD Jay, Hoffmann, Joseph L., Livingston, Debra A. y Stuntz, William J., *Criminal procedure: Investigation and right to counsel*, Nueva York, Aspen, 2005.
- ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, *La teoría del delito desde la visión finalista y funcionalista, Guía indispensable para la investigación y litigación oral en el modelo acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2014.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi SRL, 1999.
- BAÑOS, Javier Ignacio y Bujan, Fernando, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Lajouane 2009.
- BARAK, Abaron, *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Editorial Color, 2009.
- BERCHELMANN ARIZPE, Antonio, *Derecho penal mexicano parte general*, México, Porrúa, 2004.
- BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del derecho romano*, 3ª reimp., México, Porrúa, 2016.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de derecho penal I*, Madrid, Trotta, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Delito*, Madrid, Reus S.A., 2008.
- CARRILLO AHUMADA, Faustino, *Teoría del delito sistema jurídico penal legal*, 2ª ed., México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, México, Porrúa, 2003.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 6ª ed., México, Porrúa, 2013.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Colex, 1990.

- CORTEZ IBARRA, Miguel Ángel, *Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2001.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, México, Editorial Nacional, 1970.
- DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, 2ª ed., México, Trillas, 1985.
- DEL ROSAL, Juan, *Tratado de derecho penal español*, Madrid, Villena, 1978.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Lecciones de derecho penal para el nuevo sistema de justicia en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014.
- DÍAZ PALOS, Fernando, *Culpabilidad Jurídico-Penal. Separado de Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Bosch, 1954.
- DÍAZ ROMERO, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.
- DORADO MONTERO, Pedro, *Problemas de Derecho Penal*, T. 1. Madrid, Reus, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de María Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, t. I, Colombia, Temis, 1982.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Debido proceso legal", en *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, t. III, 2002.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal Introducción y Parte General*, 12ª ed., Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1989.
- REINHARD, Frank, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Colección: Maestros del Derecho Penal*, 2ª ed., no. 1, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2004, pp. 51-52.
- GAMBOA DE TREJO, Ana, *Derecho penal*, México, Oxford, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madrid, España, Civitas, 2011.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y De Gonzales Mariscal, Olga Islas, *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de justicia penal*, México, INACIPE, 2010.
- GIRÓN PALLARES, José Gustavo, *Teoría del delito*, Guatemala, UNIFOCADEP, 2008.
- GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, México, INACIPE, 2003.
- _____, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Primera reimpresión, Madrid, Tecnos, 2009.
- GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Colección: Maestros del Derecho Penal, no. 7, 2º ed., Montevideo – Buenos Aires, Editorial IB de F, 2002.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen, *Nociones fundamentales de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 2010.
- GÓMEZ TRUJILLO, Martha Patricia, *Análisis dogmático del error invencible como excluyente del delito para el distrito federal*, México, UNAM, 2001.
- HENKEL, Henrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Colección: Maestros de Derecho Penal no. 17, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2005.
- HERRERA, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Cuestiones básicas del derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Baco de Rodolfo Depalma, 1999.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., España, Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther, Polaino Navarrete, Miguel, López Betancourt, Eduardo, *Función de la penal estatal y evolución de la dogmática post-finalista*, México, Porrúa, 2006.
- JESHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1978.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1945.

- _____, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- _____, *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, *El delito, la Culpabilidad y sus exclusión*, 3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1982.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Introducción a la teoría general del delito*, Ángel editor, 2002.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Teoría del delito*, 19ª, México, Porrúa, 2014.
- LUZÓN CUESTA, José María, *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- MARGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1954.
- MARQUES PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, México, Trillas, 1990.
- MEDINA MORA, Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro, y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa, 2015.
- MEDINA NARVÁEZ, José Ángel, *Derecho penal apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia*, México, Porrúa, 2016.
- MENDOZA ESQUIVEL, Joaquín, *Los derechos humanos como sustento de la ley justa. Una propuesta pensada desde John Rawls*, México, Porrúa, 2014.
- MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, Valleta Ediciones, 2004.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel, *Derecho penal y crimen organizado*, México, Porrúa, 2008.
- _____, Daniel, et al. (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en la sociedad*, México, Fontamara, 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *El error en el derecho penal. Error de tipo y error de prohibición*, 2ª ed., México, Porrúa, 2016.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal parte general*, 6ª ed., México, Porrúa, 2014.

