



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES**

TEMA DE TESIS

PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO:

“LAS PROBLEMÁTICAS DE LA CULPABILIDAD Y SU INAPLICACION JUDICIAL
EN MÉXICO”.

PRESENTA:

LIC. PERLA DENISSE MATA PÉREZ.

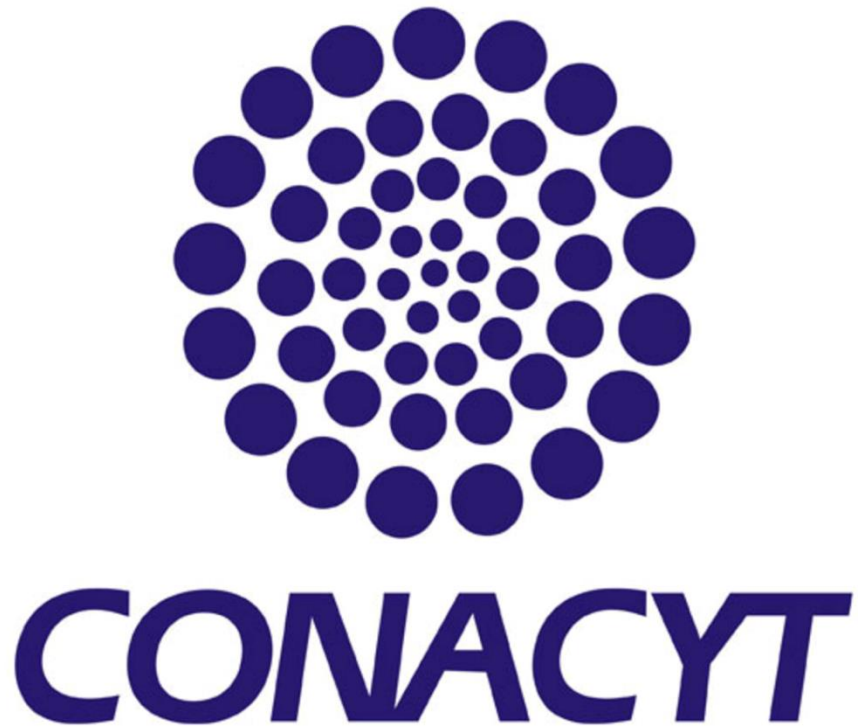
DIRECTOR DE TESIS:

DR. LADISLAO ADRIÁN REYES BARRAGÁN
PROFESOR E INVESTIGADOR DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS.

CUERNAVACA, MORELOS

ABRIL 2018.

RECONOCIMIENTO.



ÉSTA TESIS FUE REALIZADA POR BECARIO NACIONAL
CONACYT EN EL PROGRAMA EDUCATIVO DE
MAESTRÍA EN DERECHO PPC (002478).

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS.

Dedico este trabajo de investigación, principalmente a mis Padres, que sin medida me han otorgado su confianza para perseguir mis sueños, estuvieron presentes y apoyándome durante las desveladas de inspiración y también en las de frustración por las que cualquier tesista pasa. Mi amor infinito y agradecimiento total a ustedes.

Al Doctor Ladislao Adrián Reyes Barragán, agradezco muchísimo, la confianza depositada en mí, al considerarme y darme esta oportunidad de ser parte de una generación de Maestros en Derecho por parte de ésta nuestra casa Máter UAEM. Por aconsejarme y apoyarme en todo momento cuando sentíamos que ya no avanzaba la investigación y por estar siempre al pendiente de sus jóvenes investigadores, no queda más que agradecerle y demostrarle el respeto que le tenemos todos sus tesis. ¡Muchas gracias doctor!

A los doctores investigadores: Julio Cabrera, Francisco Jiménez, Daniel Montero, Bernardo Sierra, por todos sus consejos y de vez en cuando llamadas de atención, pero siempre con un gran compromiso hacia los estudiantes de posgrado, agradezco de sobremanera la experiencia que nos comparten día a día y el amor que ponen en sus investigaciones así como en la cátedra. Muchas gracias.

A mi familia que me extrañaron cuando tuve que faltar a las reuniones para poder entregar en tiempo los avances de la tesis, gracias por su apoyo y confianza, aquí está el resultado de todo el esfuerzo, y como diría Mariney “he dado a luz” mi propia creación que debe traerme muchas alegrías, por supuesto que estoy satisfecha, gracias por tus palabras prima.

A mis hermanos Alexia y Roberto, porque en los momentos de mucho estrés, me comprendieron y apoyaron, me recibieron y acompañaron para distraerme un poco de las obligaciones, sabiendo y confiando que cuando volviera a trabajar, lo haría con gran entusiasmo, muchas gracias hermanos, por ser también mis mejores amigos.

A mis amigos, por el ánimo que me dan para seguir adelante. A los amigos que hice en esta etapa de maestría también les estoy muy agradecida, por los consejos que me fueron de gran apoyo para concluir con el trabajo. A ti Benito, porque desde el inicio de mi camino en la maestría, me demostraste tu apoyo incondicional, me brindaste tu experiencia cuando no comprendí algún término jurídico, por tenerme la confianza que me demostraste y porqué a cada paso, siempre que he podido estar en problemas, acudes y me ayudas a salir adelante, pese a todo lo que pasamos, gracias por continuar en esta etapa a mi lado. Finalizar ésta tesis es también un esfuerzo tuyo. ¡Gracias!

Índice

| | |
|--|--------|
| Introducción | 8 |
| Capítulo I | 11 |
| 1. Acercamiento al objeto de estudio de la culpabilidad | 11 |
| 1.1 Marco teórico axiológico de la culpabilidad | 12 |
| 1.2 Marco teórico epistemológico de la culpabilidad | 15 |
| El Estado de Derecho y la Culpabilidad | 16 |
| Teoría del Delito y la culpabilidad | 19 |
| 1.2 Escuelas Penales que estudian a la culpabilidad | 22 |
| 3.1.1 Escuela Clásica | 22 |
| 3.1.2 Escuela Positivista | 26 |
| 1.3 Sistema Causalista | 27 |
| 1.3.1 Teorías Psicologista y Normativista | 32 |
| 1.4 Sistema Finalista | 34 |
| 1.5 Sistema Funcionalista | 40 |
| 1.5.1 Concepto de Funcionalismo | 40 |
| 1.5.2 La sistemática funcionalista | 42 |
| 1.5.3 La culpabilidad en el sistema funcionalista | 43 |
| 1.5.4 EL concepto funcionalista de la culpabilidad (Günther Jakobs) | 44 |
| 4. Los elementos de la culpabilidad y su aplicación | 47 |
| 1.4 Concepto de culpabilidad | 47 |
| 1.6 Presupuestos y elementos de la culpabilidad | 49 |
| 1.6.1 Dolo | 50 |
| 1.6.2 La Culpa | 52 |
| 1.7 Fundamentación y aplicación de la culpabilidad | 55 |
| Capítulo II | - 46 - |
| Marco histórico de la culpabilidad | - 46 - |
| 2.1 Evolución histórica del principio nullum crimen sine culpa o principio de culpabilidad | - 46 - |
| 2.1.1 Periodo de la venganza privada | - 47 - |
| 2.1.2 De la venganza divina | - 49 - |
| 2.1.3 De la venganza pública | - 50 - |

| | |
|--|---------|
| 2.1.4 Periodo humanitario | - 50 - |
| 2.2 El principio de culpabilidad en las antiguas civilizaciones..... | - 52 - |
| 2.2.1 Griegos y romanos | - 52 - |
| 2.2.2 Edad Media..... | - 55 - |
| 2.2.3 Derecho Canónico y la culpabilidad | - 56 - |
| 2.2.4 Historial del derecho penal en México..... | - 56 - |
| 2.3 Evolución histórica de la culpabilidad en la criminología | - 60 - |
| 2.3.1 Teorías del castigo..... | - 63 - |
| 2.3.2 La justificación moral del castigo. | - 65 - |
| 2.3.3 El retribucionismo | - 68 - |
| 2.3.3 La peligrosidad o el peligrosísimo | - 70 - |
| Capitulo III | - 77 - |
| Marco jurídico de la culpabilidad..... | - 77 - |
| 3. La aplicabilidad de la culpabilidad como una categoría del delito en el sistema judicial en México y su análisis jurídico con el Sistema Anglosajón: Estados Unidos de América..... | - 77 - |
| 3.1 El principio de culpabilidad | - 77 - |
| 3.1.1 Fundamento legal del principio de culpabilidad | - 82 - |
| 3.1.1.1 Código Nacional de Procedimientos Penales..... | - 84 - |
| 3.1.1.2 Código Penal Federal..... | - 87 - |
| 3.1.1.3 Código Penal para el Estado de Morelos | - 88 - |
| 3.1.1.4 Código Penal para el Estado de Coahuila..... | - 89 - |
| 3.2 Principio de legalidad y oportunidad en el sistema oral de justicia penal y su relación con la culpabilidad. | - 92 - |
| 3.2.1 El criterio de oportunidad en el proceso penal oral: beneficio ante el costo. | - 94 - |
| 3.3 La culpabilidad en el Sistema Anglosajón: Ejemplo con Estados Unidos de América..... | - 106 - |
| 3.3.1 El principio <i>Mens rea</i> en el sistema del Common law. | - 108 - |
| Capítulo IV | - 111 - |
| 4. El juez en el conocimiento de la categoría de culpabilidad dentro del delito y sus formas jurídicas. | - 111 - |
| 4.1 El error de tipo. | - 112 - |
| 4.2 El error de prohibición. | - 115 - |
| 4.2.1 El juicio del error de prohibición | - 119 - |
| 4.3 El error invencible o insuperable. | - 122 - |
| 4.4 El caso fortuito. | - 127 - |

| | |
|--|---------|
| 5. El desconocimiento de la ley..... | - 129 - |
| 6. Las causas justificadas de la conducta..... | - 132 - |
| 6.1 Los elementos del delito culposo..... | - 135 - |
| 7. Toma de posición de la culpabilidad..... | - 139 - |
| Conclusiones..... | - 141 - |
| Propuestas en concreto..... | - 143 - |
| Bibliografía y fuentes de información..... | - 148 - |

Introducción

En el rompimiento de los paradigmas en materia de Derecho, no existen muchos problemas que la jurisprudencia no pueda resolver, esto con apego a nuestra Constitución, sin embargo en materia de Derecho penal han existido violaciones innecesarias y de hecho, siguen existiendo. Hay situaciones que la jurisprudencia no debe resolver por el simple hecho de que la Constitución lo prohíbe.

El presente trabajo de investigación busca probar que no para todos los problemas de derecho son necesarias las reformas o las jurisprudencias, sino únicamente la correcta comprensión, conocimiento y aplicación de los conceptos que la ley ya establece para la solución de conflictos.

Refiriéndome específicamente al campo penal en el tema del delito, especialmente a uno de sus elementos por ser el menos estudiado y aplicado en la práctica penal; la culpabilidad, es un tema que merece desviar la mirada hacia la implementación de nuevos sistemas penales, y que aun cuando ya nos encontremos en un nuevo sistema, su estudio y aplicación liberaría la sobrepoblación penitenciaria.

La culpabilidad es una categoría del delito que tiene su fundamento en el principio de inocencia, que demostrar la culpabilidad antes de sancionar o penalizar es un derecho humano y que la ley penal prevé como excluyente del delito, sabiendo reconocer y comprobar los errores penales.

En el primer capítulo se hace un estudio y recopilación de las doctrinas que dieron origen a la teoría del delito que trata a la culpabilidad y que demuestra que desde sus orígenes esta categoría es importante como una pieza necesaria del engranaje que es el delito. La teoría del delito ha sido integrada por escuelas y sistemas que a lo largo del tiempo han desarrollado vertientes que observan al delito desde distintos ángulos. En nuestro sistema y estudio de la materia penal y del delito, influyen tres sistemas principales que se habrán de desarrollar en el capítulo primero, que son el finalismo, el causalismo y el funcionalismo.

En resumen estas vertientes del conocimiento de la teoría del delito, darán pauta para el planteamiento y comprobación de la hipótesis planteada, al insistir en que se tome en consideración a la culpabilidad como parte de un todo y que por ello requiere de estudio y aplicación en todo el sistema de justicia penal en México.

En este orden de ideas es importante conocer los orígenes de los principios rectores en materia del delito y principalmente en relación con la culpabilidad, por lo que el capítulo segundo se encuentra conformado por esas etapas que dieron nacimiento a la conformación del delito como se le conoce hoy. Además, se realiza un estudio del principio *nulla poena sine culpa*, que viene a ser el fundamento del presente trabajo.

Como toda investigación en materia jurídica, debe existir el aparato crítico o capítulo del “estado del arte”, en donde se explica y desarrolla a detalle la existencia de la culpabilidad en las leyes penales federales y estatales, además de encontrar también ese fundamento, lógico, en la norma suprema que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Este tercer capítulo plantea la posibilidad que se tiene para hacer aún más factible uno de los puntos de hipótesis y propuestas del presente trabajo, por cuanto a la modificación de los códigos subjetivos penales que no contemplan una conceptualización descriptiva de cada una de las categorías del delito.

Ahora bien, se realiza una comparación de derecho a nivel interno entre los principales códigos penales, el federal, el local (Morelos) y su comparación con uno de los códigos que representa la finalidad que se pretende y propone al concluir la investigación, el de Coahuila. Mientras que en un estudio comparado con el sistema del cual se toman las bases para el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral en México, la comparación en relación con la culpabilidad se realiza con Estados Unidos de América y su principio *mens rea*, que en síntesis es el equivalente a la culpabilidad, además de que en gran parte, la bibliografía y fuentes de información que se tomaron como apoyo del presente tema, vienen de autores y juristas alemanes y argentinos.

Se retoma en el capítulo cuarto, la función del juez penal en el conocimiento y aplicación de la culpabilidad, donde se exponen los conceptos penales que señala la ley para la consideración del juzgador, de esto se desprende el desarrollo de figuras como “el error de tipo”, “error de prohibición”, “error vencible e invencible”, “el caso fortuito” y las “causas de justificación de la conducta”. Por lo que se señala la importancia que tiene el estudio activo y criterios específicos del juez en materia penal.

En conclusiones se encuentran las consideraciones de la autora por cuanto a cada uno de los capítulos antes, brevemente, descritos, así como la toma de posición dependiente de la culpabilidad.

Finalmente, se tiene como apartado último, la serie de propuestas a nivel jurídico, educativo y de interdisciplinariedad en el derecho penal actual, para la inclusión de la culpabilidad como medio idóneo de prevención y ataque del delito en México, es decir, que desde el poder del Ministerio Público hasta el poder del juez y legislador, se pueda dar una solución pronta, eficiente y eficaz a las altas cifras de actividad delictiva que ocurre en el país, evitando así que se continúe incrementando el índice de población penitenciaria, dejando claro que esto es posible con el apoyo de la teoría del delito y el conocimiento adecuado de la culpabilidad.

Capítulo I

Marco teórico-metodológico, axiológico y epistémico de las problemáticas de la culpabilidad por el desconocimiento judicial en México

1. Acercamiento al objeto de estudio de la culpabilidad

Desde la óptica de lo óntico, se plantea que la figura típica establecida en el *Código Penal* es delito, sin embargo teóricamente, es solo un supuesto legal de un hecho punible que involucra un daño o una posible lesión de un bien jurídico. Para ser delito se requiere que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

En toda la doctrina los estudios de la conducta típica¹ y antijurídica² son amplios. En materia de culpabilidad son escasos los estudios actuales y muchas veces los jueces desconocen las categorías que se manejan en la culpabilidad como es el error invencible, los elementos esenciales del tipo, el error vencible, el caso fortuito y la categoría de los delitos culposos. Estas categorías en los códigos penales federal y estatal no han sido bien aplicadas por los jueces, debido al desconocimiento de estas excluyentes del delito.

La culpabilidad es un elemento del delito, pero es el menos estudiado, ya que se desconoce su contexto de aplicación. No se reconocen las situaciones en las que puede aplicarse la excluyente del error invencible, un error de prohibición, un caso fortuito. De este modo también se desconoce el alcance de la ley en la justificación de la conducta y las formas de aplicación de los delitos culposos.

La materia penal, por su naturaleza, debe exigir un conocimiento profundo sobre el significado y aplicación de las figuras penales, así como de la

¹ La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, cuyo fundamento constitucional se encuentra impreso en el artículo 14 de nuestra Constitución Política. Para Fernando Castellanos Tena, la conducta típica es, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

² Para Jiménez de Asúa, la antijuricidad es lo contrario a derecho, como sinónimo de lo injusto, y lo injusto a su vez es uno de los caracteres del hecho punible.

interpretación que realizan los legisladores al momento de la creación de códigos penales y procedimentales. El problema principal de la presente investigación es el desconocimiento general que existe respecto de los elementos esenciales que constituyen al delito, específicamente de la categoría de la culpabilidad, mismo que, debe ser uno de los principales elementos de estudio de los jueces para llevar a cabo su trabajo de manera consciente.

Para el desarrollo de la investigación se aplicaran el método hipotético-deductivo³, debido a que el protocolo de investigación “Las problemáticas de la culpabilidad por la inaplicación judicial en México”, parte de un problema que tiene injerencia en la actualidad del sistema de control penal, al notarse que el desconocimiento de la categoría de la culpabilidad por parte de los operadores de dicho sistema, afecta en el incremento de sujetos sometidos a proceso, cuando de conocerse dicha categoría, estudiarse y aplicarse, la disminución en las prisiones sería amplia. Además se plantea una hipótesis⁴ que no es más que una respuesta anticipada al problema que se plantea y a partir de ahí se deduce a través de un temario la resolución de tal problema, con datos, jurisprudencias, leyes, lineamientos, estadísticas, etc... para hacer conclusiones y propuestas.

1.1 Marco teórico axiológico de la culpabilidad

Desde un punto axiológico, debe entenderse que el Derecho Penal en materia de las excluyentes del delito, debe humanizarse, llenarse de valores, respeto y apreciación de la norma, pero al mismo tiempo que la responsabilidad de los operadores y servidores en el derecho penal, sea también la de estudiar a profundidad el caso y la valorización de la prueba.

Relacionado con lo anterior, el Doctor en Derecho Raúl Carrancá y Rivas, menciona que “un derecho sin humanidad carecería de su poder regulador y

³ Cabrera Dircio, Julio, Manual práctico de la investigación jurídica, ediciones Coyoacán, México, 2011, p. 157.

⁴ González Ibarra, Juan de Dios, Metodología jurídica epistémica, editorial fontamara, segunda edición, México, 2015, p. 95.

organizador (no serviría para nada) tanto como de su poder espiritual y axiológico (se quedaría sin razón de ser) para conservar, tutelar y exaltar los más elevados valores del hombre y en consecuencia de la Humanidad”.⁵

En este sentido podría entenderse que el pensamiento del Doctor Carrancá es de un corte iusnaturalista, mediante el cual entendemos que la norma debe estar investida de moralidad. Es decir, debe verse al derecho desde su aspecto del “deber ser”, para el iusnaturalismo.

En la doctrina penal, se han formado a miles de jóvenes abogados, bajo la tónica de que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, viéndolo de esta manera, debe entenderse que para que el delito exista deben converger estos tres elementos y de faltar alguno, estaríamos ante la ausencia de delito y por consiguiente de penalidad a la conducta. En este punto encontramos una problemática con la formulación del concepto del delito.

Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, hablan de la noción de delito y mencionan que “estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito”⁶. Esto porque se considera que el delito tiene sus raíces en las realidades sociales y como se sabe, la sociedad es una constante de cambios y mutaciones morales y jurídico-políticas, por lo que se dice que el delito consiste en “una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico y esto más que definirlo es entrar en una flagrante petición de principio...”⁷

Por otra parte, en la actualidad se han formulado otras definiciones de delito, desde la violación de un derecho, la oposición a un deber, desde el punto de vista histórico toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena; y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena.⁸ Es decir que desde la formulación del concepto de delito existe una marcación al

5 Carrancá y Rivas, Raúl, Filosofía del Derecho Penal, editorial Porrúa, México, 2009, pp. XV de los fragmentos orientadores de la obra.

⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho penal mexicano, parte general, vigésimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2004, p.254

⁷ Ídem.

⁸ Ibídem., p.255

aspecto de que toda conducta que se encuentre fuera de los lineamientos de derecho, es merecedora de una pena.

En el estudio de los valores en términos de la culpabilidad como categoría del delito, el más importante es la justicia. Menciona el Doctor Carrancá y Rivas que “el derecho penal es normativo por excelencia, es decir, se entrafía en los valores de la filosofía o en la filosofía de los valores como ninguna otra especialidad del derecho”.⁹ Se piensa que todo sistema de normas contiene valores y ellos son válidos dependiendo la cultura y el tiempo de un país. Las normas de derecho, como un fenómeno en sí y como un mundo de “deber ser” implican en primer término justicia. Entonces derecho es una ciencia de “deber ser” y que el mundo de normas puede concebirse como un fenómeno que pasa, que cambia en la cultura y el tiempo y que necesita de la intervención de la vista filosófica en la justificación del castigo.

En contraposición, menciona Carranca y Rivas, no estar de acuerdo con el pensamiento de que el mundo de las normas es un fenómeno que pasa, que cambia en la cultura. Para él, lo que está sujeto de alteraciones es la mera forma normativa, que corresponde a la ley social. Si el mandamiento ordena “No matar”, la ley lo prescribe “comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”, es decir, que la esencia emana de una ley natural.

Aunque algunos aseguran que el iusnaturalismo ha sido superado y sepultado, hay otros como el Doctor Carranca que creen que ha sido, por el contrario, renovado o neoiusnaturalizado y en el campo del derecho penal se le conoce como humanismo jurídico. Se debe reconocer que la ley no es la única creadora del derecho penal. La ley no crea los delitos, sino que los reconoce, el delito es la violación de una norma que va más allá de la ley, “la norma de cultura”¹⁰, la ley, o el legislador crea únicamente el aspecto formal de los delitos, su apariencia típica, describiendo la hipótesis de acción.

⁹ Carrancá y Rivas, Raúl, Filosofía del derecho penal, iniciación al estudio del ius puniendi, primera edición, editorial Porrúa, México, 2009, p. 1.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 3

La perspectiva filosófica es completamente necesaria para investigar la legitimidad y esencia del derecho penal que también es conocido como el *ius puniendi*. Hablar de un derecho penal necesariamente investido de valores, también implica que se desenvuelvan los conceptos de los conceptos que apoyan la noción de humanización penal. Por ende la epistemología es la ciencia adecuada para versar sobre este conocimiento.

1.2 Marco teórico epistemológico de la culpabilidad

La epistemología como se conoce, es la reflexión¹¹ en el proceso cognoscitivo del ser humano, esto significa, que al momento de entender determinado tema, debe surgir la inquietud de querer, ahondar más profundo en el entendimiento y tener una conclusión racional propia. En la culpabilidad, los operadores del derecho penal sustantivo, tanto como adjetivo, deben tener un pensamiento epistémico acerca de los elementos necesarios para la procedencia y sanción del delito.

En la teoría de Kelsen, la norma no necesita ser verdadera, ni validada por la sociedad, sino que desprendiéndose del positivismo jurídico¹², donde la validez la debe tener la autoridad que expide la norma, si esta cumple con su función de mantener el orden y la seguridad de la sociedad, entonces puede ser legítimamente norma. Sin embargo, en contradicción con Kelsen aparece Adolphus Hart, que de sus estudios sobre las aportaciones filosóficas de Austin, encuentra que en el derecho no se trata solo de la norma enunciada por una autoridad, sino reconocida y aplicada por la sociedad, lo que llevaría a su legitimación y por ende a tener fuerza a medida que se aplica¹³.

¹¹ González Ibarra, Juan de dios, Epistemología jurídica, , editorial Porrúa, cuarta edición, México, 2013, p. 1

¹² Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, editorial Porrúa, decimosexta edición, México, 2015, p. 85.

¹³ Hart H., L., A., El concepto de derecho, Ed. Abeledo Perrot, tercera edición, México, 2009, p. 42.

Lo anteriormente expuesto se ha intentado parafrasear de las aportaciones hechas por el Doctor Juan Vega Gómez durante el Curso de Filosofía Jurídica Contemporánea, impartido en el auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, el pasado treinta de Mayo al dos de Junio. A continuación, se abordaran algunas otras opiniones hechas por el Doctor Juan Vega, con la intención de dar luz al tema de la validez de la norma.

En lo que refiere al objeto de estudio que es la culpabilidad, debe tomarse en cuenta al derecho penal subjetivo, hablar de moralidad y en el curso antes mencionando se expuso que varios doctrinarios naturalistas y aun Hart que fue neopositivista pero con criterios valorativos y axiológicos, mencionan que “el derecho sin moral, no es derecho”. En este sentido, debemos observar la legitimidad del derecho penal por la moralidad que debe ser inherente a su estudio.

El Estado de Derecho y la Culpabilidad

El Estado y el Derecho son una combinación necesaria para la existencia y funcionamiento de cualquier sociedad¹⁴, el Derecho es la legitimación del Estado, es la base del sistema de control y conservación de la sociedad.

El Derecho es también, la fuerza coercitiva con que cuenta el Estado, que suprime los instintos de incumplimiento de los gobernados y que se dedica a resolver las controversias que se presentan dentro de la sociedad.

Menciona el doctor Montero Zendejas que en la visión actual de un Estado de Derecho, se requiere de ciudadanos con derechos y obligaciones, en un marco jurídico en el que prevalezcan los contenidos sociales y en el que las mayorías sean responsables y se autogobiernen, al margen de un extremismo que solo puede conducir al caos o a la obediencia sin sentido.¹⁵

¹⁴ Barragán Barragán, José, Contreras Bustamante, Raúl, y otros, Teoría de la constitución, editorial Porrúa, séptima edición, México, 2015, p.141.

¹⁵ Montero Zendejas, Daniel, “Democracia y sociedad”, recuperado del acervo cultural de la biblioteca del IJ de la UNAM, p.313.

El problema del Estado, en la doctrina de nuestros días, menciona Mario de la Cueva, es:

“Una sociedad no puede entenderse sin un ordenamiento que regule la conducta de los hombres; pero este ordenamiento necesita ser efectivo, porque la esencia del Derecho se encuentra en su efectividad; es su diferencia con la moral, pues mientras ésta busca la perfección del hombre, aquél busca un orden estable, seguro, efectivo, que no es posible sin un Estado, sin una organización del poder público. De este modo, la definición más lograda y perfecta del Estado debería concebirlo como la organización del poder coactivo del Derecho.”¹⁶

Agrega a lo anterior que la historia ha sido una constante lucha entre el Derecho y el poder, y el día que triunfe el Derecho, que se realice ese ideal, será el día que desaparecerá esta lucha y suplantará al Estado, que morirá.

De la necesidad de tener un Estado como un ente de poder, al que la sociedad a investido con su voluntad del mismo, surge también la obligación de someterse a los mandatos y leyes que del Estado y del Derecho emanen, es por eso que en la búsqueda de la humanización de las ciencias, se justifica la misma necesidad de tener un Estado de Derecho.

Carl Schmitt dice que según la significación general de la palabra, Estado de Derecho es todo estado que respete sin condiciones el Derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Lo que significaría legitimar y eternizar el *status quo* vigente y tener por más importantes los “derechos bien adquiridos”¹⁷

El Estado de Derecho desde una perspectiva general, es aquel en el que la sociedad acepta y reconoce las normas de derecho. Pero esto no debe

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/477/18.pdf>

¹⁶ De la Cueva Y de la Rosa, Mario, Teoría general del Estado, primera reimpresión, SCJN, México, 2015, p.60

¹⁷ Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza editorial, traducción Alianza Universidad Textos, segunda reimpresión, Madrid, 1996, p. 141.

confundirse con un Estado de Legalidad en el que se reconoce al derecho positivo y vigente, es decir, en el que existen leyes aceptadas y aplicables.

Citando a Jaime Cárdenas García, quien a su vez hace alusión al autor Pablo Lucas Verdú, precisa de los requisitos necesarios del Estado de Derecho: “todo Estado de Derecho debe contar al menos con los siguientes elementos: primacía de la Ley; sistema jurídico de normas; legalidad en los actos de administración; separación de poderes; protección y garantía de los derechos humanos, y examen de constitucionalidad de las leyes”¹⁸

Cárdenas García menciona también los elementos necesarios para el Estado de Derecho, por parte de Elías Díaz que referencia en su libro “*Estado de Derecho y Sociedad Democrática*”¹⁹, donde señala los siguientes: a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial y d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico formal.

De los anteriores autores citados por Jaime Cárdenas, se puede concluir que son cuatro elementos esenciales para la existencia de un Estado de Derecho, primeramente que exista ley reconocida y aceptada como máxima, que exista un sistema jurídico que de igual manera se encuentre reconocido por la ley, de la división de los poderes para el máximo funcionamiento del sistema y finalmente que los derechos humanos y las libertades fundamentales se encuentre reconocidas y garantizadas por el Estado.

Sin embargo el autor antes mencionado, considera que es necesario agregarse dos elementos más, que en la actualidad han demostrado ser requisitos para el completo Estado de Derecho, que son: La existencia de un tribunal constitucional y la Independencia de los órganos constitucionales

¹⁸ Márquez Rábago, Sergio R., Estado de derecho en México, obra del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual IJ UNAM, recuperado del portal de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2990/13.pdf>, (consultado 12/06/16.) p.213

¹⁹ Ídem.

administrador y resolutor de controversias en las elecciones.²⁰ En México se cumplen los requisitos de hecho, necesarios para considerar que se encuentra viviendo en un Estado de Derecho, pero considerando las opiniones de los doctrinarios antes mencionados, está claro que no se ha logrado totalmente verse inmersos en las características de felicidad que supone la conceptualización de un Estado de Derecho, sino que México se encuentra en vías de alcanzar dicho estatus.

En un Estado de Derecho, el reconocimiento y la aplicación de sus leyes es lo primordial y debe ser tomado en cuenta cuando se trata de la culpabilidad como un elemento para la existencia del delito, es decir, los operadores del derecho penal deben valorar cada uno de los elementos del delito para determinar su existencia y por consecuencia continuar con el procedimiento penal, sin que con ello se vean comprometidos los derechos humanos y garantías fundamentales de la persona presunta culpable.

La culpabilidad es el eje del Derecho Penal y de la que bien podría llamarse Teoría del Derecho penal. En otros términos, la Teoría del Delito es la teoría del culpable del delito. Este pensamiento va desde un punto de vista objetivo, ya que al verlo desde el punto objetivo, se debe estar a lo que señala ley, es decir, a la palabra legal, a la descripción típica con la que se corresponde a la acción humana en concreto.²¹ El autor Raúl Carrancá, opina de este supuesto, que existe una culpabilidad subjetiva y otra objetiva y este se convierte en el eje de su Teoría de la Culpabilidad. Asegura su rechazo a la tendencia de que es culpable quien cometió una conducta típica.

Teoría del Delito y la culpabilidad

²⁰ Díaz, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, editorial Penguin Random House editoriales España, 2011, p.37.

²¹ Cfr., Carrancá y Rivas, Raúl, Teoría de la culpabilidad, primera edición, editorial Porrúa, México, 2013, p. 1

La Teoría del Delito es aquella que comprende fundamentalmente, las generalidades sobre la definición; concepto; elementos; factores negativos; la vida del delito; la participación; y, el concurso.²²

La Teoría de Delito es una parte de la ciencia del Derecho Penal; comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse.²³ Los elementos positivos del delito son los que conforman la forma del mismo, mientras que los elementos negativos constituyen su inexistencia.

Las partes a las que se va a dedicar esta teoría son las que facilitarían la averiguación de la presencia o ausencia del delito en un caso concreto. Estas partes o elementos son la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la punibilidad así como sus elementos negativos que son las dicotomías de estos elementos y servirán para determinar excusas absolutorias en el caso y elemento respectivo, esto con la finalidad de conocer el momento en que se le ha de imputar un hecho delictivo al sujeto.

El autor Eduardo López Betancourt hace referencia a Maggiore cuando menciona que la teoría del delito es la parte más delicada y polémica de la ciencia del Derecho Penal. Para el estudio de esta teoría, se han formulado diversas otras, las cuales se presentan de la siguiente manera:

“La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) La totalidad o unitaria, y
- b) La analítica o atomizadora, llamada por Bettioli: método de la consideración analítica o parcial”.²⁴

De lo anterior se desprende que el pensamiento totalizador o unitario, observa al delito como un todo, como un bloque que no puede ser dividido, debido

²² Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal parte general, 53° edición, editorial Porrúa, México, 2015, p.18

²³ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, decimonovena edición, editorial Porrúa, México, 2015, p3

²⁴ Ibídem., p. 4

a que su esencia no se encuentra en cada uno de sus elementos, sino en el compuesto; los autores que defienden esta doctrina, son principalmente, Antolini y Carnelutti en Italia y Schafftein, Dahm y Kemperman en Alemania.²⁵

La teoría analítica es aquella que como método científico, se encarga de dividir al delito en elementos que esencialmente al unirlos den como resultado el mismo, pero que separados puedan ser objeto de un estudio propio individualizado.

El Doctor García Jiménez describe a la Teoría del Delito como “un conjunto de conceptos que se desarrollan en torno a la naturaleza, conformación, existencia, inexistencia o formas de aparición del delito, como realidad jurídica y social.”²⁶

Por su parte, Muñoz Conde señala que es la teoría que “se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito”.²⁷

Finalmente para Jorge Estrada Álvarez es “el estudio de las conductas típicas, antijurídicas y culpables”.²⁸ Definición que se mantiene más hacia nuestro punto de vista, dado que es la primera que da lugar al concepto de la culpabilidad, motivo de esta investigación.

La teoría del delito es entonces, aquella que se encargará del estudio de los conceptos básicos que han de conformar al delito, haciéndolo de manera sistemática para la comprensión y análisis de cada uno, pretendiendo que se entienda a cada uno en su singularidad y como parte de un todo en su forma final que será el delito.

²⁵ Ídem.

²⁶ Medina Narváez, José Ángel, Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2016, p.105

²⁷ Ídem.

²⁸ Medina Narváez, José Ángel, Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2016, p.105

1.2 Escuelas Penales que estudian a la culpabilidad

El estudio de la culpabilidad puede abordarse desde diferentes escuelas. Para la ciencia del Derecho Penal, el concepto de “escuela” se asimila a la doctrina, principios y sistemas de un determinado autor, así como a sus discípulos, seguidores o imitadores de una persona o de su doctrina o arte.²⁹

En efecto se debe comprender que para la doctrina se denomina “escuela penal” al conjunto de posturas o ideas similares o afines que un grupo de autores defiende y sustenta del Derecho. En determinado momento podemos comparar a la escuela con la teoría, sin embargo para que surjan las teorías es necesario el rompimiento de paradigmas y en la creación de las escuelas, vemos un mundo de opiniones más amplio.

Un ejemplo de lo anterior es el punto de vista de Moisés Vergara, quien afirma que “cada vez que ilustres pensadores y juristas convergen en una o en varias ideas sobre uno o más puntos doctrinarios del derecho, se dice que se crea una escuela”.³⁰

Para la creación y aceptación de las escuelas, son necesarios los siguientes elementos: a) un creador o autor principal; b) exponente o seguidor; c) método propio; y d) principios.³¹ En la exposición de las escuelas a que se hará alusión, se pueden encontrar estos elementos, lo que las hace verdaderas escuelas penales.

3.1.1 Escuela Clásica

²⁹ Medina Narváez, José Ángel, Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2016, p. 35

³⁰ *Ibidem*, p. 36

³¹ *Ídem*.

Antes de hacer el análisis y exposición de esta Escuela, es necesario observar que existe una contradicción entre los autores que para esta investigación se citan, ellos son José Ángel Medina Narváez y Octavio Alberto Orellana Wiarco. Se hace necesario hacer las observaciones entre los puntos de vista de estos autores, ya que la enseñanza del Derecho Penal se ha enfocado únicamente en los delitos y cómo la norma debe sancionarlos. No se hace verdadero análisis y crítica hacia el surgimiento y las ideologías que llevaron al conocimiento del Derecho Penal actual.

Desde la óptica del autor Medina Narváez, dice, en su libro de *“Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia”*, que en ningún tiempo llegó a existir una “Escuela Clásica”, por lo que no se puede hablar de un autor principal o fundador, para efectos de esto, señala que la expresión, “escuela clásica” fue un invento de Enrico Ferri.

De acuerdo con Enrico Ferri³², existe una escuela clásica del derecho penal, fundada por Beccaria e integrada por todos los penalistas no positivistas y capitaneados por Carrara. Menciona este autor también que el adjetivo “clásica”, fue empleado por Ferri de manera peyorativa para enmarcar una diferencia entre los autores y estudios anteriores a él; así todos los estudios y autores que se agrupan en esta escuela, son considerados obsoletos o superados por la escuela de Ferri.³³

De acuerdo con Medina Narváez, los principales autores que se han considerado como integrantes de la escuela clásica, son: Emmanuelle Kant, Jean Paul Marat, César Bonessana Marqués de Beccaria, Jeremías Bentham, Francesco Carrara, Pellegrino Rossi, entre otros.

Se consideró a su método de investigación el deductivo-especulativo, teleológico, o lógico abstracto, ya que parte de los principios generales para de ello sacar las consecuencias lógicas. Su mérito principal fue haber realizado un estudio sistemático del fenómeno jurídico que representa el delito; la crítica

³² López Betancourt, Eduardo, Introducción al derecho penal, decimoctava edición, editorial Porrúa, México, 2014, p. 41

³³ Ídem.

principal es haber omitido el estudio del delincuente y relegar a segundo plano las medidas preventivas y de seguridad.³⁴

En un punto en el que se puede estar de acuerdo con la opinión de Enrico Ferri cuando menciona o pretende establecer que los doctrinarios que se encuentran dentro de esta escuela clásica han quedado obsoletos; si bien es cierto que algunos de los estudios de los autores antes mencionados, han sido superados por otros pensamientos que se abocan a la actualidad, también es cierto que aún en estos tiempos es de suma importancia reconocer y estudiar los legados de estos grandes pensadores como Kant, Beccaria y Carrara, que en el estudio penal en México han tenido innegable influencia.

Ahora, después de haber expuesto las principales opiniones de Medina Narváez con relación a la escuela clásica, es menester tratar el estudio de Octavio Alberto Orellana Wiarco, quien en su libro “Teoría del Delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista”, trata a la escuela clásica como un subtema importante de estudiar.

Menciona que la escuela clásica tiene como antecedente el periodo humanista, que se vivió cuando el derecho penal se preocupa en desenterrar concepciones caracterizadas por la brutalidad, la crueldad y en una palabra, prácticas inhumanas. Señala Wiarco que el principal expositor de esta corriente humanista fue César Beccaria, quien es conocido por sus estudios sobre la tortura, pena de muerte, la proporcionalidad entre el delito y la pena, criticando al sistema punitivo de sus días y demostrando que el excesivo sistema represivo de su tiempo no lograba los pretendidos fines de seguridad y readaptación social.³⁵

Las ideas humanistas de Beccaria fueron recogidas por la Revolución Francesa de 1789 y en la Declaración de los Derechos del Hombre en su artículo VII, prescribe que ningún hombre podrá ser acusado, arrestado o detenido sino en

³⁴ Medina Narváez, José Ángel, Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2016, p.105, p. 38

³⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista, vigesimoprimera edición, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 3

los casos determinados por la ley. Encontramos aquí un antecedente para facultar al derecho penal, es decir, la norma le da su poder.

Para Beccaria, menciona Orellana Wiarco, el fundamento del Estado para castigar el delito se encuentra en la necesidad de preservar la paz y la tranquilidad, y el derecho penal persigue como meta estos fines que no deben ser represivos sino preventivos.

Entonces este periodo humanitario, va a dar como resultado, el nacimiento de la primera corriente moderna del derecho penal, es decir, da origen a la Escuela clásica.

Continuando con el estudio de Orellana, él menciona que, sí existe un autor principal o fundador de esta escuela y es Francisco Carrara maestro de Pisa. Carrara ve imperativo estudiar los principios rectores del derecho penal, ya que estos deberían ser el camino correcto para el legislador y el propio Estado, ya que al inspirarse en la justicia, no existiera una degeneración hacia el abuso y la tiranía y para ello es necesaria la noción de delito.

El delito, es, en el pensamiento del maestro de Pisa, “un ente jurídico”³⁶ ya que menciona que el delito es una violación del derecho, que como tal se debe sancionar. El delito al encontrarse dentro de la ley es también un derecho a la libertad, es decir, al exigir la norma jurídica el respeto del ciudadano y del Estado, se genera también una garantía a la libertad ciudadana, esto debido a que sujeta a los hombres al cumplimiento de la ley en cuanto a que se debe punir únicamente en términos y límites de la ley.

Ahora pues, el maestro Carrara, entrega su definición de delito de la siguiente manera: “Delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”³⁷

El delito en esta corriente clásica, está compuesto por dos elementos o fuerzas: una moral y una física. La fuerza moral, para el maestro Carrara consiste en la voluntad inteligente del hombre y del curso que tome esta voluntad e

³⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, op. cit, p.4

³⁷ Ídem.

inteligencia, surge la intención. A su vez esta intención puede ser directa y surge así el dolo, o indirecta dando paso a la culpa. La fuerza física, o también llamada elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia, que produce un daño efectivo o potencial.³⁸

En el pensamiento del maestro Francisco Carrara comienzan a darse matices que actualmente conocemos como componentes del delito y que son necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales elementos deben ser previstos en la ley.

De las descripciones dadas por los autores anteriores, se nota la existencia de una contradicción, principalmente en la existencia y fundación de esta escuela clásica. Desde un punto de vista intermedio, lo que es importante tomar en cuenta de esta escuela es el acercamiento que provoca con pensamientos que se encuentran insertos en el derecho penal actual, es decir que autores como Ferri, Carrara y Beccaria, son principales influyentes en la doctrina penal de nuestros días.

3.1.2 Escuela Positivista

El positivismo es la denominación que se le atribuye a la obtención del conocimiento a través de los sentidos.³⁹ En el área del Derecho, se mencionan como fundadores de esta escuela penal a César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo.

Para la escuela positivista el delito es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según expone Ferri⁴⁰, el delito no es otra cosa que un instrumento que revela el estado peligroso de una persona; no es un ente jurídico como lo trata la escuela clásica.