- ORTIZ RUIZ, José Alberto, *Teoría del caso. Análisis y aplicación en los juicios orales en México*, México, Flores edito y distribuidor, 2014.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de derecho Penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999.
- PECES BARBA, Gregorio; Fernández, Eusebio; De Asís, Rafael, *Curso de teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2000.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, Tercera reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntalamientos de la parte general de derecho penal*, 13ª ed., México, Porrúa, 1990.
- POSNER, Richard A., *Como deciden los jueces*, trad. de Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- QUISBERT, Ermo, *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*, Bolivia Centro de Estudios de Derecho, 2008.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Culpabilidad*, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Temis, 1991.
- _____, *Derecho penal*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1990.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Teoría general del delito*, 7ª ed., México, Porrúa, 2010.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, Madrid, Artes gráficas Carasa, 1981.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 2002.
- ROPER, Nancy, *Diccionario de Enfermería*, 16ª ed., México, McGraw-Hill Interamericana, 2000.
- ROXIN CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Argentina, Hammurabi, 2002.
- _____, *Derecho penal. Parte genera. T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Ramesal, Madrid, Civitas, 2007.
- _____, *Teoría Del Tipo Penal*, México, Cárdenas Editor Y Distribuidor, 1972.

- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Introducción al Derecho (Teoría General del Derecho)*, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 2001.
- VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, 2ª ed., México, Trillas, 2000.
- VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, *Introducción al derecho penal*, México, Oxford, 2012.
- VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho penal Mexicano*, México, Porrúa, 1983.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Andrés, *Manual de derecho penal. Parte General*, Lima, Perú, Grijley, 2007.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, Argentina, Valleta ediciones, 2007.
- VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema de del derecho romano actual*, Tomo II, México, Suprema Corte de Justicia, 2004.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Chile, Editorial jurídica de Chile, 1993.
- _____, *El nuevo sistema de derecho penal*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel 1964.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría de delito*, Buenos Aires, Editora Adiar, 1973.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Argentina, S.A. Editora Adiar, 2005.

Revistas

- AMSTERDAM, Anthony, "Note. The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, Filadelfia, 1960-1961, pp. 67-116.
- AZZOLINI BINCAZ, Alicia y Nettel Díaz A. Laura, "Las salidas alternas al juicio: Los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal", *Sección Artículos de Investigación, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, núm. 86, México, enero/abril, 2014, pp.23-46.
- COLLINGS, Rex A., "Unconstitutional uncertainty. An appraisal", en *Cornell Law Quarterly*, 195, 1955, pp. 195-237.
- BERMEO ÁLVAREZ, Luis Fernando. "La dogmática jurídica y su relación con la posibilidad de existencia de una ciencia jurídica", *Revista De Derecho Público* no. 34, Enero, 2015.

CRUZ PÉREZ, Brenda, Montiel Rodríguez, David, y Aldana González, Gabriela, "Análisis de las conductas consideradas como parte del trastorno de personalidad antisocial: Una mirada desde la teoría Gestalt", *Revista digital universitaria*, México, Vol. 15, Núm. 1, enero de 2014.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, *Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, 2015.

FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A, "Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular", *Díkaión*, Chía Colombia, año 24, no. 1, June 2010, pp. 139-161.

FLORES-MARTÍNEZ, Alejandra y Uribe-Arzate, Enrique, "La superación del monopolio proteccionista de los derechos humanos en el estado constitucional mexicano, a partir de la reforma al artículo primero constitucional", Bogotá, *Vniversitas*, núm. 129, julio-diciembre de 2014, pp. 103-133.

MONTOYA VIVANCO, Yvan, "Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito", *Derecho PUCP*, Perú, no. 72, Diciembre 2013.

OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y Guerrero Agripino, Luis Felipe, "Algunas Referencias sobre la Imputación Objetiva en el Ámbito de la Teoría del Delito", *Acta Universitaria*, México, vol. 13, núm. 2, mayo-agosto de 2003.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio, "Culpa y castigo en la antigua Grecia", *Derecho y humanidades*, Chile, vol. 1, núm. 16, 2010, pp. 373-379.

KAUFMANN, Armin, "La función del concepto de la acción en la teoría del delito", en *Revista Jurídica Veracruzana*, México, Nos. 1-2, 1974.

Otras fuentes

ESPANÉS, Luis, "El error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el código civil argentino", Academia Nacional de derecho y ciencias sociales de córdoba, Argentina.
file:///C:/Users/sony%20vaio/Downloads/arterrordecho%20(2).pdf

FRANCO, Gabriel, "Las leyes de Hammurabi. Versión en español, introducción y anotaciones", *Revista de ciencias sociales*.
http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf

REYES BARRAGÁN, Ladislao Adrián, *“Derecho y buen gobierno. Los conceptos jurídicos indeterminados en la gobernabilidad”*, I Congreso Internacional Derecho y Buen gobierno, evento organizado por el Cuerpo Académico Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UAEM, Cuernavaca, Morelos, 19 y 20 de octubre, 2016.

NISTAL, Fráncico Javier, “Derecho penal bíblico”, *criminología y justicia*, marzo de 2015, <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/derecho-penal/item/2858-el-derecho-penal-biblico>

SILVA MEZA, Juan, “Las reformas penales de los últimos cinco años en México”, México, p. 226. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/131/25.pdf>