³⁸ *Ibíd*em, p.5

³⁹ Medina Narváez, José Ángel, *Derecho Penal*, op.cit, p. 38

⁴⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista*, vigesimoprimera edición, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 5

Este positivismo se desenvuelve durante una época específicamente cerrada y ortodoxa si puede llamársele de esa manera, debido a que también trata una teoría explicada por Zaffaroni que es la teoría positivista peligrosista, de la que se tratará a fondo en el capítulo segundo.

En esta escuela se manejaba como método, el inductivo-experimental, el cual emplea para la investigación del delito y del autor; los hechos particulares y llega a conclusiones generales. Todo infractor de la ley, para esta escuela, ya sea que se encuentre una responsabilidad moral o no, tiene responsabilidad legal, aun tratándose de la inimputabilidad del sujeto, debía responder por igual al hecho delictivo.⁴¹

La escuela positivista logro un avance en la investigación penal, dado que buscó adaptar las normas jurídicas a la realidad, enfocando su atención a la relación del sujeto con el fenómeno jurídico llamado “delito”. Aunque algunos doctrinarios encuentran una apertura humanista en esta relación, no es necesariamente el concepto de deberías utilizarse para tratar a la escuela positivista. Se otorga el crédito a esta escuela por tratar un método que debe considerarse con mayor científicidad.

La escuela Clásica y la Positivista dieron nacimiento en el campo de las ideas penales, a la llamada Tercera Escuela o Escuela Crítica, expuesta por los italianos Carnevale y Alimena, quienes toman elementos de ambas escuelas y agregan a la imputabilidad e inimputabilidad que trata la escuela clásica, que “la imputabilidad es la aptitud para sentir la amenaza de la pena”⁴²

1.3 Sistema Causalista

Es considerado que el sistema causalista nace en Alemania y evolucionó de los principios de la escuela sociológica⁴³ o también denominada la escuela

⁴¹ Medina Narváez, José Ángel, Derecho Penal, op,cit, p.39

⁴² Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito, op.cit, p. 6

⁴³ La concepción sociológica del delito proviene de la escuela positiva; ésta considera al delito como un fenómeno natural y social, producido por el hombre.

político criminal, en la que muchos doctrinarios concuerdan en que su precursor y principal exponente es Franz Von Liszt, quien a su vez recoge las ideas de las escuelas clásica y positivista en su obra "*Tratado de Derecho Penal*", empleando un método naturalístico o tradicional, se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871.⁴⁴

Para los seguidores de este sistema, el método aplicable es el jurídico, para indagar el contenido del derecho penal positivo, y el método experimental en la investigación criminológica.

En el Código Penal Alemán de 1871, se tiene al delito como "la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición, nace la investigación de Liszt y de su método naturalístico recibe el nombre este sistema al definir al delito como "un comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior y que dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior".⁴⁵ Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado.

Se reconocen determinados fundamentos a este sistema, debido principalmente a su método sistemático, analítico y científico en la investigación del delito, comienza a hablar de cada uno de los elementos de éste.

Liszt menciona que la acción nace de un movimiento corporal que es un proceso y que va a producir un cambio en el mundo exterior, lo que al final es un movimiento causal, la conducta del sujeto lleva implícito un hacer voluntario y antes punto la acción es por ende también voluntaria.

Se comprende del sistema causalista, que la voluntad tiene dos caracteres: uno interno, contenido de la voluntad; y otro externo, la manifestación de la voluntad, en esta escuela es, el sentido que es de interés, es la fase externa, la

Algunos autores la consideran en una posición intermedia entre las teorías causal y final, serán, para esta teoría, acciones con relevancia penal, las que perturben el orden social. Véase, López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, op.cit, p. 17

⁴⁴ Ibídem, p. 9

⁴⁵ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, decimonovena edición, editorial Porrúa, México, 2015, p.5

manifestación, el resultado de la voluntad, ya que en la interna se encuentra otro nivel, es decir, el motivo de esta investigación, la culpabilidad, donde debe analizarse el contenido de la voluntad, si es dolosa o culposa.

El segundo elemento del delito, para la teoría causalista, es la tipicidad, debiéndose el concepto al jurista alemán Ernesto Beling, quien en el año 1906 publicó su teoría de la tipicidad y el tipo.⁴⁶ La finalidad de la teoría de la tipicidad y del tipo fue, que sirviera como un instrumento técnico que podría servir para garantizar el principio de legalidad, de ahí la primicia de derecho que conocemos del latín, *nullum crimen, sine lege*.

Principio que encontramos especificado en nuestra Constitución Política Mexicana en el artículo 14 y que se vuelve garantía constitucional cumpliendo así la finalidad por la que fue creado, dicho precepto menciona: “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”.

De tal forma, que las ideas de Beling fueron que la conducta encuadrara en el tipo, para tenerla como típica y de esta manera se comprende que el tipo es la descripción de una conducta delictiva, sin embargo si se busca conocer que esta conducta es contraria a la norma, se estaría entrando a una área valorativa que de acuerdo con Beling, pertenece a la antijuricidad, y que en este sentido excede el campo de la tipicidad. Aún más, si esa conducta se tratare de hacer reprochable al sujeto, se trataría directamente el tema de la culpabilidad.⁴⁷

De lo anterior debe rescatarse el hecho de que como nos señala Beling, se trata de temas diferentes el hablar de tipo y de norma, es decir, en el aspecto de que se trate de someter al sujeto a la norma, dependiendo de la conducta realizada por éste. En resumen, debe comprenderse que mientras el tipo describe, la norma valora y que de la misma manera se debe hacer una

⁴⁶ Luna Castro, José Nieves, El concepto de tipo penal en México, un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación actual, cuarta edición, editorial Porrúa, México, 2008, p. 5

⁴⁷ *Ibidem*, p. 9

separación entre la tipicidad y la culpabilidad, ya que una se refiere al dolo y la culpa, y el otro no, en este sentido, la tipicidad no lo hace.

El penalista alemán Ernesto Mayer, sería quien desarrollaría en su “Tratado de Derecho Penal” de 1915⁴⁸, la separación de la tipicidad de la antijuricidad, denominando a ésta fase como indiciaria, donde la tipicidad deja de ser descriptiva y se considera indiciaria de la antijuricidad, es decir, Meyer considera necesaria la separación de estos elementos, sin embargo, asigna a la tipicidad el conocimiento de la antijuricidad.

Beling considera que el tipo es “una suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito”⁴⁹, por lo que más adelante Beling dejaría de verlo como especie delictiva y lo denominaría “imagen rectora”, compuesta por la pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que pueden desprenderse de la descripción legal y que a su vez pueden ser objetivos, como la antijuricidad, o subjetivos, como aquellos referentes a la culpabilidad.

El tipo pasa a ser “una “imagen rectora” que preside cada especie delictiva, mientras que la tipicidad sería una adecuación a la “imagen rectora” y no a la especie delictiva, sin embargo, hablar de tipo y tipicidad resulta un tanto cuanto confuso, por lo que Orellana Wiarco, hace referencia a la obra de Márquez Piñeiro “El Tipo penal”, donde hace una distinción entre tipo, juicio de tipicidad y la tipicidad propiamente dicha: “El tipo es una figura de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que, sobre una conducta, se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de este juicio”⁵⁰

De este modo, la culpabilidad era el aspecto subjetivo del delito y era considerada por este sistema como la “relación psíquica existente entre el sujeto y

⁴⁸ Jiménez de Asúa, Luis, teoría del delito, IURE editores, México, 2006, p. 29

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ibídem, p.20.

el hecho realizado, esto es, cuando el sujeto imputable ha cometido el hecho dolosamente o culposamente”, de acuerdo con Gallas.⁵¹

En cuanto a otro elemento del delito que es la antijuricidad, en el sistema causalista, Jiménez de Asúa, menciona que la antijuricidad, provisionalmente puede decirse que es lo contrario a derecho. Por lo tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario a derecho.

Sin embargo, de lo anterior se desprende que el autor español no da un concreto concepto sobre lo que es contrario a derecho, por que denota que para este tratadista, como para algunos otros es difícil otorgar una definición que interprete y contenga todos los elementos específicos de la antijuricidad, por lo que en forma de sinónimo, algunos doctrinarios la ven como lo injusto.

En contrario a lo anterior, el italiano Petrocelli y el argentino Ricardo C. Noñez, entre otros, ven correcto usar los términos de antijuricidad, ilicitud, injusto y entuerto, indistintamente. Mientras que Kelsen y Faustio Ballvé, plantean que el término incorrecto sería el de ilícito, ya que piensan que “ilicitud” es el comportamiento contrario al comportamiento jurídicamente obligatorio, y la antijuricidad es la lesión no solo al deber jurídico, sino también al bien jurídico tutelado por la norma jurídica.⁵²

De esta forma la antijuricidad, como lo indica Schunemann, “constituía un cuerpo extraño de naturaleza normativa en el seno del sistema naturalista”.⁵³Es en este sentido, donde entra el campo de la valoración, de lo normativo, tomando en cuenta que se definía como la oposición formal de la causación del resultado con la ley.

El penalista mexicano Sergio Vela Treviño, con base en una exposición sistemática de los temas previstos, señala a la antijuricidad como “el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente

⁵¹López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, decimonovena edición, editorial Porrúa, México, 2015, p. 69.

⁵²Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito, op.cit, p. 25.

⁵³ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, op.cit, p. 69

entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado”.⁵⁴

Con base en lo anteriormente expuesto, se puede referenciar que la antijuricidad es un elemento del delito que ha sido, a lo largo del tiempo un tema difícil de definir, en el que los penalistas y tratadistas penales concuerden ampliamente.

La culpabilidad es uno de los hallazgos fundamentales de la teoría del delito. Esta aparece en el esquema del maestro Jiménez de Asúa quien lo coloca justo a continuación de la antijuricidad, presuponiendo a la culpabilidad, la imputabilidad del sujeto.⁵⁵

El sistema causalista se divide en otras teorías que son importantes para el estudio de la culpabilidad, que son la teoría normativista y la psicologista. El psicologismo y el normativismo causalistas, al analizar el contenido de los elementos del delito, estiman de naturaleza objetiva a la acción, a la tipicidad y a la antijuricidad. Y mientras el psicologismo causalista le asigna a la culpabilidad un carácter puramente subjetivo.

1.3.1 Teorías Psicologista y Normativista

Para el estudio de la culpabilidad, se considera a otro elemento del delito, que es el nexo causal, que es lo que uno al sujeto con su acto.

La culpabilidad con base psicológica, consiste en el nexo psíquico entre el sujeto y su conducta o el resultado material de la misma, según se tratara de un delito de conducta o de resultado. Por lo que para la teoría psicologista, la culpabilidad existe en cuanto existe el nexo psicológico.⁵⁶

Para Bettiol, “el vínculo psicológico que une un evento a un sujeto agente, puede ser de este modo doloso o culposo; doloso cuando éste ha sido previsto y querido; culposo cuando el evento no querido, fue previsto o era por lo menos

⁵⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito, op.cit, p. 26

⁵⁵ Ibídem, p. 39.

⁵⁶ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, op.cit, p. 12.

previsible”.⁵⁷ Significando entonces que la concepción psicológica de la culpabilidad se basa, sobre un vínculo de carácter meramente subjetivo que une un hecho con su autor, utilizando los límites del dolo o de la culpa.

Se encuentra en este aspecto que la teoría psicologista de la culpabilidad, se encuentra en un ámbito naturalista, en un “deber ser” del derecho penal y de la teoría del delito, por lo que se cree es incapaz de adecuarse a la casuística de las situaciones, para valorarse hasta qué punto, podría surgir un juicio de reproche, ya que una de las críticas al psicologismo es su falta de precisión ante la culpa, ya que en esta no existiría un nexo psicológico.

Las problemáticas alrededor de la culpabilidad, son bastante amplias, por lo que es necesario conocer con exactitud sus elementos y con ello los alcances que tiene o debe tener en la norma jurídica para hacer reprochable las fallas al sujeto, la amplitud de dichos elementos se estudiara más adelante.

Sin embargo, con base en lo anterior, se encuentra uno de los puntos de la teoría normativista, ya que mientras la teoría psicologista, tiene su fundamento de la culpabilidad en el nexo psicológico que hay entre el sujeto y su conducta o el resultado material; la teoría normativista busca que la culpabilidad sea un elemento de reprochabilidad.

Es decir que el normativismo causalista, pasa a dar a la culpabilidad, un contenido subjetivo- normativo, de si el sujeto tuvo el fin que implica el tipo penal o actuó culposamente y con la conciencia de la antijuricidad de su conducta y pudo actuar de otro modo.⁵⁸

En la teoría normativista, el dolo y la culpa van a constituir un elemento de la culpabilidad, mientras que para el psicologismo fueron presupuestos. En la corriente normativa, la culpabilidad es un juicio de reproche, ya que este elemento del delito es reprochabilidad en sí, es decir, un sujeto es reprochable, porque es culpable y dicho reproche es solo la reacción social y jurídica relacionada con el

⁵⁷ López Betancourt, Eduardo, Introducción al derecho penal, decimoctava edición, editorial Porrúa, México, 2014, p.150

⁵⁸ Berchelmann Arizpe, Antonio, Derecho Penal Mexicano: parte general, editorial Porrúa, México, 2004, p. 939.

resultado por el delito cometido, siempre que se encuentren todos sus elementos constitutivos.

1.4 Sistema Finalista

La teoría finalista de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del derecho penal desde principios de siglo, así lo menciona el jurista Hans Welzel, quien es reconocido como el padre del finalismo.⁵⁹

Welzel acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad. Se preocupa en fundamentar la teoría finalista no solo en el plano de la concepción de los elementos del delito, sino también en el propio derecho penal, cuando dice que *“la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social, y solo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares”*.⁶⁰

El fundador del finalismo, se refiere a que detrás de cada mandato o prohibición, se encuentran los deberes elementales, a los que llama ético-sociales y cuya vigencia se asegura, dando una pena a la lesión de dichos deberes, pero la pena debe dirigirse solo a la protección de aquellos deberes ético-sociales básicos, como la vida, la libertad, el honor, entre otros.

La determinación de los deberes ético-sociales, deviene en una importancia muy grande para este autor, debido a que el derecho penal se ha convertido en un sistema totalitario y opresor de los individuos, un ejemplo fue el nacionalismo alemán de la época nazista, que se apropió de los términos, “nacional” y “social”, dándoles una proyección política que atentaba contra los deberes ético-sociales, lo que derivó en la política criminal del nacionalismo.⁶¹

⁵⁹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista, vigesimoprimera edición, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 81.

⁶⁰ Jiménez de Asúa, Luis, teoría del delito, IURE editores, México, 2006, p. 82.

⁶¹ Ídem.

El sistema finalista se desarrolla principalmente en Alemania, de 1928 a 1962; utilizaba el método analítico⁶², y algunas de las ideas expuestas por esta teoría son: la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito, es decir, que el legislador, debe partir de los conceptos de acción, antijuricidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales.

En el tema de la culpabilidad, la teoría finalista de la acción, refiere que el legislador debe partir de que la misma, es reprochabilidad, dirigida al sujeto que no motivó su conducta de acuerdo a la exigencia de la norma, siendo que conocía o pudo conocer la antijuricidad de la misma. El legislador debe, entonces, con base en esta estructura, seleccionar un grado de reproche, así puede reprochar una acción no solo a título doloso, sino también culposo, pero siempre y cuando se haya apoyado en la estructura de la culpabilidad.⁶³

Como una crítica hacia esta idea del sistema finalista, Claus Roxin, alega, que:

“El legislador es libre en sus elaboraciones conceptuales y regulaciones. Existe ciertamente una ley causal a la cual ningún legislador en el mundo puede añadir o quitar algo, pero no existe ninguna estructura final previamente dada... es el tipo el que, como producto y creación del legislador, configura el concepto de finalidad. Por ello ninguna finalidad puede colocarse más allá del tipo”.⁶⁴

En este sentido, es difícil conceder que el legislador se someta en sus decisiones y creaciones, a la estructura de la teoría del delito, sin embargo es

⁶² Medina Narváez, José Ángel, Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2016, p.105, p.41.

⁶³ Jiménez de Asúa, Luis, teoría del delito, IURE editores, México, 2006, p. 331

⁶⁴ Roxin, Claus, Teoría del delito en la discusión actual, segunda edición, editora jurídica Grijley, 2013, p. 32

importante que las mismas, sean coherentes tanto en la teoría como en la práctica, y debido a esa necesidad, el derecho penal se ve en constante observación.

Como se mencionaba anteriormente, para la teoría finalista, la acción no es solo un proceso voluntario causal dependientes de la voluntad, sino que por su propia esencia es un ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal, teniendo mediante un plan y la utilización de recursos, la guía para conseguir determinada meta.

Se tienen como bases fundamentales en las que se orienta el finalismo, a las siguientes⁶⁵:

a) La conducta es un hacer voluntario final: por lo que la conducta es óptica y jurídico-penalmente la misma.

b) La acción se concibe como ejercicio de la finalidad, así toda acción es acontecer finalista y no causal, la acción es predeterminación de cursos causales.

c) El tipo es mixto: subjetivo y objetivo.

d) La tipicidad surge como consecuencia de la concreción de los elementos del tipo penal objetivos y subjetivos y se ubica a la acción dentro del concepto de tipo penal y la misma suerte siguen el dolo y la culpa.

e) Separa el dolo de la antijuricidad e introduce los supuestos de error de prohibición y de tipo.

f) La culpabilidad, el concepto de imputabilidad desaparece y se establece como contenido de la culpabilidad (básicamente el juicio de reproche).

De lo anterior se debe profundizar en los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos. Los elementos objetivos del tipo, se refieren a las condiciones

⁶⁵ Medina Narváez, José Ángel, Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2016, p.105, p.41

externas o jurídicas de naturaleza objetiva que son esenciales, por ejemplo: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado, la acción u omisión, el resultado típico (en los delitos de resultado), los elementos normativos y las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.⁶⁶

Mientras que los elementos subjetivos son aquellos que atienden a las condiciones de la finalidad de la acción, es decir, el dolo y en ocasiones el ánimo o tendencia del sujeto activo.⁶⁷

Por lo tanto, a falta de alguno de los anteriores elementos, se encuentra en una situación de atipicidad, y en el estudio de la atipicidad, la teoría funcionalista, da vida al denominado error de prohibición, el cual nace del estudio de la culpabilidad.

El error de tipo, menciona Wiarco, existe debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa; ahora bien, si el error es vencible, es decir, si el sujeto activo, pudo prever o cuidar lo exigible a la generalidad, debió superar el error de prohibición, en este caso, queda subsistente la culpa, mas no el dolo.⁶⁸

En el sistema funcionalista, se acepta generalmente que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, es decir acepta que la culpabilidad es fundamento de la pena y así mismo un límite para la misma. En este sentido, Claus Roxin se vuelve un gran aportador de este pensamiento con su “Teoría de la Pena”, principalmente con la finalidad de la pena que en su pensamiento es la de resocializar al sujeto que incurrió en un acto delictivo.

En cuanto a que la culpabilidad funge también como un límite a la pena, Roxin menciona:

“que el principio de la culpabilidad exige, que se determine con claridad el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de

⁶⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista, vigesimoprimer edición, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 99

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ibídem, p. 103.

analogía en contra del reo, y que el grado de culpabilidad sea también la limitante máxima para un grado de pena”.⁶⁹

En lo que se refiere el autor, anteriormente citado, se encuentran los principios máximos del Derecho Penal, en cuanto a que se determine claramente la tipicidad, se refiere a que si no se encuentra bien establecida la conducta típica o el tipo en la norma y los hechos cometidos por el sujeto, no encuadran en la misma, no existirá pena, en el aspecto de no dar efecto retroactivo y exclusión de la analogía contra el reo, se está en presencia de que no se impondrán sentencias por analogía ni mayoría de razón, así como el efecto retroactivo no aplica si perjudica al reo. Finalmente en el sentido de que el grado de culpabilidad será también el determinante máximo para el grado de la pena, es el principio que lleva a la separación y clasificación de los tipos y grados de pena, hasta la más grave en la actualidad, que es la privativa de la libertad.

Para entender mejor la complejidad que representa la culpabilidad en el Derecho penal actual, es necesario comprender que ésta tiene diferentes concepciones, es decir, que mediante las teorías antes expuestas, se ha tomado, a lo largo del tiempo que la culpabilidad se determinaría dependiendo los factores que fueran influyentes desde el punto de vista de cada sistema o escuela penal.

Uno de los tópicos relacionados con la culpabilidad, como lo refiere el positivismo, es la culpabilidad del autor, un concepto que se conoció también como la peligrosidad del sujeto que cometió un delito. Este tipo de culpabilidad, aceptada por los positivistas, significaba que el acto delictivo representaba la personalidad del sujeto y por ello, el objeto a juzgar no es el hecho sino el autor. Sin embargo a los ojos de muchos penalistas, esta postura de la peligrosidad solo demostraba el abuso del poder imperativo del Estado al encontrarse, muchas veces con medidas de seguridad más severas que las penas mismas y esto basándose en una pretensión de peligrosidad del sujeto.

⁶⁹ Roxin, Claus, Teoría del delito en la discusión actual, segunda edición, editora jurídica Grijley, 2013, p. 40

De lo anterior se desprende ahora, la culpabilidad por el hecho o el acto, en este tipo de búsqueda de la culpabilidad, se tiene que establecer que el acto el hecho imputado, encuadra perfectamente en el tipo y que dicho tipo se establece en la norma, por lo que dependiendo de ese supuesto, se determinará la culpabilidad, esta postura representa al principio general del derecho penal, “*nullum crimen, sine lege, sine poena*”⁷⁰

En un principio se tiene que la culpabilidad en sí misma es reprochabilidad, aunque la reprochabilidad difiera también para cada teoría, el debate entre las escuelas clásica y positivista es que, para la primera, el hecho de que se encuentre reprochabilidad a un sujeto implicaría que es un “ser libre” y que la misma libertad le ha permitido actuar de tal o cual manera. Sin embargo la segunda escuela se rehúsa a que la voluntad del sujeto implique únicamente la reprochabilidad y por ello abraza la idea de la determinación.

Es tanta la diferencia entre estas escuelas que los positivistas se resisten a aceptar la idea del “libre albedrío” que en resumen es el pensamiento de los clásicos, mismo que determinaría la responsabilidad como un sinónimo de reprochabilidad, para los positivistas no hay manera científica de demostrar la existencia del llamado “libre albedrío” por lo que en consecuencia, la culpabilidad tampoco existe.

De la postura normativa adoptada por Liszt, la culpabilidad corresponde a la “relación anímica del autor con el resultado”⁷¹ dicha postura es la que ha sido imposible de sostener debido a la problemática que surge de los llamados elementos del injusto, la culpa inconsciente, la tentativa, entre otros, por lo que se llegó a desechar la culpabilidad con una base estrictamente psicológica y aparece la teoría “normativa de la culpabilidad”.

⁷⁰ López Betancourt, Eduardo, Introducción al derecho penal, decimoctava edición, editorial Porrúa, México, 2014, p. 114

⁷¹ Ibídem, p. 116

Para la teoría finalista de la acción penal, la culpabilidad es estricta, pero indiscutiblemente un juicio de reproche a la acción finalista típica, se coincide con Frank en que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa.⁷²

Sin embargo, en la teoría finalista se separa el dolo de la culpabilidad y se mantiene al mismo en el tipo, teniendo entonces que para esta teoría, la culpabilidad como reproche y al mismo tiempo como valoración, y al dolo como un objeto de valoración. Por lo que señala Welzel: “que la culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor”.⁷³

En la teoría finalista, se comprende que la culpabilidad es, en efecto, un elemento principal del delito y por ende debe existir el aspecto de su investigación antes de proporcionarse una pena.

1.5 Sistema Funcionalista

1.5.1 Concepto de Funcionalismo

Por funcionalismo se entiende el conjunto de hechos fisiológicos o de otra índole que se producen o suceden en un organismo, un aparato o sistema.⁷⁴

En términos sociológicos, el funcionalismo nace en Inglaterra en 1930 y se desenvuelve como una escuela social que busca obtener el conocimiento con relación al “otro”. El funcionalismo estudia a la sociedad sin tener en cuenta su historia; estudia a la sociedad tal y como la encuentra, intentando comprender como cada elemento de la sociedad se articula con los demás, formando un todo y ejerciendo una función dentro de esa sociedad.⁷⁵

⁷²Ibídem, p. 117

⁷³Ibídem, p. 119

⁷⁴Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del delito, editorial Porrúa, vigesimoprimer edición, México, 2013, p. 165

⁷⁵Véase, <http://www-01.sil.org/training/capacitar/antro/funcionalismo.pdf> consulta del 18.09.16.

Se le denomina también al funcionalismo, una corriente del pensamiento, se conoce como uno de sus principales precursores, al autor Bronislaw Malinowski en el campo de la sociología antropológica.⁷⁶

A los comienzos del funcionalismo suele asociarse el nombre del sociólogo francés Emile Durkheim, quien es reconocido como el padre de la sociología. Su actitud metodológica partía de una exigencia de objetividad, misma que expresaba en el tratamiento de los hechos sociales como “cosas”. Durkheim consideraba que una comprensión de los fenómenos solo podía derivar de su tratamiento objetivo. Plantea que el sociólogo debe primero investigar la “causa” del fenómeno y en segundo lugar su “función”. Sin embargo este autor declaraba que “hacer ver para qué es útil un hecho, no es explicar cómo ha nacido ni cómo es lo que es”⁷⁷

De lo anterior se desprende que el funcionalismo es una corriente que nace del pensamiento sociológico, el cual intenta conocer los fenómenos sociales por su función, es decir, por la utilidad que tienen en el entorno de la sociedad o en caso distinto, conocer como perjudican para poder sanarlos.

En la materia de estudio del presente trabajo de investigación, se tiene que el funcionalismo participa como un sistema penal, reflejándose esta postura en las ideas del criminólogo italiano Alessandro Baratta, quien distingue entre la sociología criminal y la sociología jurídico-penal.⁷⁸

La sociología criminal estudia el comportamiento desviado con significación penal, su génesis y su función dentro de la estructura dada, mientras que la sociología jurídico-penal estudia propiamente los comportamientos que representan una reacción ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de dicha reacción, así como las implicaciones funcionales de la misma dentro de la estructura social global.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Véase https://www.ecured.cu/Emile_Durkheim consulta del 18.09.16

⁷⁸ Baratta, Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, editorial Siglo XXI editores, 5ª edición, México, 1998, p. 15.

1.5.2 La sistemática funcionalista

En el derecho penal así como en la teoría del delito ha surgido un sistema denominado funcionalista o funcionalismo, la cual es una de las principales corrientes dogmáticas de esta ciencia. El funcionalismo se ocupa, como su nombre lo dice, de la política criminal que se desenvuelve en el campo del derecho punitivo.

Para Claus Roxin, el funcionalismo es un sistema que viene a superar los planteamientos que en su momento fueron útiles del finalismo de la acción que representaba Welzel. Roxin tiene la certeza de que el finalismo superó al causalismo, sin embargo, tampoco es del todo satisfactoria, ya que no resuelve dentro de su estudio la *función* que debe desempeñar la Política Criminal.

Con relación a la Política Criminal⁷⁹ de Roxin, ésta es una disciplina que se encuentra muy cerca de las realidades sociales y en específico de las realidades de la criminalidad al mismo tiempo que debe relacionarse con los hechos facticos del delito (que se materializa con las conceptualizaciones como tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). La culpabilidad en el sistema funcionalista tendrá su cometido en la justificación de la pena. Roxin señala al respecto que “el fin de la pena es exclusivamente la prevención y ciertamente tanto la prevención general como la especial...”.⁸⁰ Esto debe significar que la pena no debe tomarse en su aspecto de prevención con el sinónimo de intimidación, sino que la sociedad vea que sus bienes jurídicos y su seguridad se encuentran protegidos.

Se debe pugnar porque la pena se tome en realidad desde un punto de vista resocializador y no como un castigo, en este sentido, Roxin admite que existe una problemática de aspecto económico para lograr que la política criminal de carácter *preventivo resocializador* se encuentre del todo afianzada. Debiéndose lo anterior a que las instituciones que deben encargarse de resocializar al delincuente no

⁷⁹ Roxin, Claus, Teoría del delito en la discusión actual, segunda edición, editora jurídica Grijley, 2013, p. 48

⁸⁰ *Ibíd*em, p. 52

cuentan con los instrumentos y el personal necesario y especializado que se requiere.

1.5.3 La culpabilidad en el sistema funcionalista

El sistema funcionalista reconoce que ha heredado del sistema finalista, las concepciones de que la acción típica o es dolosa o es culposa y rechaza la división de elementos en objetivo y subjetivo. Sin embargo apoya el pensamiento de que la acción u omisión, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad si se encuentran en aspectos objetivos y subjetivos.

El funcionalismo difiere del finalismo en cuanto a la forma de entender la teoría del delito y esta diferencia se encuentra marcada en la culpabilidad.

La culpabilidad para el sistema funcionalista, debe fundarse, en la necesidad de imponer una pena cuando se *“esté siempre en situación de demostrar que es necesaria para alcanzar una soportable convivencia social”*⁸¹

La culpabilidad según los funcionalistas, venía cumpliendo con dos funciones de carácter práctico; una que justificaba la aplicación de la pena en un sentido retribucionista, es decir justificaba la aplicación de un mal adecuado por la causación del daño producido, sin embargo esta función es desechada al mismo tiempo por los mismos pensadores del funcionalismo, debido a que no cumple con lo que la política criminal establece que es la resocialización del individuo.

La otra función de la culpabilidad consiste en que sirve como límite de la pena y por ende como límite al poder punitivo del Estado, esto quiere decir que el individuo no podrá ser acreedor a una pena que vaya más allá de su culpabilidad y el Estado, aun teniendo el poder punitivo debe limitarse a conocer la culpabilidad para justificar la pena.

⁸¹ Gimbernats Ordeig, E., citado por Roxin, Claus, Teoría del delito en la discusión actual, segunda edición, editora jurídica Grijley, 2013, p. 58

Sin embargo, la problemática de la culpabilidad continúa siendo un tema muy debatido aún en la actualidad, debido a que a lo largo del tiempo, múltiples pensadores han tenido a bien denostar el concepto de culpabilidad y cambiarlo por el de *responsabilidad*⁸², pero a pesar de estas objeciones, se ha continuado en muchos sistemas jurídico-penales, con el elemento del delito que es la culpabilidad y por la cual, el juez debe comprobar en la comisión de un delito, no solo la tipicidad y la antijuricidad del acto u omisión, sino también la culpabilidad del sujeto para una correcta aplicación de la pena.

En sentido estricto, surgen las tesis funcionalistas en favor de corregir algunos desaciertos del sistema finalista, en específico algunos que ya se han descrito y que refieren directamente a la culpabilidad. Las tesis funcionalistas consisten en orientar la dogmática a la función social del derecho penal y recurrir a las finalidades político-criminales. Finalmente en opinión del maestro López Betancourt, las tesis funcionalistas que no constituyen sistemas, han sido formuladas por Gunther Jakobs, quien recurre a los fines del derecho penal en general; y la denominada Escuela de Roxin, que relaciona los elementos del delito a los fines de la pena.⁸³ Sin embargo ambos juristas han aportado en materia doctrinaria, los elementos necesarios para la comprensión de la teoría del delito, conocimientos que se ven reflejados en los sistemas antes estudiados y por ende aplicados en los códigos penales y procedimentales.

1.5.4 EL concepto funcionalista de la culpabilidad (Günther Jakobs)

Jakobs ha desarrollado un “concepto funcional de culpabilidad”, que entiende a la culpabilidad como una atribución preventivogeneral. Para este autor la culpabilidad es funcional. “solo el fin dota de contenido al concepto de

⁸² Muñoz Conde, Francisco, Teoría general del delito, editorial Temis, segunda edición, México, 2008, p.37

⁸³ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, decimonovena edición, editorial Porrúa, México, 2015, p.78

culpabilidad”⁸⁴ y ve este fin en la prevención general y concretamente entiende a la “prevención general no en el sentido de la intimidación, sino de ejercicio en la fidelidad al Derecho”.

Menciona que el fin rector y determinante de la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el ordenamiento, misma que fue perturbada por la conducta delictiva. Añade por tanto, que la capacidad de culpabilidad o imputabilidad no es por tanto algo que existe o no y que en consecuencia haya que constatar empíricamente, si no que se rige bajo el siguiente“. La autonomía se atribuye como capacidad en el caso que resulte funcional, y solo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera”⁸⁵

En un mismo orden de ideas Jakobs realizaba una conjetura entre la similitud que tenían teóricamente la culpabilidad y la “imputación objetiva”. El comienzo de esta teoría tiene como precedente la filosofía idealista del derecho, cuyo máximo expositor es Hegel. Para quien la imputación objetiva significaba “cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto”⁸⁶. Sin embargo la teoría ha ido evolucionando por lo que al tomar una corriente causalista, ahora el contexto de análisis fue el de determinar si el autor había causado la lesión al bien jurídico mediante una conducta corporal voluntaria en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non*.

Como se ha mencionado en párrafos anteriores Jakobs defendía que la función de la pena o la sanción era la reposición de la confianza en la norma. Siendo que para el autor alemán, el bien jurídico penal es siempre vigencia efectiva de la norma y ese concepto puede derivar del pensamiento de Welsel: “más esencial que la protección de los bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia de los valores de acción de la actitud jurídica”⁸⁷. Por lo que

⁸⁴ Roxin, Claus, *Derecho penal parte general*, editorial Civitas, primera edición alemana y traducción española, 1997, p. 805.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ Véase:

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_35.pdf

⁸⁷ Llor MSc., Eduardo Franco, “Estudio de la teoría de la imputación objetiva en derecho penal”, Revista jurídica online, 2011

para este autor, la imputación objetiva cumple una función primordial que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así se faculta el constatar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo.

Menciona este autor que esta teoría se divide en dos niveles: 1) la calificación del comportamiento (imputación objetiva del comportamiento); y 2) la constatación- en el ámbito de los delitos de resultado-y ese resultado producido queda explicado por el comportamiento objetivamente imputable. Jakobs lo explica de la siguiente manera:

“Lo que caracteriza el comportamiento humano, jurídico- penalmente relevante no es que se lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, esto también se produce por catástrofes naturales, animales, etc., sino su significado. Este significado ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda en este sentido, de modo objetivo; pues solo entonces las conclusiones alcanzadas resultaran comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual. Los fundamentos de esta interpretación, es decir la averiguación y fijación de lo que significa un determinado comportamiento, desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva”.⁸⁸

Sin embargo, existe una diferencia con la que se han de separar sus concepciones de la culpabilidad y la imputación objetiva, cuando Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el *juicio de tipicidad*⁸⁹. Estas instituciones son 1) el riesgo permitido, 2) el principio de

http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/04/29_217a264_estudiodelateoria.pdf. 12/05/17

⁸⁸ *Ibídem*, p. 239. Citando a Jakobs por su obra *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, editorial Marcial Pons, 1997.

⁸⁹ La teoría de la imputación objetiva surge del pensamiento causalista y evoluciona hacia los delitos de resultado, siempre llevando como parte especial de estudio, “la tipicidad”, el tipo penal y como se puede encuadrar el comportamiento y el resultado de este, en el supuesto delictivo. Por lo que en lo que se refiere a la culpabilidad, no debe existir un punto de comparación, ya que

confianza, 3) Prohibición del regreso; y 4) actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima.

4. Los elementos de la culpabilidad y su aplicación

1.4 Concepto de culpabilidad

En la teoría del delito y los sistemas jurídico-penales que la componen se trata el elemento de la culpabilidad como parte del delito, en los temas que anteceden se menciona brevemente la definición que cada sistema y teoría hace de la culpabilidad.

Franz von Liszt observa que la culpabilidad en el más amplio sentido, “es la responsabilidad del autor por el acto antijurídico realizado”.⁹⁰ Este juicio de culpabilidad expresa el efecto injusto que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del infractor.

En este sentido y tratando de hacer un análisis que deje el concepto del profesor Liszt en claro, Jiménez de Asúa menciona que dicho concepto se refiere un aspecto procesal de la culpabilidad, es decir, que la culpabilidad procesalmente concebida, no es otra cosa que la responsabilidad.

Para Jürgen Baumann, la culpabilidad es la manifestación más oscura y discutida no solo en el derecho penal, sino en otros ámbitos del derecho y de la vida. Mencionaba que a menudo se emplea la expresión “es culpable” o “el tal tiene la culpa”, pero quienes acusan tienen ideas muy poco claras de la especie de su reproche, Baumann cuestiona, ¿la culpabilidad es algo que corresponde a, A o B y se sitúa en él, o es la simple relación entre A y su conducta o tan solo el

la equivalencia doctrinaria la tienen la tipicidad y la culpabilidad como elementos y categorías del delito.

⁹⁰ Citado por Jiménez de Asúa en Jiménez de Asúa, Luis, Teoría del delito, IURE editores, México, 2006, p. 331

juicio sobre la forma de esta relación?⁹¹ estas cuestiones se presentan a propósito del concepto penal de la culpabilidad. Mientras que el principio de *nulla poena sine culpa* es inteligible. Por lo que el concepto de culpabilidad continúa siendo oscuro y objeto de polémicas.

Según el concepto psicológico de la culpabilidad, ésta es “la relación psicológica entre el autor y su hecho. En consecuencia la culpabilidad era algo que solo existía en el autor y que además se extinguía en una relación interna frente a la acción. Sin embargo la postura psicologista no se utiliza en la conceptualización de la culpabilidad en la actualidad, pero no significa que no haya dado pauta históricamente para adaptarla a la norma.⁹²

El concepto normativo ve en la relación entre el autor y su hecho tan solo un elemento de la culpabilidad. De acuerdo con este criterio también debe corresponder a la culpabilidad un elemento valorativo, es decir, normativo: la reprochabilidad de la conducta del autor. Entonces se tiene que “culpabilidad es la relación reprochable entre el autor y el hecho cometido por él y se integra por los elementos del dolo o de la culpa y el de reprochabilidad.⁹³

Weber vincula “el poder” con la esencia de la culpabilidad y conforme a esta, fórmula: “obra culpablemente quien se conduce antijurídicamente pudiendo haberlo hecho de manera jurídica”.⁹⁴ En este sentido, Weber sostiene que el “poder” referido a la culpabilidad, no se vincula solo a un concepto de libertad, sino más bien al de exigibilidad, lo que complementa un concepto normativo de la culpabilidad al agregarle el sentido reprochable.

De lo anterior se desprende que a pesar de ser un concepto sin una definición clara universal, las teorías psicologista y normativista dieron pauta para

⁹¹Baumann, Jürgen, Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema, tercera edición, ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 206

⁹² Ídem.

⁹³ Ibídem, p.208

⁹⁴ Jiménez de Asúa, Luis, Teoría del delito, IURE editores, México, 2006, p. 362

que las legislaciones que ahora establecen los elementos del delito y los reconozcan, consideren también la culpabilidad como uno de estos.

1.6 Presupuestos y elementos de la culpabilidad

Jiménez de Asúa define que la culpabilidad en un juicio de reproche y espacio de individualización, es “el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”. Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.⁹⁵

Menciona Carrancá y Rivas, que el nexo intelectual y emocional, son en efecto presupuestos de la culpabilidad, el nexo intelectual se vincula a la norma, a la normatividad, mientras que lo emocional a la psique del sujeto.

Se tiene entonces que, lo intelectual y lo emocional; son presupuestos de la reprochabilidad o como se mencionaría actualmente, la imputabilidad del sujeto,⁹⁶ teniendo en cuenta que el juez debe hacer, antes de declarar la existencia de culpabilidad, un juicio de valoración, lo cual queda en poder de sus funciones intelectuales y de criterio.

Señala Baumann que el examen corriente de la culpabilidad, comienza con la capacidad de la culpabilidad (imputabilidad), después deben analizarse o estudiarse los elementos generales de la misma que son el dolo y la culpa, para después hacer una investigación de sí el juicio de reproche hecho al sujeto, debería o no desaparecer en virtud de las causas especiales excluyentes de la culpabilidad.

Por lo que los elementos de la culpabilidad de acuerdo con Baumann son los siguientes:

⁹⁵ Carrancá y Rivas, Raúl, Filosofía del derecho penal, editorial Porrúa, México, 2009, p. 111

⁹⁶ Baumann, Jürgen, Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema, tercera edición, ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 208

- a) La relación del autor frente al hecho que ha cometido (lo que se reprocha, dolo o culpa);
- b) La capacidad de la culpabilidad (imputabilidad) (la posibilidad de valorar);
y
- c) La falta de causas de exclusión de la culpabilidad (la posibilidad del autor de acuerdo con su valoración).⁹⁷

1.6.1 Dolo

En tal situación, lo primero es analizar el elemento del dolo. Carmignani definió el dolo como “el acto de intención más o menos perfecta, dirigida a infringir la ley, manifestándose en signos exteriores”.⁹⁸

Para los positivistas, el dolo requiere para su existencia de: voluntad, intención y fin. Jiménez de Asúa piensa:

“dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.⁹⁹

De lo anterior se desprende que este concepto abarca los elementos que deben considerarse para la existencia del dolo, comenzando con el ánimo, la voluntad, la intención y la iniciativa de cometer el acto ilícito.

⁹⁷ Ibídem, p. 212

⁹⁸ López Betancourt, Eduardo, Teoría del delito, decimonovena edición, editorial Porrúa, México, 2015, p.216

⁹⁹ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de derecho penal, la ley y el delito, cuarta edición, editorial Sudamericana, Ed Abeledo Perrot, México, 2005, p. 53

De Marsico expone que el dolo es “la expresión culminante de la señoría de la voluntad del hombre sobre su propia conducta”¹⁰⁰ mientras que Maggiore resume en sí “el máximo contenido de voluntad que la conciencia ética ha infundido en el Derecho penal.”¹⁰¹

La esencia del dolo, menciona Alberto Arteaga, radica pues, en la intención. Y ésta, como lo señaló Carrara, surge del concurso del entendimiento y de la voluntad y se define, en general, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito.¹⁰²

De lo anterior se debe comprender que el dolo es, en todo sentido el elemento más importante que debe acompañar al juicio de culpabilidad, es decir, la declaración del imputado, la demostración dolosa de las pruebas, son situaciones que el juez debe tomar en cuenta para señalar la existencia de culpabilidad y proceder con la necesaria sanción.

Así mismo, el dolo cuenta con dos elementos importantes, a falta de alguno de ellos, se estaría en ausencia de dolo.

Para Maggiore, los dos elementos del dolo son:

- 1) La previsión (o representación) del resultado;
- 2) La violación de él.¹⁰³

Betancourt asegura que estos elementos son:

- a) Intelectual. Que implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y
- b) Emocional. Que es la voluntad de la conducta o del resultado.¹⁰⁴

De manera más simple, los elementos del delito son el conocimiento y el querer, el sujeto que sabe o tiene idea aproximada de que la acción a cometer se

¹⁰⁰De Marsico, Alfredo, *Dirito penale, parte generale*, editorial, Jovene, Napiles, 1969, p. 189.

¹⁰¹ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal I*, editorial Temis, Bogotá, 2000, p.

¹⁰² Arteaga Sánchez, Alberto, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, universidad central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 115

¹⁰³ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal I*, cit., pp.574-576.

¹⁰⁴ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, cit., p. 218

encuentra penalizada por el Estado y aún, a sabiendas de ello tiene el deseo de consumir dicho acto, entonces se encuentra en presencia de dolo y por ende de culpabilidad.

1.6.2 La Culpa

En el estudio de Jiménez de Asúa sobre la Teoría del delito, habla sobre el dolo y la culpa, refiriendo que en sus inicios, el autor Almendingen a inicios del siglo XVIII propone la idea de que el dolo surge y pertenece a la índole psicologista, mientras que la culpa se estima más bien normativa. Este punto de vista se ve terminado en Seuffert, a comienzos de este siglo: “el juicio referente al dolo pertenece a la psicología; el juicio sobre la culpa pertenece a la ética o al derecho”.¹⁰⁵

Para Mezger, “Actúa culposamente el que infringe un deber de ciudadano que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”.¹⁰⁶ Carrara por su parte, expuso que la culpa es una voluntaria omisión de diligencia, donde se calculan las consecuencias posibles y previsibles del mismo hecho.

El profesor Pavón Vasconcelos define la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres”.¹⁰⁷

Refiere Fernando Castellanos que para determinar la naturaleza de la culpa, se han elaborado diversas teorías. Tienen relevancia las siguientes: a) de la previsibilidad; b) de la previsibilidad y evitabilidad; y c) del defecto de la atención.

¹⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis, Teoría del delito, IURE editores, México, 2006, p. 369

¹⁰⁶ Mezger, Edmundo, Derecho penal 1, editorial Valletta ediciones, Madrid, 2004, p.170

¹⁰⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de derecho penal Mexicano, vigesimoprimera edición, editorial Porrúa, México, 2015, p. 371

Tal como la sostiene Carrara al decir que es la “previsibilidad del resultado no querido”, la segunda teoría fue expuesta por Binding quien acepta la previsibilidad del evento, añadiendo el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa y de esta manera no dejar lugar al juicio de reprochabilidad cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.¹⁰⁸

De esta teoría realizada por Binding, se encuentra la cercanía de los errores como el invencible con las excluyentes de la culpabilidad y por consiguiente del delito.

Por último la tercera teoría de la culpa del defecto en la atención, fue sostenida principalmente por Angliolini, que hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.¹⁰⁹

En la culpa también se deben identificar determinados elementos al igual que en el dolo. Estos elementos son: a) un actuar voluntario (positivo o negativo); b) que este actuar voluntario se realice sin las cautelas o previsiones exigidas por el Estado; c) los resultados del acto han de ser previsible y evitarse y tipificarse penalmente; y d) la precisión de una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

La culpa se divide en dos clases: la culpa consciente y la culpa inconsciente. Pavón Vasconcelos sostiene que la culpa es consciente cuando “el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan”.¹¹⁰

Por su parte Jiménez de Asúa señala que la culpa inconsciente es,

“Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado. Esta ignorancia descansa en la lesión de un

¹⁰⁸ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal parte general, 53° edición, editorial Porrúa, México, 2015, p.175

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de derecho penal Mexicano, vigesimoprimera edición, editorial Porrúa, México, 2015, p. 372

deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido)".¹¹¹

Esta culpa sin representación existe, cuando no se previó el resultado por descuido o se tenía la obligación de preverlo, por ser esta su naturaleza, es decir, pudo ser previsible y evitable.

La culpabilidad es señalada por algunos autores como la forma más leve de la culpabilidad, debido que en ella pueden incurrir determinados factores externos, acompañados de la falta de atención o ignorancia del autor que sin embargo no tiene el elemento de la intención a ocasionar un daño o posible daño.

En la legislación penal mexicana, se encuentran estipulados los delitos que, de oficio son catalogados como culposos. El artículo 60 del Código Penal Federal, establece lo siguiente:

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

De lo anterior se debe entender que los delitos que no se encuentran dentro de los artículos mencionados, son por ende delitos dolosos y en los cuales, después de ser valorados, deberá determinarse el grado de culpabilidad para aplicar la pena correspondiente de acuerdo con la ley.

¹¹¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría jurídica del delito*, editorial Dykinson, España, 2005, p. 132.

1.7 Fundamentación y aplicación de la culpabilidad

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su artículo 1º, antes y aún después de la reforma a los derechos humanos del año 2011, concebía y concibe libres a todas las personas y debido a esa libertad, es elección de cada individuo actuar de una u otra manera conforme a derecho o lo que determine un hecho punible.

Debido a esa libertad inherente del ser humano, es necesario que se reconozca que la punición es adecuada y aceptada solo si la persona se encuentra en un margen racional para elegir y autodeterminarse en contra de una conducta penalmente prohibida.

Berchermann señala que la culpabilidad así entendida se erige como límite a la potestad estatal de punir. La ley penal y los jueces deben reconocer ese imperativo y ese límite, si es que se desea discurrir por causas que se orienten hacia un estado humanista y democrático.¹¹²

La ley establece que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, algunos Códigos Penales de la Republica, señalan de manera expresa esta definición de delito, mientras que muchos otros, comenzando con el Código Penal Federal, no son tan específicos al respecto, dejan un sentido amplio de lo que es delito, obligando a los operadores de la ley penal, conocer cada uno de estos elementos y su correcta aplicación.

El Código Penal de Coahuila (CPC) establece en su artículo 12, la definición antes descrita del delito, siendo este ordenamiento uno de los pocos que explican a detalle lo que es la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, así como la necesidad de demostrar su existencia para otorgar una pena determinada.

En el CPF artículo 15, se encuentran establecidas las excluyentes de responsabilidad, de las cuales, las fracciones I, VII, VIII, IX y X se relacionan

¹¹² Berchermann Arizpe, Antonio, Derecho Penal Mexicano: parte general, editorial Porrúa, México, 2004, p. 943

directamente al elemento de la culpabilidad. Estas fracciones también hablan de los errores que pueden existir en la comisión de un delito, sin embargo no es completamente claro el significado y posibilidad de cada error. ¿Qué es un error invencible?, ¿Cuándo se está en presencia de un error vencible?, ¿Qué es un error de prohibición?, así mismo, ¿Qué es un caso fortuito?

Estas son las interrogantes principales que la doctrina puede aclarar de manera profunda pero que, en la realidad práctica del derecho penal, no son observadas ni aplicadas por los jueces y demás operadores penales.

Siguiendo el pensamiento de Berchemmann con relación a las excluyentes del delito, menciona que las mismas quedarían huecas si acaso para determinar el delito, no importase examinar si en el caso concreto era o no era razonable que la persona se condujere conforme a Derecho.

La conducta “culpable de acuerdo con las mismas disposiciones vigentes de la ley penal mexicana, no estriba pues en saber qué es lo que se hace, lo cual atañe al dolo. Sino en “saber” o “razonablemente poder saber” que “lo que se hace es penalmente ilícito” y “estar en condiciones razonables de poder ajustar la conducta a Derecho”.¹¹³

En este sentido, solo se podrá emitir un juicio de reproche o de culpabilidad, acerca de la conducta de la persona cuando al realizarla, le era exigible optar por un comportamiento conforme a la norma en virtud de que pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y actuar de otro modo.

En suma, a la persona se le reprocha el que no se haya comportado conforme a Derecho, habiendo tendido la posibilidad de hacerlo, haber tenido una mala elección aun cuando era previsible el resultado punado por las leyes.

La culpabilidad ha caído en la necesidad de aclarar que no todo es debido al “libre albedrío”, ya que diversos autores aceptan que es imposible demostrar la existencia de este concepto en la comisión de un delito, además de que no es ya

¹¹³ Berchemmann Arizpe, Antonio, Derecho Penal Mexicano: parte general, cit., p. 944

materia de la culpabilidad. Sino más bien la conducta específica del sujeto, el hecho de que pudiera tomar otras decisiones que previnieran el daño, es materia de la valoración de la prueba.

La culpabilidad como elemento del delito o presupuesto de la pena no puede sustraerse a la exigencia de que se le debe demostrar. De este modo la culpabilidad es más un juicio de valoración¹¹⁴, lo que está sujeto a prueba son los datos en los que aquel juicio se asiente.

De este modo se deben acreditar los datos que permitan sostener que la persona al realizar su conducta tenía conocimiento de su ilicitud penal o al menos que estuvo en condiciones razonables para conocer aquel alcance penal y, además para actuar de otro modo. Dicho de otra forma, se deben probar las “circunstancias que ocurrieron” para realizar la acción y los “datos personales” de su autor, de los que se deduzca que aquel tuvo un margen razonable para actuar conforme a la norma.¹¹⁵

Se encuentra en este punto, la importante tarea que tiene el juez para determinar la culpabilidad. Carranca y Rivas atañe que “no es concebible la libertad en el Derecho si para calificar la culpabilidad el juez no cuenta con una absoluta libertad”.¹¹⁶

Por su parte, Muñoz Conde, menciona que el juez no es un simple aplicador de la ley al caso, ya que ésta le concede unos “márgenes de libertad semánticos”, producto de la propia ambigüedad del lenguaje legal, que le obligan a elegir entre varias decisiones posibles la que considere correcta, sin disponer para ello de ninguna directriz clara o contundente, ni legal, ni metodológica.¹¹⁷

¹¹⁴ Villarreal Palos, Arturo, Culpabilidad y pena, segunda edición, editorial Porrúa, México, 2001, p.110

¹¹⁵ Berchermann Arizpe, Antonio, Derecho Penal Mexicano, cit., p.951

¹¹⁶ Carrancá y Rivas, Raúl, La teoría de la culpabilidad, editorial Porrúa, México, 2013, p.37

¹¹⁷ Muñoz Conde, Francisco, Hassemmer, Winfried, Introducción a la criminología y al derecho penal, editorial tirant lo blanch, Valencia, 1989. P. 79

Para la aplicación correcta de la culpabilidad como elemento o categoría del delito, es necesario el conocimiento del juez. Se debe hacer una transición de la prueba tasada a la prueba valorada, para obtener los resultados necesarios en materia penal, debe pasarse a la humanización del derecho y a la correcta aplicación de los conceptos penales.

Capítulo II

Marco histórico de la culpabilidad

2.1 Evolución histórica del principio nullum crimen sine culpa o principio de culpabilidad

El principio de que no hay delito ni pena sin culpa, constituye un acierto en general reconocido dentro de la doctrina y en especial dentro de la legislación penal que rige en la actualidad. Esta afirmación se coloca en el centro de la disciplina penalística mientras que demuestra e introduce los fundamentos en la teoría del delito y se constituye, en palabras de Bettiol, como elemento que expresa más que cualquier otro, la base humana y moral sobre la que radica la noción del hecho punible.¹¹⁸

Musotto señala que el principio de la culpabilidad asume en el derecho penal positivo el significado de que no se castiga todo evento lesivo, sino solo el evento lesivo que deriva de un comportamiento culpable.¹¹⁹ Esto defiende la idea de que, para que exista el hecho punible, es necesario no solo que el sujeto cause un hecho tipificado por la ley como delito, sino que hace falta referirse a la voluntad del sujeto en orden a determinar si puede hablarse de una voluntad culpable.¹²⁰

Para abordar la historia de la culpabilidad, es necesario recordar su significado. Para el Diccionario Jurídico Mexicano¹²¹, la culpabilidad deriva del término culpable, calidad de culpable del latín culpabilis, que se aplica a aquel a

¹¹⁸ Bettiol, Giuseppe, Problema penal, traducción del Italiano de José Luis Guzmán Dálbora, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 173

¹¹⁹ Arteaga Sánchez, Alberto, La culpabilidad en la teoría general del hecho punible, universidad central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 14

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Diccionario Jurídico Mexicano, <http://diccionario.leyderecho.org/culpabilidad/>

quien se puede echar o echa la culpa. En el lenguaje alemán, la culpabilidad puede ser vista desde tres significados: 1) dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin atención; 2) actuar sin dolo, y 3) dejar las cosas al caso. Conforme a otros, es falta de observación, atención, cuidado o vigilancia. Sin embargo y aunque no exista una definición universal, lo cierto es que la culpa va ligada con la falta de pericia u omisión en algo.

En un lenguaje que no es penal, “culpa”¹²² equivale a imputación personal de responsabilidad, es decir, en palabras más estrictas, la culpa es una forma de manifestación de la culpabilidad pero en un grado moral o psicológico. De ahí deriva que se tenga a la culpa como un elemento de la culpabilidad al igual que el dolo pero en una medida inferior.

Para comprender mejor el principio de culpabilidad, es necesario saber cómo evolucionó primero el derecho penal en su generalidad, como sistema jurídico. La evolución histórica del derecho penal o de las ideas penales se agrupan en cuatro periodos que ofrecen algunas notas comunes a saber, esto de acuerdo con la opinión de Fernando Castellanos y de algunos otros expertos en la materia penal;¹²³ estos periodos son: el de la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública y el periodo humanitario.

2.1.1 Periodo de la venganza privada

Esta etapa también suele llamarse venganza de la sangre o época bárbara. En los primeros tiempos de la humanidad, el hombre actúa por instinto para protegerse a sí mismo y a su familia, por lo que el primer impulso fue la defensa o la venganza, la ratio essendi (razón de ser) de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que se organiza tiempo

¹²²Enciclopedia Jurídica online Española, Argentina y Mexicana, <http://leyderecho.org/culpabilidad/#Culpabilidad-2>

¹²³ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, parte general, 53ª edición, editorial Porrúa, México, 2015, p. 17

después, debido a que cada particular, cada grupo y cada familia se protegen y se hacen justicia por sí mismo.¹²⁴

El castigo fue depositado en las manos de los propios particulares, por lo que si alguien sufría u daño, tenía derecho de tomar revancha y de este modo reprimir al responsable.

La mayoría de los códigos orientales que tenían vigencia en las antiguas civilizaciones, involucraban un sentido religioso, a diferencia del Código de Hammurabi¹²⁵, el cual adoptó fielmente la Ley del Talión¹²⁶ así como también dio reconocimiento a los delitos dolosos y culposos.

Para no hacer uso excesivo de la “venganza”, se hizo uso del principio establecido en la Ley del Talión, que fue el “ojo por ojo, diente por diente”, principio por el cual la comunidad solo reconocía al ofendido el derecho de causar un daño de la misma magnitud al que fue inferido en un principio.

De este periodo, el jurista Eugenio Cuello Calón sostiene:

“La venganza dio origen a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias. Como los vengadores a ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible, para evitar las

¹²⁴ Villalobos, Ignacio, Derecho penal mexicano, segunda edición, editorial Porrúa, México, 1960, p.24

¹²⁵ Sistema penal que consiste en devolver al culpable, como castigo, el mismo mal que ocasionó. Existen diversos autores que sitúan este código aproximadamente 2000 años antes de Cristo o más, fue esculpido en bloque de diorita, fue descifrado y traducido al alemán, de donde puede afirmarse que regula la venganza.

¹²⁶ Ley del talión (en latín, lex talionis) es la denominación tradicional de un principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido, obteniéndose la reciprocidad. El término "talión" deriva de la palabra latina talis o tale que significa "idéntico" o "semejante" (de donde deriva la palabra castellana "tal"), de modo que no se refiere a una pena equivalente sino a una pena idéntica. La expresión más conocida de la ley del talión es el pasaje bíblico "ojo por ojo, diente por diente"

perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, se atenuaba ésta por medio del Talión, según el cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor al inferido a su víctima, de ahí la fórmula “ojo por ojo, diente por diente”¹²⁷

Además de la venganza talionaria, surgió más tarde el sistema de composiciones, según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

2.1.2 De la venganza divina

Debido a la naturaleza de los pueblos de revestir características de la organización teocrática, todos los problemas se proyectaban hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado, de esta manera surge en el terreno de las ideas penales, la venganza divina.

La venganza divina estima que el delito es una de las causas del descontento de los dioses. En esta etapa del Derecho penal, la justicia represiva se encontraba en manos de la clase sacerdotal.

Los antiguos pueblos orientales ponen de manifiesto la aplicación de la venganza divina, principalmente la cultura hebrea, ya que los jueces juzgaban en nombre de Dios y la pena a imponer era de acuerdo a la ofensa cometida en contra de la divinidad y en la misma proporción. Sin embargo eran frecuentes la crueldad y los excesos.¹²⁸

¹²⁷ Cuello Calón, Eugenio, Derecho penal 1-2 parte especial, decimocuarta edición, editorial Bosch Casa, Barcelona, 1982, p. 55

¹²⁸ Villalobos, Ignacio, Derecho penal mexicano, segunda edición, editorial Porrúa, México, 1960, p.25

2.1.3 De la venganza pública

A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, comienza a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Entonces es cuando aparece la denominada venganza pública o concepción política.¹²⁹

Cuello Calón afirma que en este periodo no se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes.¹³⁰

El terror y la intimidación fueron aprovechados por la autoridad pública, en especial para preservar su poder. Para confesar a “los culpables” se utilizaron la tortura y los suplicios; los métodos más crueles se inventaron para aplicarlos a los supuestos delincuentes: los calabozos, la argolla en el cuello o en los pies, el descuartizamiento, la hoguera, las marcas infamantes con hierro y los trabajos forzados.¹³¹ De estos ilimitados hechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando.

2.1.4 Periodo humanitario

Como resultado de la excesiva crueldad existente en materia penal, un estudioso y joven aristócrata desarrolló sus ideas humanitarias oponiéndose rotundamente a la situación. César de Bonnesana, marqués de Beccaria, en 1764 publica el libro *De los delitos y las penas*, el cual señala que las penas deben

¹²⁹ Los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas.

¹³⁰ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal 1-2 parte especial*, cit., 57.

¹³¹ López Betancourt, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, decimoctava edición, editorial Porrúa, México, 2014, p. 37.

establecerse obligatoriamente en las leyes, ser públicas, prontas y necesarias; proscribir la pena de muerte y prohibir a los jueces interpretar la ley, por ser su aplicación la única función.¹³²

A partir de Beccaria, la situación empezó a cambiar, comienza una nueva o supuesta humanización por parte de los Estados, quienes iniciaron con la sistematización del Derecho penal, después de esto surgen las escuelas clásica y positivista.

En esta etapa se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto del delincuente. Considera que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es indispensable conocer el porqué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos. En la pena estima que un tratamiento y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencias de factores de índole diversa interna y externa.

Menciona Zaffaroni¹³³ que los juristas contemporáneos en materia penal, son hijos de Beccaria, ya que la historia del derecho penal empieza a tener sentido a partir del tratado del mismo, sin embargo es de suma importancia conocer a fondo lo que había tiempo atrás. Los historiadores son quienes tienen mejores datos de la criminalidad y el sistema penal de tiempos remotos, problemática que los penalistas deben analizar.

Desde que se empieza que sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del periodo científico. Esta etapa, en rigor, se inicia con la obra del Marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quien, como se verá en temas posteriores, es la principal exponente de la escuela clásica de derecho penal.

¹³² Beccaria, Cesare, Tratado de los delitos y de las penas, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2015, p.21

¹³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho penal parte general, editorial Porrúa, México, 2001, primera reimpresión 2016, p.15.

Esto a la fecha no ha resuelto el problema tan delicado que representa la delincuencia.

2.2 El principio de culpabilidad en las antiguas civilizaciones

El problema de la culpabilidad, como se ha descrito anteriormente, es el destino mismo del derecho de castigar; aun así, el principio de “no hay pena sin culpabilidad”, “no hay crimen-delito, sin culpa”, no ha estado vigente desde siempre, pues sobre todo el castigo criminal, no se ha ligado todo el tiempo a este principio.

La responsabilidad por el resultado, los delitos calificados por el resultado y la peligrosidad van en contra del principio de culpabilidad. El sistema de “la responsabilidad por el resultado” significa que de acuerdo con los fines de la responsabilidad de la conciencia y voluntad del autor, conforme a él, el autor se liga a la consecuencia de la infracción por su sola condición de tal y no por su culpabilidad. Este sistema fue variando a lo largo de las distintas épocas de la historia jurídico-penal.

2.2.1 Griegos y romanos

Entre los griegos, por largo tiempo, el castigo no tuvo más fundamento que el delito objetivamente visto, lo mismo puede decirse de Egipto y Japón, donde el prejuicio se asienta en principios religiosos.¹³⁴ En la Grecia antigua ha sido en Atenas que la democracia y el derecho se desarrollaron de mejor manera. El desarrollo del derecho griego debe mucho al surgimiento de la escritura, pues a partir de ella comienza la codificación de leyes. Dracon y Solón fueron dos

¹³⁴ Fontan Balestra, Carlos, Derecho penal, introducción y parte general, editorial Abeledo Perrot, Madrid, 1998, p.44

importantes legisladores griegos, el primero dio a Atenas su primer código de Leyes y el segundo ratificó dicha legislación.¹³⁵

En 620 aC. Dracón ya clasificaba los homicidios en involuntario, voluntario y cubierto por la legítima defensa. Zeluco adoptó penalidades para algunas ofensas, una especie de precursor del actual derecho.¹³⁶

En un principio, el derecho penal romano desconocía el principio de culpabilidad, el cual fue insertado tiempo después.

El concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar. Este principio fundamental del derecho penal ya desarrollado fue desconocido en el derecho penal de los primeros tiempos; entonces se cuestionaba sobre el hecho en sí, antes que sobre el estado de alma en que el mismo tenía su base.

El sacrificio humano se le impone al criminal de la propia manera que a un monstruo, el que mira las desnudeces de una virgen consagrada a Vesta debe morir, la muerte dada a un hombre origina una deuda que debe ser reparada, haya tenido el autor intención de causarla o no la haya tenido. Esta antigua concepción no había desaparecido todavía completamente en el momento en que comienzan nuestras noticias históricas, o sea en el código de las doce tablas, pero estaba muy en decadencia.

Las multas o indemnizaciones que se imponían a la parte vencida en juicio, el sacramentum, las de las vindiciae falsae, deben ser consideradas sin la menor duda como penas, más para imponerlas, no se tomaba en cuenta la culpabilidad del vencido en el juicio, sino el hecho practicado por el mismo. Pero ya con respecto a las lesiones corporales y al daño causado en las cosas, parece que, no existiendo

¹³⁵ Goncalves Reis, Antonio Sergio, Las causas de justificación pena-historia, conceptos y evolución cronológica en el orden jurídico occidental, Mateos Poumián, Rafael (coord.) Derecho penal, editorial Porrúa, México, 2012, p. 89

¹³⁶ Ídem.

culpabilidad, no había tampoco responsabilidad. Es bien seguro que el citado código disponía contra lo mandado en las prescripciones antiguas, que cuando el hecho se hubiese realizado sin intención, tuviese lugar la expiación religiosa, pero que no se impusiese pena alguna. Las posteriores leyes penales tomaban por base, la voluntad antijurídica del agente. Esta voluntad antijurídica presuponia por necesidad el conocimiento de que el hecho que va a realizarse era contrario a la ley, por lo que el error de hecho en este punto excluía la imputabilidad.¹³⁷

Opinión de Mommsen, que debe comprenderse en el aspecto de que la culpabilidad como un principio, fue entrando en el derecho romano de manera lenta, con beneficios que limitaron el poder punitivo del estado pero que lo hicieron poco a poco más humanitario.

Aun así la historia cuenta otras cuestiones con relación al imperio romano, que es importante destacar y recordar que se atribuye al derecho romano la gran influencia que tuvo en el mundo occidental por más de doce siglos y continua vivo en algunas instituciones liberales individualistas contemporáneas, principalmente en aquellas que corresponden al derecho de propiedad y al de las obligaciones.¹³⁸

Con la decadencia y posterior extinción del imperio romano occidental, la influencia romana por el territorio europeo, jamás dejó de existir. Durante la era medieval se percibe que aquella actividad legislativa consolidada, ejercida en Roma, pierde su valor.¹³⁹ Ya durante los inicios de la Edad Media, hay una preponderancia de la germanización sobre la romanización formal

¹³⁷ Mommsen, Teodoro, El derecho penal romano, primera parte, Madrid, España, 2003, p. 14

¹³⁸ Pampillo Baliño, Juan Pablo, Historia general del derecho, Oxford University Press, México, 2008, p. 139.

¹³⁹ Ídem.

2.2.2 Edad Media

El sistema de la responsabilidad por el resultado dominó la época germana y franca del derecho penal, así como la tardía edad media, sin desconocer que con el tiempo el derecho germánico distinguió el hecho voluntario del involuntario y que, en alguna forma, desarrolló la teoría del dolo de la culpa y del caso fortuito, dándose paso a la “responsabilidad por la culpabilidad”.¹⁴⁰

Se conoce que en esta época se desarrollaron mejor otros derechos que el penal o criminal, es decir, el *ius mercatorum*, era característica de las civilizaciones bárbaras germánicas, tener una economía basada en el trueque, por lo que su evolución jurídica fue primero en materia comercial o mercantil.¹⁴¹

En secuencia una de las mayores herencias de la Iglesia Católica para el derecho occidental fue la dogmática. Esa forma de ver el derecho tiene base en la elaboración de un discurso que legitima la imposición de la verdad a partir de un lugar de saber incuestionable, una verdad absoluta, una plenitud de pensamiento.¹⁴²

La dogmática fue fundamental para la edificación de un elemento de control directo y manipulación de todo medio social, principalmente a través del uso del sistema jurídico. El antiguo derecho español, tal vez influenciado por el cristianismo, admitió algunas causas de exclusión de la culpabilidad.

A finales de la Edad Media, Europa se asiste al nacimiento de los estados centralizados en las manos de Monarcas. En el continente el poder tendía a centralizarse y fortalecerse. Sin embargo en Inglaterra, este régimen perdía aliento, debido al crecimiento de la burguesía, tuvo que instalarse allí, un régimen inicial del parlamentarismo.

¹⁴⁰ Talamantes Gómez, Héctor Manuel, “evolución histórica del principio de culpabilidad”, Revista JUS del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UJED, No.15, México, 2005, p. 30.

¹⁴¹ Goncalves Reis, Antonio Sergio, Las causas de justificación pena-historia, conceptos y evolución cronológica en el orden jurídico occidental, cit, p. 91.

¹⁴² Ídem.

2.2.3 Derecho Canónico y la culpabilidad

Fue el derecho canónico el que sin duda ejerció una considerable influencia en la transición del sistema objetivo al subjetivo, ya que tuvo su teoría de la culpabilidad, distinguió entre el dolo y la culpa y asentó la imputabilidad penal en la libre voluntad y en el discernimiento, declarando inimputables a los locos, ebrios y niños.¹⁴³

A partir del siglo XIX inicia la codificación penal en el sentido que actualmente se conoce y entiende, Paz Aguado, menciona que no se utilizó el concepto culpabilidad en sus inicios, como se conoce ahora, hasta después del primer tercio del siglo XIX.¹⁴⁴

La regla es la responsabilidad por la culpabilidad, que es uno de los principales postulados que hace valer aquel movimiento producido en la ciencia del derecho penal a partir del siglo XVIII conocido como escuela clásica (véase capítulo primero) y que se impone casi de manera total a inicios de la segunda mitad del siglo XIX, cuando aparece la escuela positiva en Italia.

Con la llegada de la Revolución Francesa las ideas en el campo del Derecho Penal empiezan a cambiar y así se torna en base para una evolución en el derecho penal que establece la reforma en el sistema punitivo y que hasta hoy es aplicado. La Revolución Francesa, el Iluminismo, la Declaración de los Derechos del Hombre y otros cambios históricos y sociales fueron necesarios para una eliminación radical en los medios de penalización de los infractores de la ley.¹⁴⁵

2.2.4 Historial del derecho penal en México

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ De la Cuesta Aguado, Paz, Culpabilidad y razones para la exculpación, segunda edición, editorial Dykinson, Valencia, 2003, p. 14.

¹⁴⁵ Díaz de León, Marco Antonio, Historia del derecho penal y procesal penal, editorial Porrúa, México, 2005, p. 198.

La historia del derecho penal, menciona Villalobos, no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración.¹⁴⁶

2.2.4.1 Época precortesiana

Es muy poca la información que se puede tener sobre el derecho penal de antes de la llegada de los conquistadores españoles, lo que se sabe es que no había una unidad política entre las tribus antiguas, debido a que no se consolidaron nunca como una nación. Sin embargo se puede aludir al derecho de los tres pueblos más importantes encontrados por los europeos: el maya, el tarasco y el azteca.¹⁴⁷

En el pueblo maya, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs y caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones.

De las leyes penales de los tarascos, se tiene menos información que de los demás, sin embargo, se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas. El adulterio habido con una mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no solo con la muerte del adúltero, sino que trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados.

El derecho penal entre los aztecas, resulta de mayor importancia debido a que este pueblo no solo fue el que dominó militarmente la mayor parte de los

¹⁴⁶ Villalobos, Ignacio, Derecho penal mexicano, segunda edición, editorial Porrúa, México, 1960, p.23.

¹⁴⁷ S. Macedo, Miguel, Apuntes para la historia del derecho penal mexicano, editorial INACIPE, México, 2010, p. 15.

reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles.

De lo anterior, menciona Villant que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu.¹⁴⁸ La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa.

El derecho penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano. Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, la cual se practicaba demasiado.¹⁴⁹

2.2.4.2 Época colonial

La conquista fue el momento histórico que pudo en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes. Dentro de este nuevo mundo, en nada tuvieron continuación las legislaciones de las tribus, a pesar de la disposición hecha por el emperador Carlos V, establecida en la recopilación de Indias sobre respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes a menos que se opusieran a la fe o a la moral.¹⁵⁰

Por lo que la legislación de la Nueva España fue netamente europea. En la colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida como las leyes de Toro, que tuvieron vigencia bajo la disposición de las leyes de Indias.

¹⁴⁸ Clapp Villant, George, La civilización azteca, segunda edición, fondo de cultura económica, México, 2003, 153.

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ S. Macedo, Miguel, Apuntes para la historia del derecho penal mexicano, cit., p. 11

Sin embargo de esta época debe recordarse que existía una fuerte diferencia entre las clases o castas, por lo que existía en materia penal un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajos en minas y azotes, todo por procedimientos sumarios. A diferencia de las penas puestas a los indios que fueron, pudiéndose decir, más benévolas, excluyéndolos de los azotes y penas pecuniarias, sometiéndolos solo a trabajos personales.

2.2.4.3 México independiente

Iniciado por Miguel Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año, Morelos decretó, en su cuartel general del Aguacatillo, la abolición de la esclavitud,¹⁵¹ la crisis que se produjo por la guerra de independencia, dio motivación al pronunciamiento de disposiciones que tienden a remediar, en lo posible, la nueva situación.

La primera codificación de la República en materia penal se expidió en el Estado de Veracruz en 1835, cuyo proyecto había sido elaborado desde 1832. Sin embargo, la codificación de 1871 con influencia próxima española (1870), fue la que se conoció como primer código penal de México.

En 1903 El Presidente, General Porfirio Díaz, designó una comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, para llevar a cabo una revisión de la legislación penal, trabajos que culminaron hasta 1912, sin que se pudiera plasmar el proyecto debido a la revolución.¹⁵²

Concluida la violenta etapa revolucionaria, y tras la emisión de una nueva Carta Magna, la Constitución de 1917, la necesidad de nuevas instituciones se

¹⁵¹ Carrancá y Rivas, Raúl, y Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho penal mexicano, vigesimocuarta edición, editorial Porrúa, México, 2016, p. 82

¹⁵² *Ibidem*, p.84.

reflejó en el ámbito del Derecho Penal, haciéndose patente una vez más la exigencia de crear una nueva legislación punitiva.

Fue hasta el año de 1925, cuando el Presidente en aquel entonces, Plutarco Elías Calles, designó una nueva comisión que se encargase de la revisión del anterior código y la elaboración de uno más acorde a las necesidades sociales del país. Los trabajos de la comisión terminaron en 1929; el Presidente Emilio Portes Gil promulgó el Código Penal el 30 de septiembre de 1929, el cual entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año.¹⁵³

Según los propios autores del Código, entre los que destacó José Almaraz¹⁵⁴ (el código de 1929 es conocido comúnmente como Código Almaraz) el ordenamiento responde a los postulados de la escuela positivista. Es uno de los primeros cuerpos de leyes que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones.

De acuerdo con la inspiración positivista, la responsabilidad penal se basó en la responsabilidad social, misma que sin embargo, no fue establecida adecuadamente por los legisladores, al grado que la misma se contradice y opone a otros principios incluidos dentro del mismo texto legal.

2.3 Evolución histórica de la culpabilidad en la criminología

La criminología es una disciplina empírica trans y multidisciplinaria que tiene como objeto de estudio al criminal, con relación al crimen mismo, sin dejar de lado del todo a la víctima la cual será en todo caso objeto total de estudio de la victimología, con el objetivo de entender al criminal mismo y sus distintas

¹⁵³ <http://www.lajornadaquerrero.com.mx/2011/11/12/index.php?section=opinion&article=002a1soc>. Consulta 16/11/2016.

¹⁵⁴ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/2.pdf>. Consulta 16/11/2016.

motivaciones que lo llevaron a cometer determinados crímenes. Su objeto es el estudio de la conducta desviada que implica el delito o criminalidad, así como el proceso de definición y sanción de la conducta desviada.¹⁵⁵

Basa sus fundamentos en conocimientos diversos de disciplinas y ciencias tales como lo son la sociología, psicología, medicina, antropología, matemática, física y química, apoyándose de manera indirecta del derecho penal y de otras ciencias de carácter penal o forense. Las áreas de investigación criminológicas incluyen el iter criminis, la incidencia y las formas o mecanismos de los crímenes, así como sus causas y algunas consecuencias.¹⁵⁶

El nombre de esta ciencia fue utilizado por primera vez por el antropólogo francés Paul Topinard. Así mismo en 1885, el profesor italiano de derecho Raffaele Garófalo acuñó este término de manera formal. Muy ligado a la criminología se encuentran los logros y teorías de Cesare Lombroso¹⁵⁷, a quien se le considera el padre de la criminología, ya que en sus estudios acerca de la antropología criminal, cimentó bases y teorías que hasta nuestros días perduran, ya sea como antecedentes o como directrices mismas de la ciencia.

A pesar de ser una ciencia de relativa reciente creación y haber sido cuestionada en cuanto a su vinculación y dependencia para con el derecho penal, la criminología ha alcanzado un carácter de ciencia autónomo, al ser partícipe de la utilización del método científico para la formulación de las distintas teorías que la componen. La criminología estudia en el ser criminal los distintos aspectos que componen la salud integral, es decir el compuesto bio-psico-social, para así poder llegar a conclusiones sobre la fuente del actuar criminal.

Recordemos, aunque algunos términos o conceptos son parecidos, no es lo mismo hablar de Criminal en el sentido propio de la criminología, que hablar de un delincuente en el sentido propio del Derecho Penal. Las connotaciones aunque

¹⁵⁵ Hikal, Wael, Introducción al estudio de la criminología, tercera edición, editorial Porrúa, México, 2016, p. 12.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Lombroso, Cesar, El atlas criminal de Lombroso, editorial Deuxeme, Paris, 1895, p. 83

similares en lo general, son muy distintas en el fondo de cada concepto. Es decir, el criminal lo es por la materia de su acto, ya sea que este acto se encuentre tipificado o no en alguna ley. Y por otro lado el delincuente lo es por realizar un acto tipificado por legislación penal, ya sea que su acto sea un crimen en sentido humano o no. La disciplina que transfiere los resultados obtenidos por las investigaciones criminológicas al sistema de Derecho penal es la Política criminal.¹⁵⁸

A mediados del siglo XIII, Tomás de Aquino intentó también sentar las bases de la filosofía del derecho penal en su obra Escolástica, y en la Edad Media se realizaron algunos estudios médicos para investigar crímenes aislados.¹⁵⁹

La Escuela clásica tiene un desarrollo basado en la filosofía de la Ilustración, que considera a todos los hombres como seres libres, iguales y racionales, por lo cual podían actuar responsablemente como individuos. Por tanto, no consideran diferencias entre el individuo que viola la ley y quien la respeta. El interés no se encuentra en el actor, sino en el acto. Concibe al delito como creación jurídica y la violación de la norma como un rompimiento del pacto social.

Postulados de la Escuela clásica:

- 1) Parte del libre albedrío de los individuos.
- 2) Todo individuo puede tener un comportamiento desviado.
- 3) El centro de la reflexión gira al rededor del acto.
- 4) Es reactiva ya que no busca investigar las causas de la desviación.¹⁶⁰

Propone que la proporción de los castigos debe guardar relación al perjuicio social del hecho; estaba en contra de la crueldad de los castigos y, la arbitrariedad de la justicia de los jueces.

¹⁵⁸ Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología, trigésima edición, editorial Porrúa, México, 2016, p. 96.

¹⁵⁹ Lombroso, Cesar, El atlas criminal de Lombroso, editorial Deuxeme, Paris, 1895, p. 80.

¹⁶⁰ Ídem.

Sus postulados, respecto de las penas y del delito, constituyen las bases para el Derecho penal moderno, derivando los siguientes principios:

Legalidad: sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, es tarea del legislador en representación de la sociedad unida por el pacto social definirlos. Jurisdiccional: un tercero (juez) debe juzgar la verdad de los hechos, sin interpretar las leyes, por lo cual la ley debe ser clara y conocida por todos. Proporcionalidad: debe existir proporción entre la pena y el delito cometido relacionado al daño realizado. Prontitud: para que la pena sea útil, debe imponerse lo más cercana en tiempo a la comisión del delito, por lo que el proceso debe ser breve. Necesidad: no es la crueldad de las penas la que impide la comisión de delitos, el freno más grande del delito es la inexorabilidad e infalibilidad de la pena.¹⁶¹

2.3.1 Teorías del castigo

El Estado siempre castigó el delito a través del brujo, sacerdote o autoridad señalada por ley.

Aunque los anarquistas¹⁶² niegan el derecho de castigar, porque éste reposa sobre la fuerza y la fuerza no puede ser fundamento de la justicia, ya que en toda coacción hay injusticia y arbitrariedad. Goldwiser dice que la pena es un crimen. Tolstoi en Confesión (1882) dice que la solución a los delitos hay que buscarlo en los evangelios.

En Amo y criado (1894-1895) atacó las desigualdades sociales y las formas coercitivas del gobierno y de las autoridades religiosas, clamó por una liberación

¹⁶¹ Martínez Peña, Adriana y Rodríguez Tinajero, Jesús, *Sociología y Derecho*, UNAM, México, 2012, Pp. 109-112

¹⁶² Machicado, Jorge, *Fundamentos Del Derecho De Castigar*

http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/11/fudeca_1755.html Consulta, 18/11/16

de los odios individuales y por la adopción de modelos de vida dictados por la conciencia de cada uno.

Entonces ¿Porque se castiga? Responden las siguientes teorías que suelen agruparse tres grandes grupos:

Teorías Relativas O Utilitarias. Las teorías relativas fundamentan la pena en su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros (punitur ut ne peccetur). La pena se justifica por sus efectos preventivos. Se castiga para que no se vuelva a cometer delitos. La teoría utilitaria justifica el castigo exclusivamente en términos de sus consecuencias buenas. El castigo no se considera un bien en sí. Por el contrario, dado que el castigo priva a los culpables de algo que aprecian, si se considera al margen de sus consecuencias es algo malo.

El utilitarista considera malo en sí todo tipo de sufrimiento, algo sólo justificable si evita un sufrimiento mayor, o si procura un bien mayor. Así pues, si al castigar a los culpables se les impide repetir sus delitos, o se disuade a los delincuentes potenciales de cometer delitos semejantes, el castigo produce consecuencias deseables que pesan más que su daño para el culpable. La principal función del castigo es la de reducir los delitos.¹⁶³

Entre ellas tenemos: la Teoría De La Prevención, la Teoría De La Enmienda y la Teoría De La Defensa Social

Teorías Absolutas. Encuentran la justificación de la pena exclusivamente en el delito cometido (punitur quia peccatum est). La pena es una compensación del mal causado por el delito. Entre ellas tenemos: la Teoría De La Expiación y la Teoría penal De La Retribución.¹⁶⁴ El segundo tipo de teoría es la teoría retributiva. Esta teoría tiene muchas versiones, pero su tesis central es que el castigo está justificado porque el culpable ha cometido voluntariamente un acto indebido.

¹⁶³ ídem.

¹⁶⁴ <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/ij/jud-cl.ten.html> consulta, 12/11/2016

El malhechor merece sufrir por lo que ha hecho, tanto si el sufrimiento tiene buenas consecuencias como si no. Al contrario que los utilitaristas, los retribucionistas no consideran malo en sí el sufrimiento por castigo de los malhechores. Así como el sufrimiento del inocente es malo, el sufrimiento merecido del culpable es justo.¹⁶⁵

Ambas teorías han suscitado diversas objeciones. El problema principal para el utilitarista es explicar por qué debe limitarse el castigo al culpable y no extenderse al inocente en las circunstancias adecuadas. Por otra parte, los retribucionistas tienen dificultades para explicar por qué debe castigarse al culpable si el castigo no produce consecuencias buenas.

2.3.2 La justificación moral del castigo.

El tema de la justificación moral del castigo (o, más sucintamente, el tema del castigo o de la pena) ha generado polémicas y controversias a lo largo de la historia, concitando el interés de filósofos y teóricos sociales.

Aceptada la necesidad del uso de la coacción por el Estado como herramienta de control social (justificación jurídico-política de la pena), tema que aquí no será analizado, surge entonces el problema del fundamento moral del castigo.¹⁶⁶ Pese a no ser otra cosa que un desmembramiento específico del tronco común constituido por el problema de la justificación moral de las acciones en general,¹⁶⁷ dicha cuestión posee un interés intrínseco: dado que el castigo implica un mal infligido al delincuente, resulta necesario justificar por qué éste resulta moralmente correcto, a diferencia del mal causado por el agente culpable.

¹⁶⁵ C. L. Ten. *Crimen y castigo*. Capítulo 32 del Compendio de Ética (coord, Peter Singer), Alianza Editorial, Madrid, 1995 p. 499

¹⁶⁶ En forma provisoria, puede señalarse que dicha cuestión gira en torno a los siguientes interrogantes: ¿por qué?, ¿cómo?, y ¿a quién? castigar

¹⁶⁷ . Rabossi, Eduardo A., *La Justificación moral del castigo*, Editorial Astrea, Bs. As., 1976. P. 45.

La respuesta que se dé a dicho interrogante se encuentra revestida de importantes consecuencias prácticas.

Numerosas -y muy diversas- teorías sobre el castigo han visto la luz en los últimos tres siglos. Sin embargo, de su análisis (ya sea en sus planteos tradicionales como en otros más modernos) resulta que ellas pueden, salvo contadas excepciones, ser encasilladas en dos posturas principales: el retribucionismo y el utilitarismo.¹⁶⁸ Recientemente ha sido desarrollada una teoría normativa consecuencialista (ver nota anterior) que según entiendo trasciende los límites del debate acerca del castigo, dado que centra su atención no ya en forma exclusiva sobre éste sino, más genéricamente, sobre la justicia criminal como un sistema integral; por ello, tal enfoque resulta comprehensivo. Me estoy refiriendo, concretamente, a la teoría republicana publicada por John Braithwaite y Philip Pettit, ambos profesores de la Australian National University.¹⁶⁹

La meta principal del presente trabajo consiste, pues, en exponer los lineamientos principales de dicha teoría, lo que haré en la segunda y tercera parte.¹⁷⁰ Sin embargo, previo a ello, y con el fin de situar dentro de un contexto adecuado el desarrollo de dicha exposición, creo necesario elaborar una síntesis, aunque mínima, del pensamiento teórico tradicional acerca del tema del castigo.

No obstante la profusión de exposiciones y planteos, la retribucionista y la utilitarista constituyen las concepciones tradicionales en la materia. Para la primera de las teorías mencionadas, y sin perjuicio de la existencia de diversos

¹⁶⁸ Más adelante se verá que esta última categoría resulta una manifestación, junto a otras, de teorías consecuencialistas, las que jerarquizan las consecuencias futuras de las acciones por sobre la consideración de la pena como referencia a un hecho pasado.

¹⁶⁹ Dicha teoría se encuentra expuesta, principalmente, en: John Braithwaite and Philip Pettit, *Not Just Deserts, A Republican Theory Of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1990. S/T, p. 15

¹⁷⁰ Rabossi, Eduardo A., cit., Nótese que la teoría enfatiza la referencia a la culpabilidad, la que constituye un elemento central en su formulación.

matices puestos de relieve en la formulación de las distintas posturas, el castigo infligido a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado; por su parte, éste merece serlo cuando es culpable de haber cometido una ofensa.¹⁷¹ Resulta importante destacar, por su parte, que los teóricos retribucionistas hacen especial hincapié en la importancia de que los inocentes no sean castigados.¹⁷²

Para la teoría retribucionista, la pena o el castigo constituyen un mal impuesto al delincuente por el incumplimiento (culpable) del derecho, mal que, por encontrarse desligado de consideraciones acerca de sus efectos, finalidades o consecuencias, constituye un valor intrínseco (es por ello que este planteo es por naturaleza deontológico). La pena, entonces, mira hacia el pasado, tendiendo a reparar la infracción realizada.¹⁷³

Reconociendo la existencia de diferencias entre las distintas exposiciones, podemos distinguir tres diferentes enfoques retribucionistas de acuerdo a los límites que, formulados en forma de proposiciones, cada una acepte:

- A. Sólo debe castigarse a aquellos individuos encontrados culpables de un crimen.
- B. Todo individuo encontrado culpable de un crimen debe ser castigado por ello.
- C. El castigo no debe ser de un grado mayor al crimen cometido y a la culpabilidad del criminal.
- D. El castigo no debe ser de un grado menor al crimen cometido y a la culpabilidad del criminal.

Así, puede sostenerse que son retribucionistas negativos aquellos que aceptan las proposiciones 1 y 3; positivos aquellos que aceptan las proposiciones 2 y 4, y absolutos los que sostienen los cuatro.¹⁰ Mientras que para los primeros

¹⁷¹ Kant, Immanuel, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*, Bs. As., Eudeba, 1998, Libro II, p. 221.

¹⁷² *Ibidem.*, p. 230

¹⁷³ *Ídem.*

la preocupación principal es no castigar en forma desmedida ni castigar a personas inocentes, para los segundos aquélla gira en torno a la necesidad de castigar a *todas* las personas *culpables*, a un nivel que resulte consustancial con la falta cometida.¹⁷⁴

2.3.3 El retribucionismo

Tras siglos de discusión entre la utilidad o no de la pena las posiciones se han aglutinado básicamente en torno a tres grandes corrientes de pensamiento:

1. El retribucionismo según las bases filosóficas asentadas por Kant y Hegel,¹⁷⁵

2. La prevención general -especial o negativa- a partir de la fundamentación de Feuerbach (Teoría Del Impulso Psíquico) y,

3. La prevención especial. Quizá la más original en sus aportaciones y la que mayor evolución ha sufrido en los últimos tiempos desde las aportaciones de Enrico Ferri y su escuela—la escuela positiva—o Pedro Dorado Montero, pasando por Franz von Liszt, hasta la denominada crisis de la resocialización, que ha situado de nuevo a esta doctrina quizá en un segundo plano.

Pena, culpabilidad y retribución responden a los mismos criterios. Surge así el denominado retribucionismo, basado en la Teoría Del Contrato Social, de corte laico liberal y garantista cuyos autores más representativos son Kant y Hegel.¹⁷⁶

La pena retribuye el mal causado por el delito, y, por tanto, ha de ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad reflejada en el hecho.

¹⁷⁴ http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1714&id_item_menu=355
8

¹⁷⁵ Hegel, G. W. F., Enciclopedia de las ciencias filosóficas, octava edición, editorial Porrúa, México, 2004, p. 158.

¹⁷⁶ Ídem.

La retribución es el fundamento de la culpabilidad y de la pena al explicar por qué se impone una pena a un autor concreto y legitima y limita el “ius puniendo” del Estado.¹⁷⁷

La culpabilidad según esto sería el fundamento y medida de la pena. Esta culpabilidad se basaría en el libre albedrío, esto es, en la libertad de la persona para actuar libremente, lo que la convertiría en responsable de sus actos.

El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre -como tal y en sí mismo- y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración.¹⁷⁸

En este sentido, con razón se señala que tanto La metafísica de las costumbres de Kant como La filosofía del Derecho de Hegel, deben entenderse como productos de la polémica que dichos filósofos mantenían contra la concepción relativista de la pena que dominaba en su época, a la que precisamente reprochaba Hegel que trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y su libertad. Y a la que también Kant criticaba el hecho de que el condenado pudiera ser 'utilizado como un simple medio de las intenciones de otro y mezclado con los objetos del Derecho patrimonial', tanto si la pena se imponía en su beneficio, como en el de otro.¹⁷⁹

Así, el contenido esencial de las teorías retributivas -que, en su conjunto, responden acerca del contenido, de los fines y de la justificación de la pena- viene dado por los planteamientos centrales de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea: Kant y Hegel, máximos representantes del idealismo alemán, y,

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 152.

¹⁷⁸ Ejemplo máximo de esta concepción ilustrada y contractualista es la obra del Marqués de Beccaria. Cfr. Beccaria, Cesare (1998), *De los delitos y de las penas*.

¹⁷⁹ Hassemer, Winfried-Muñoz Conde, Francisco (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, p. 151.

en su variante de la retribución divina, por distintos autores católicos, entre los que destacan Althaus y Trillhaas.¹⁸⁰

Respecto de esta última variante, la denominada retribución divina, no me detendré mayormente, solo me limitaré a expresar, con Jescheck, que en ella se unen, de un lado, la concepción del orden universal como creación divina, y de otro, la idea de la correspondencia entre el ser divino y el humano.¹⁸¹

Por ello, la vigencia que esta doctrina ha tenido para la Iglesia Católica queda de manifiesto en el mensaje que el papa Pío XII envió al 6° Congreso internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en el año 1953, en el cual se expresa: "Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer"¹⁸².

2.3.3 La peligrosidad o el peligrosísimo

El tema de la peligrosidad o el peligrosismo, es un término ampliamente conocido principalmente por la Criminología y después por el Derecho Penal. El Diccionario de la Lengua Española dice que la "peligrosidad" contiene la calidad

¹⁸⁰ En este punto es relevante lo que señala Roxin, respecto de Alemania; según él "la circunstancia de que aquí concurren en una poderosa corriente la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana, que han modelado en el siglo pasado, penetrándola de múltiples maneras, la cultura de la burguesía alemana, es en definitiva la causa de que la teoría de la retribución haya dominado siempre en Alemania y todavía hoy cuente con el mayor número de adeptos". Roxin, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, 1976, p. 12.

¹⁸¹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, 4a Ed., 1993, p. 62. El autor agrega que para Althaus "el sentido de la pena se encuentra en ella misma, por cuanto se hace valer el orden eterno frente al delincuente". Según Trillhaas, ese sentido, "encerrado en la idea de expiación, se orienta solo hacia el bien mismo, sin atender a los fines, y la pena se dirige únicamente al delincuente, absteniéndose de mirar alrededor".

¹⁸² Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, PG., ob. cit., p. 62, y por Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, 2000, p. 46.

de peligroso. Peligroso deriva del latín *periculosus*, adjetivo que significa lo que tiene riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal.¹⁸³

Se debe entender que los términos peligrosismo o peligrosidad son aplicados en distintos ámbitos del conocimiento humano, se denomina de esta forma tanto a situaciones como a cosas, así como también a animales y hasta el ser humano mismo. De ahí que se considere a la materia que envuelve la presente investigación, dentro del conocimiento y estudio de la ciencia Criminológica.

De lo anterior se sostiene que las situaciones de peligrosidad son aquellas en las que la sociedad tiene determinada prevención, que considera malas o dañinas para la colectividad, es decir, dichas situaciones pueden ser también subjetivas. Por cuanto a los animales considerados peligrosos, Correa García hace referencia de lo expuesto por Hans von Henting, quien señala en su obra *La Pena* las medidas tomadas por los animales cuando detectan situaciones peligrosas, o ciertas anomalías en alguno de sus compañeros, que puedan atentar contra el grupo o alguno de sus elementos.¹⁸⁴

Cuando se trata del ser humano, continúa Correa, “tanto el enfermo mental, como el que delinque son modelos bastante claros de lo que se ha llamado individuos peligrosos.”¹⁸⁵ De esto se desprende un punto importante de la historia de la medicina, por cuanto al drama sufrido por el enfermo mental a través de los tiempos y que ahora con los avances en la investigación, tanto criminológica como penal, son denominados inimputables.

La peligrosidad como concepto aplicado al sujeto delincuente, es observado desde dos situaciones: a) de la existencia de ciertos individuos que, aunque se encuentren aun sin haber cometido algún delito, estén próximos a cometerlo y

¹⁸³ Correa García, Sergio, *Peligrosidad*, recuperado del acervo de la biblioteca virtual del IJ de la UNAM, p. 258.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/854/15.pdf>

¹⁸⁴ ídem.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 259.

esta es la peligrosidad social;¹⁸⁶ b) la de quien siendo delincuente puede volver a violar la ley penal y esta es la peligrosidad criminal.

En el caso que debe aplicarse el término de la peligrosidad para que tuviera injerencia en la categoría de la culpabilidad, es aquel en el que se habla de la peligrosidad del delincuente. Esta se fija exclusivamente en función a la probabilidad de violación de la ley penal. Mientras se trate del ser humano, existe la afirmación de que la peligrosidad se ha relacionado con la presencia de un patologismo individual y la posibilidad de un daño social.

En este sentido y derivado de lo anterior, se plantea que el concepto de la peligrosidad viene dentro de un contexto jurídico-penal, que sigue los siguientes supuestos:

- 1.- Es peligroso aquel individuo que puede ocasionar un daño social, en el sentido único del poder cometer un delito.
2. Por otro lado, es peligroso aquel que haya delinquirido y además presenta la tendencia a delinquir nuevamente.¹⁸⁷

Debe entenderse a la peligrosidad como un supuesto que se compone de una patología humana con la posibilidad de ocasionar un daño social. A *grosso modo* el concepto de peligrosidad nace de las teorías clásicas y positivistas, cuando la ciencia criminal intenta sostener otras teorías que justifiquen la pena. Bajo ese tenor se inician los estudios de la antisocialidad, ahora desde un punto de vista antropológico, psicológico, biológico y social.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Se puede fijar la categoría de la peligrosidad social o criminal, cuando se constituye por la existencia de la misma ley que puede ser violada por primera vez o de forma reiterativa.

¹⁸⁷ Sánchez Gómez, Jesús, *Manual de clínica criminológica: perfil de peligrosidad criminal. Ejemplo docente: terrorismo yihadista*, editorial Tecnos, México, 2012, p. 24

¹⁸⁸ Ferri, Enrico, Untermann, Ernest, *The positive School of Criminology: three lectures*, editorial BiblioBazaar, 2016, p.56.

Zaffaroni, a partir de conocimientos provistos por la criminología, justifica la intencionalidad del saber penal. Uno de los hechos que nos ha enseñado la criminología es la selectividad del ejercicio del poder punitivo, que termina recayendo siempre sobre ciertos estereotipos individuales.

Por lo cual, el poder punitivo estatal sólo va a responder a las "obras toscas" cometidas por las personas de posición social desventajosa. Estos individuos cometen delitos groseros debido a su entrenamiento diferencial, el cual, es producto de su posición social.¹⁸⁹

En conclusión, la posición social, y no la comisión de delitos, es lo que determina el estado de vulnerabilidad frente el poder punitivo estatal. Esta situación, evidentemente, deslegitima el ejercicio del poder punitivo. También, agrega que los estratos sociales bajos sufren una selección victimizante y policizante que agrava la vigencia de sus derechos fundamentales.

Resulta interesante que estos datos tomados de la realidad, luego van a ser aplicados en las dos teorías siguientes para orientar con mayor racionalidad las decisiones de los jueces. Es decir, que se plantea un modelo de saber penal que incorpore los datos reales y que a partir de ellos construya nuevos límites al estado de policía. Esto es un gran cambio en el saber penal, marcando un éxito, ya que se descarta un paradigma puramente teórico, aséptico, alejado de la operatividad del sistema penal; para adoptar un nuevo paradigma que acople la realidad.¹⁹⁰

Esta forma de mostrar la evolución del saber penal, en relación con su contenido pensante, permite distinguir la influencia de las diferentes situaciones políticas.

¹⁸⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal parte general*, editorial Porrúa, México, 2001, primera reimpresión 2016, p. 78.

¹⁹⁰ Ídem.

Para explicar esto, Zaffaroni habla acerca de dos paradigmas importantes de la época que buscaba el conocimiento: la disputatio y la inquisitio.¹⁹¹ En el primero, la verdad era obtenida por medio de la lucha entre partes y el triunfo de una de ellas probaba que Dios estaba de su lado.

La *Inquisitio* reemplazó a este paradigma. Se basa en la interrogación del ser humano a las cosas, pero previamente hay una decisión de poder selectiva que la transforma en un objeto. En este sentido debe hacerse la aclaración que cuando el ser humano pasó a ser objeto de conocimiento fue codificado.

Entre el investigador y la cosa se va a dar una relación sujeto-objeto, en la cual el sujeto limita su pregunta a lo que le sirve para dominarla. En consecuencia, estamos en presencia de un valor de verdad instrumental. Es notoria la influencia, en este pasaje de la obra, del pensamiento de Foucault en lo referente a la relación existente entre saber y poder.¹⁹²

Por otra parte, deja planteada la existencia de un tercer paradigma para acceder al conocimiento, que él denomina como el dialogo. En este paradigma, el humano pregunta lo necesario para lograr la inteligibilidad comunicativa conjunta con la cosa. La evolución del contenido pensante del saber penal comienza a ser expuesta a partir de los glosadores, pero a continuación se ve arrollada por la aparición del *Malleus Maleficarum*¹⁹³ (Martillo de las brujas) en 1487, escrito por dos inquisidores.

¹⁹¹ Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Tenorio Tagle, Fernando y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal mexicano parte general*, editorial Porrúa, primera reimpresión, México, 2016, p. 250.

¹⁹² Freedman, Diego, "Comentario al manual de derecho penal de Zaffaroni, Alagia y Slokar", publicaciones Buenos Aires, 2000, p. 450.

¹⁹³ Fue escrito en 1486 por dos monjes dominicos, Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger. En el acto y a los largo de tres siglos siguientes, se convirtió en el manual indispensable de autoridad final para la Inquisición, para todos los jueces, magistrados y sacerdotes, católicos y protestantes, en la lucha de lo que en ese tiempo era considerado brujería en Europa. En él se describían los poderes y prácticas de los brujos, sus relaciones con el demonio, como descubrirlos y en consecuencia la sanción aplicable al caso, desde la hoguera hasta la tortura

Esta obra tenía un alto nivel de racionalización integrando de manera coherente el derecho penal y el procesal penal con la criminología y la criminalística. Pero, a su vez tenía un bajo nivel de contenido pensante, ya que se formula un discurso de discriminación biológica hacia las mujeres.¹⁹⁴

Esta construcción permitía una defensa social ilimitada. Justamente el nacimiento del derecho penal liberal tuvo como finalidad ponerle límites a esta defensa social. Por consiguiente, Zaffaroni continúa exponiendo luego las contribuciones de los teóricos del derecho penal liberal que permitieron un mayor nivel de contenido pensante.

La crítica que realiza el autor a estos teóricos fue la contradicción en que incurrieron al limitar el poder punitivo estatal, pero a su vez legitimarlo. Esto marca una diferencia con la construcción teórica de Zaffaroni cuyo único fin es acotar el ejercicio del poder punitivo.

La antropología criminal,¹⁹⁵ recogió una serie de estigmas y signos anatómicos, con el fin de fundamentar una teoría de los rasgos atávicos que volvía al ser humano a la animalidad.

Una tendencia que en primer lugar era tenida en cuenta por la antropología criminal y en un segundo orden, por la Psiquiatría naciente que trató -esta última- de situar el cuerpo humano en un asidero orgánico y anatómico de los trastornos psíquicos, “mediante la lectura de signos patológicos y determinación de diagnósticos del peritaje médico.”¹⁹⁶

mental o física. Fue en completo uno de los primeros códigos penales de la época inquisitorial.

<http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusEspanol1.pdf> 06/02/17

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 452.

¹⁹⁵ Cardona Rodas, Hildemar. “*La antropología criminal en Colombia*”. El rostro del criminal revela su conducta anormal. 2004, p. 25

¹⁹⁶ Taylor, Ian. Walton, Paul. Young, Jock. *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores. 1990, p. 17

El Positivismo utilizado en la Criminología fue diferente al que apareció en la teoría social y psicológica general; el Positivismo Criminológico se constituyó más obvia y claramente con su aplicación y práctica inmediata. “El atributo primordial del positivismo, y del cual pueden deducirse todas sus características principales, es su insistencia en la unidad del método científico”.¹⁹⁷

Los mecanismos utilizados en el mundo de lo físico, tenían validez y aplicación para el estudio de la sociedad y el hombre. Insistiendo en esta idea, los positivistas propusieron el uso del método para cuantificar el comportamiento, aclamando la objetividad del científico y afirmando que la acción humana poseía una naturaleza definida y regida por leyes.¹⁹⁸

Para la Escuela Clásica resultaba fundamental salvaguardar las garantías de todos los individuos del contrato social. Mientras que para la Escuela Positiva este concepto de garantías fue transformado por la defensa activa de la sociedad.

El positivismo partió, de una cuantificación, de un objeto y un determinismo que llevó a concentrar la atención en el delincuente, no en el delito y a establecer una especie de “fe” en la habilidad superior que representó el científico social. La misión de la ciencia penal no fue ya, la de frenar todas las aberraciones de la autoridad en la represión y en el juicio para que esta no generara en tiranía, sino que se debía organizar de modo jurídico la defensa represiva de la delincuencia.¹⁹⁹

En este sentido, los avances científicos en la identificación del delito, como bien se puntualiza en el párrafo que antecede, optaron por dejar de perseguir el excesivo *ius puniendi* del Estado y enfocarse en la creación de los elementos que conforman al delito, lo cual subsana y reconoce que en derecho penal, el poder

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ Sotomayor, Juan, *Inimputabilidad y sistema penal*, Temis, Bogotá, 1996, p. 32.

¹⁹⁹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988, p. 76.

del Estado continua con la varita de la represión y terror social por cuanto a las penas que se especifican para los delitos.

Es entonces que hasta la fecha contamos con un sistema que considera que la solución a los conflictos sociales que implican conductas criminales, es el incremento en las penas y no el estudio adecuado del caso y del delito en sí. Se continua con un sistema que trabada bajo protocolos armados y actúa, en materia penal, como maquinas programadas para observar únicamente la superficie del delito y no cada uno de sus engranes.

Capitulo III

Marco jurídico de la culpabilidad

3. La aplicabilidad de la culpabilidad como una categoría del delito en el sistema judicial en México y su análisis jurídico con el Sistema Anglosajón: Estados Unidos de América.

3.1 El principio de culpabilidad

La culpabilidad como categoría y elemento del delito, debe ser reconocida y probada por los elementos que aplican el derecho penal en México. Se debe reconocer como operadores del sistema penal, desde los mandos más bajos de la policía en todos sus niveles: federales, locales y municipales; los policías y

agentes especializados en la materia y quienes son el primer contacto con el procedimiento penal, la policía y agentes ministeriales; hasta el más grande aplicador de la norma, que es el juez penal.

Sin embargo no debe dejarse de lado el hecho de que los abogados defensores y asesores jurídicos, deben estar, de igual forma, preparados en la terminología, argumentación y aplicación de los conceptos básicos y fundamentales que componen al delito.

Es primordial comenzar a comprender lo que el principio de culpabilidad significa. El principio de culpabilidad al igual que el de legalidad, es uno de los principios rectores o fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico penal de un Estado democrático de derecho, mismo que funciona como un límite al *ius puniendi* estatal, dado que requiere para la imposición de una pena, que previamente se acredite la culpabilidad del agente.²⁰⁰

Otros autores como Guillermo Yacobucci sostienen que junto con el principio de legalidad, el de culpabilidad, es uno de los principios rectores y que si bien no se encuentra descrito o pronunciado en el denominado “texto histórico” de nuestra Constitución Nacional, lo cierto es que su existencia se ha derivado o extraído de la esencia del propio principio de legalidad, contenido en el artículo 18 y del principio de dignidad humana.²⁰¹

Derivado de lo anterior y atendiendo a lo que mencionan los autores antes citados, Simón P. Bracco señala que podría definirse al principio de culpabilidad “como aquel que requiere de parte del sujeto actuante una relación con el hecho de modo tal que pueda imputársele objetiva y subjetivamente como un suceso

²⁰⁰ Mir Puig, S., *Derecho penal, parte general*, editorial BdeF, Buenos Aires, 2004, p. 132.

²⁰¹ Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 293.

propio.”²⁰² En este sentido, menciona el autor, que la culpabilidad comprende con dos sentidos de corte garantista, es decir, que por un lado cumple con su función de hacer atribuible y legitimar la imposición de una pena; y por otro lado coloca un límite a dicha sanción dependiendo el grado de culpabilidad del autor.

En este sentido, Bacigalupo señala que “la culpabilidad condiciona el sí y el cuánto de la pena”²⁰³, es decir, que solo será punible el autor cuando se haya demostrado su culpabilidad y, además, la pena deberá ser equivalente a dicha culpabilidad. Tradicionalmente se entendió a la culpabilidad como “el poder actuar de otra manera”, es decir, que el reproche hacia el autor es porque pudiendo haber actuado de otro modo, se decidió por el hecho ilícito.

En esta corriente, tiene injerencia Zaffaroni, quien señala que el principio de culpabilidad, puede dividirse en dos subprincipios:

- a) En primer lugar la exclusión de la imputación por la mera causación del resultado –dejando a la responsabilidad objetiva fuera del ámbito de atribución, así como también su manifestación, la *versari in re illicita*- y
- b) La prohibición de efectuar la imputación cuando no podía exigirse otra conducta adecuada a derecho. En este sentido, se presupone “un ente capaz de decidir conforme a valores y pautas o más sintéticamente dicho, un ser *autodeterminable* o una persona.”²⁰⁴

De lo anterior se comprende que para Zaffaroni, el principio de culpabilidad debe asentarse sobre una concepción del hombre como *persona*, es decir, como un sujeto que tiene capacidad para decidir la conducta a seguir. Desde el

²⁰² P. Bracco, Simón, *Culpabilidad y conocimiento de la norma*, editorial Adhoc, primera edición, Buenos Aires, 2012, p. 14.

²⁰³ Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal, parte general*, editorial Hammurabi, segunda edición, Buenos Aires, 1999. p.168.

²⁰⁴ Freedman, Diego, *Comentario a Derecho penal parte general de, Zaffaroni*, Eugenio Raúl, Alagia, A, y Slokar, editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 16.

momento en que esto se niega, no hay forma alguna de reprocharle al autor, su conducta.²⁰⁵

Roxin manifiesta una serie de críticas a esta teoría al afirmar que además de utilizar como base una premisa que es indemostrable (el libre albedrío), “el poder actuar de otro modo” del autor individual al momento del hecho, no es constatable empírica o científicamente y al no poder acreditarse la culpabilidad de ese modo, entonces cabe absolver al imputado por la aplicación del principio *indubio pro reo*, tornando imposible un derecho penal de la culpabilidad.²⁰⁶

En este sentido, Roxin²⁰⁷ denota su inclinación hacia la crítica que hace falaces las afirmaciones de la existencia del principio de culpabilidad, mencionando además que los autores que piensan de esta manera, intentan *zanjar* lo anterior mediante la creación de una ficción que ya no consiste en el análisis del poder del sujeto individual al momento del hecho, sino en el poder que hubiera tenido la persona media conforme a la experiencia, en condiciones y situaciones análogas.

Sin bien es cierto que la culpabilidad como un “poder actuar de otro modo” es discutible y criticable, algunos otros autores están de acuerdo en que lo que se debe tomar en cuenta no es el “libre albedrío”, ya que, como menciona Roxin, este es un concepto de difícil o imposible comprobación. Sin embargo, el principio de culpabilidad que señala Zaffaroni, es aquel que recae sobre el supuesto de la sociedad democrática, en la que los individuos que la componen son susceptibles de derechos y obligaciones sobre la base, principalmente de que tienen la posibilidad de “autodeterminarse”²⁰⁸

²⁰⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *tratado de derecho penal, parte general tomo IV*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 34.

²⁰⁶ Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I, fundamentos la estructura de la teoría del delito*, editorial Civitas, España, 1997, p.800.

²⁰⁷ *Ídem*.

²⁰⁸ Freedman, Diego, *Comentario a Derecho penal parte general*, cit., p. 19.

Jescheck es otro de los autores que señala su disconformidad con el principio de culpabilidad “poder actuar de otro modo”, es por ello que algunas de sus ideas permiten dar respuestas a las inquietudes que en un principio manifiesta Roxin. Ya que sostiene, “el principio de culpabilidad tiene su base en la libertad de decisión de las personas, ya que solo podrá ser responsable quien tiene la capacidad de determinarse conforme a las norma jurídicas”²⁰⁹

Partiendo de lo que manifiesta Jescheck, la lógica que señalaba en párrafos anteriores Roxin, queda en duda, debido a que en el entendimiento de la retórica *supra* se deja al descubierto que el libre albedrío no es algo que deba ser probado, esto debido a que con el ejercicio de la libertad (que todos gozamos), la representación de su existencia es algo que se vuelve inherente al ser humano.

Por lo que el hombre, como tal, lleva naturalmente la capacidad de autodeterminarse y de no ser esto posible, se encontraría en una situación en la que se vulneran los principios de igualdad y dignidad humana. Encontrándose entonces, que el hombre es capaz de culpabilidad por su propia condición.

En la teoría de Jakobs, este entiende a la culpabilidad “como atribución según las necesidades preventivogenerales”²¹⁰ considera que la culpabilidad es funcional, dado que menciona, “solo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad”. Ve este fin en la prevención general y concretamente entiende la “prevención general no en sentido de intimidación, sino de ejercicio en la fidelidad al Derecho”. Señala que el fin rector y determinante de la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva y mediante la atribución de culpabilidad y la punición ligada a ella se confirmaría la “corrección de la confianza en la corrección de la norma”.²¹¹

²⁰⁹ P. Bracco, Simón, *Culpabilidad y conocimiento de la norma*, *cit.*, cita a Jescheck W. y su Tratado de derecho penal parte general, p. 17.

²¹⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I, fundamentos la estructura de la teoría del delito*, *cit.*, p.805

²¹¹ Ídem.

De lo anterior debe comprenderse la postura de Jakobs desde un punto de vista positivista, en donde es necesaria, como menciona el autor, la sanción al delincuente por haber roto la confianza de la comunidad o de la sociedad hacia su sistema jurídico, es decir, el poder punitivo del Estado, para Jakobs, existe con la finalidad de prevenir que se viole la norma jurídica. Sin embargo, desde el punto de vista del presente estudio e investigación, esta postura continúa perteneciendo a un Derecho penal ortodoxo y cerrado.

La realidad actual, en México, como en el Mundo, se encuentra en una transición paradigmática en donde los principios generales del Derecho que propugnan por la concepción, establecimiento, aplicación y respeto de los derechos humanos deben estar en primer punto de importancia para las legislaciones de los países. Se debe dar un vistazo al panorama mundial para notar que el Derecho penal debe evolucionar al garantismo.

Desde esta perspectiva debe entenderse que el garantismo penal no implica la exclusión de los delitos, o el tratamiento preferencial al imputado o al delincuente, significa que debe velarse por la correcta aplicación de las normas con las que ya se cuenta, bajos los principios jurídicos como el de culpabilidad. Con la finalidad de que las personas que purguen una pena, sean aquellas que realmente se encontraron cumpliendo con los elementos del delito y que por ende, la pena sea la necesaria.

Ahora bien, para continuar con el principio de culpabilidad, es necesario ubicarlo dentro de la legislación, principalmente desde una óptica general (Constitución) para llegar a lo particular (Códigos penales).

3.1.1 Fundamento legal del principio de culpabilidad

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (de aquí en adelante CPEUM) tuvo su nacimiento en el año de 1917, fruto de los movimientos

revolucionarios que llevaron a los ciudadanos a tomar en mano propia el futuro de la sociedad mexicana, pugnando por una ley suprema que diera observancia a los derechos fundamentales y del mismo modo diera organización al Estado.

El principio de culpabilidad dentro de la CPEUM en vigencia no se encuentra del todo especificado como lo están otros principios fundamentales, por ejemplo, el principio de legalidad. Sin embargo menciona Simón P. Bracco que el principio de culpabilidad y el de legalidad son unos de los principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico penal de un Estado democrático de derecho y al mismo tiempo funcionan como limitantes del *ius puniendi*.²¹²

El artículo número 20 de la CPEUM establece que el proceso penal será acusatorio y oral, mismo que habrá de regirse bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. En su apartado A se encuentran enumerados los principios generales de dicho proceso y para materia de esta investigación, son importantes las fracciones V y VIII, que a la letra señalan:

...apartado A, fracción V.- La carga de la prueba para demostrar la *culpabilidad* corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; y

...apartado A, fracción VIII.- El juez sólo condenará cuando exista convicción de la *culpabilidad* del procesado;...

Derivado de lo anterior, se debe comprender que la Constitución prevé dentro de los principios generales del proceso penal, el principio de culpabilidad, en específico la fracción VIII del mencionado apartado del artículo 20, expresa la razón de existencia y fundamentación del presente trabajo de investigación,

²¹² P. Bracco, Simón, *Culpabilidad y conocimiento de la norma*, editorial Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2012, p. 1

cuando señala que el juez no podrá imponer pena alguna hasta tener la convicción de la culpabilidad del imputado.

En este sentido y bajo lo establecido por esta fracción, el autor Reyes Loaeza señala:

“aquí se consagra a favor del imputado la garantía penal conocida como *in dubio pro reo*, lo que significa que en el momento de que el juez emita su resolución de sentencia, debe de tener la certeza de la existencia del hecho delictivo y de la participación del imputado en el mismo, y solo en esos casos podrá imponer una pena como condena; en caso opuesto, la duda originará como consecuencia la absolución, al estar protegido el imputado por la presunción de inocencia”.²¹³

Cabe destacar que se cita el presente artículo motivo de la reforma constitucional en materia penal del año 2008, en la que fueron sujetos de cambio los artículos 16 al 22 de la norma suprema. Misma reforma que inició con el nuevo sistema de justicia penal adversarial y oral que mantiene México a la fecha.

La anterior fundamentación legal corresponde a las reformas efectuadas a la CPEUM. Ahora corresponde conocer los cambios que las mismas ocasionaron a las leyes nacionales y locales sustantivas y adjetivas en materia penal.

3.1.1.1 Código Nacional de Procedimientos Penales.

La labor legislativa en materia penal se ha promovido y materializado a partir de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia del 18 de junio de 2008, que ha implicado un cambio de paradigma en ámbitos como la seguridad pública, la reinserción social y el proceso penal, el cual, como ya se mencionó, cambió el

²¹³ Reyes Loaeza, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial*, editorial Porrúa, México, 2011, p. 38.

paradigma al corte oral y acusatorio bajo los principios de contradicción, concentración, continuidad, publicidad e inmediación.

En lo referente a la legislación secundaria, sobresale la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante como CNPP) en marzo del año 2014, mismo que se constituye como un punto de partida para materializar a nivel nacional la multicitada reforma en materia de seguridad y justicia.²¹⁴

Con este Código Nacional se abre una posibilidad de correlacionar el ámbito penal con los derechos humanos en razón de diversas disposiciones que componen esta legislación, en la que se hace referencia a la necesidad de que se privilegien los Derechos Fundamentales en el proceso.

Por lo que refiere al principio de culpabilidad, el CNPP lo prevé bajo las tesituras que impone la Constitución, en este sentido se ve estipulado en los artículos 130, del capítulo V sobre el Ministerio Público, que refiere que la carga de la prueba para comprobar la culpabilidad se encuentra a cargo de la parte acusadora; el 155 del capítulo IV sección primera referente a las medidas cautelares cuando menciona que las mismas no podrán ser objeto para obtener el reconocimiento de la culpabilidad ni como sanción penal anticipada.

El artículo 359, del capítulo IV acerca de las disposiciones generales sobre la prueba, donde se menciona que "...solo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable". El numeral 405, del capítulo VI sobre la deliberación, fallo y sentencia, donde estipula la sentencia absolutoria, bajo el perfeccionamiento de los medios de exclusión del delito, tomando como referencia el Tribunal de enjuiciamiento, las causas de atipicidad, justificación o inculpabilidad.

²¹⁴ Carreón Perea, Manuel Jorge, "*¿Fomenta el Código Nacional de Procedimientos Penales la protección de los Derechos Humanos?*", Revista Iter Criminis, número 11, sexta época, oct-dic, 2015, p. 107.

Así mismo y dentro del mismo numeral, se especifican estas causas por lo que señalan las fracciones I, II y III. Siendo de mayor importancia para la materia en discusión, las fracciones II y III que rezan lo siguiente:

II. Son causas de *justificación: el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o*

III. Son causas de *inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.*

Manifestando lo anterior, conceptos que la dogmática y la doctrina han traído desde tiempos lejanos, como medios de exclusión y benevolencia hacia el imputado, pero que aún en la actualidad se dejan de lado debido al desconocimiento de su argumentación y aplicación judicial.

En el mismo orden de ideas, el artículo 406 del mismo capítulo señala que en relación a la sentencia condenatoria, ésta será procedente únicamente bajo la convicción del juez de la existencia de culpabilidad.

Finalmente el numeral 410, inserto en el mismo capítulo antes mencionado, trata sobre los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad. De lo que se recupera en su párrafo tercero la cuantificación del grado de la culpabilidad y su funcionalidad como limitante de la pena o de la medida de seguridad, lo que se prevé de la siguiente manera:

...El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción...

De este precepto se desprende, determinada manera, toda teoría vista sobre la culpabilidad y su problemática, desde su fundamento como juicio de reproche hasta las posibilidades de su comprobación. Sin embargo, confirma la necesidad punzante de su aplicación. Se ha precisado el hecho de que la culpabilidad existe plasmada en el derecho positivo, sin embargo no se ha transcendido en la aplicación de su naturaleza.

Hasta este punto se han analizado las leyes tanto suprema, como la ley adjetiva nacional penal, mismas que son las más importantes en el ámbito del conocimiento del principio de la culpabilidad. Ahora se deberá conocer el ordenamiento jurídico sustantivo, iniciando con el nivel Federal y culminando con el nivel local, así como con la realización de un comparativo entre códigos locales que prevén el mencionado principio.

3.1.1.2 Código Penal Federal

En el Código Penal Federal (adelante CPF), el principio de culpabilidad se ve inmerso en los supuestos de las excluyentes del delito, así como en los preceptos que se desprenden de la norma suprema. Al igual que en el CNPP, el CPF legisla en materia de culpabilidad, bajo los artículos 13, 15 fracciones VII, VIII, IX, X y XI,

52, entre otros, siempre que traten sobre la determinación de la culpabilidad del sujeto imputado o acusado.

Desde que se considera que para la imposición de una sanción, es necesario el completo convencimiento de la existencia de culpabilidad por parte del autor imputado, todo código que señale esta necesidad, prevé implícitamente el principio de culpabilidad. Ahora bien que para la materia que ocupa esta investigación, los preceptos indispensables son aquellos que traten sobre las excluyentes del delito y específicamente mencionen los errores de prohibición, error invencible, caso fortuito, etc... dado que en estos se deposita la culpabilidad motivo de estudio.

3.1.1.3 Código Penal para el Estado de Morelos

En relación con el Código Penal para el Estado de Morelos (en adelante CPEM), las disposiciones sobre el deber de probar la culpabilidad derivan del mismo modo que en la constitución, además de que cuenta también con la mención de las excluyentes de incriminación. Siendo de importancia el artículo 23 del CPEM por sus fracciones VII, VIII, IX y X. Artículo 58 sobre la proporcionalidad de la pena.

El requerimiento de conocer estas disposiciones es relevante, dado que como se ha visto hasta ahora, tanto los Códigos Nacionales como este primer código local, contemplan en su marco normativo, las excluyentes del delito, la necesidad de probar la culpabilidad y el deber del juez de no imponer pena alguna hasta tener conciencia y convicción de que ésta existe, además de que al comprobarse su presencia, la pena no puede exceder del grado de culpabilidad.

Estos cuerpos normativos contienen todas estas disposiciones, sin embargo no manejan aun dentro de sus textos, el significado de cada excluyente, su funcionamiento y perfeccionamiento, es decir, ¿conoce el Ministerio Público, el

significado de un error de prohibición, error invencible, caso fortuito o error vencible?, ¿sabe el MP cuando se configuran y existen estas figuras?, es importante conocer esto porque el código es perfecto, prevé estas excluyentes, pero si los operadores del derecho penal no saben su significado y la norma no se los explica, entonces donde se puede encontrar su correcta aplicación y por ende la justicia.

Uno de los estados de la República mexicana que cuenta con un Código penal excepcional, es Coahuila. Este además de ser un cuerpo normativo que sigue la línea de las disposiciones constitucionales, también es un manual de dogmas y doctrina que acentúa de manera armoniosa y comprensible, todos los términos jurídico-penales de la teoría del delito. Por lo que es motivo de análisis siguiente.

3.1.1.4 Código Penal para el Estado de Coahuila

El Código Penal para el Estado de Coahuila (más adelante CPEC), cuenta con su última reforma publicada en su periódico oficial el 19 de agosto del año 2011. Este es un compilado normativo que además cuenta con la explicación de las figuras componentes del delito.

Para comenzar, el CPEC define al delito como lo hace la doctrina, en su artículo 12 lo señala de la siguiente manera: “Delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen una o varias sanciones penales”. Como se puede ver, este apartado legal, tiene el fundamento de los tres elementos de la conducta, para ser delito, es uno de los códigos penales que no señala al delito como la “acción y omisión”, sino que se atribuye a la norma un manejo de las teorías de delito.

Continuando con la perfección de este Código, se encuentran capítulos que describen cada forma de conducta, desde la conducta típica, lo que es, como se

configura y sus elementos, atipicidad, causas de excluyentes por ausencia de tipicidad (Capítulo cuarto del CPEC). De la antijuridicidad, causas de excluyentes por impedir la lesión o permitirla (Capítulo quinto) y finalmente cuenta con un capítulo sobre la culpabilidad.

CAPÍTULO SEXTO CULPABILIDAD ARTÍCULO 48. CONDUCTA CULPABLE. La conducta del agente es culpable si, al realizarla:

I. CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD DEL HECHO. Conoce o existen condiciones razonables para que conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete; o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente; y

II. EXIGIBILIDAD DE CONDUCTA CONFORME A DERECHO. Se encuentra en posibilidad razonable de conducirse conforme a Derecho.

ARTÍCULO 49. VALORACIÓN DE LA CULPABILIDAD. Para resolver si el agente se condujo culpablemente, se atenderá a sus condiciones personales y a las circunstancias del caso concreto.

ARTÍCULO 50. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD. Toda persona se presume inocente hasta que, previo el debido proceso legal, se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoria.

ARTÍCULO 51. CAUSAS EXCLUYENTES DE DELITO POR AUSENCIA DE CULPABILIDAD. La conducta es inculpable:

I. ERROR DE PROHIBICIÓN. Cuando se realiza bajo error invencible de prohibición. Existe error de prohibición cuando hay discrepancia entre el hecho y su representación por el agente, con relación a la ilicitud penal de su conducta; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es punible; o porque circunstancias objetivas lo motivan a creer que no es penal la ilicitud de su conducta; o le originan la creencia falsa que concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite. El error de prohibición es invencible cuando las condiciones personales del

agente y circunstancias del caso, le impiden o dificultan superar su ignorancia o que advierta su falsa apreciación.

II. ERROR DE EXIGIBILIDAD. Cuando se realiza bajo error invencible de exigibilidad. Existe error de exigibilidad cuando las circunstancias objetivas que motivan la conducta del agente, le originan la creencia falsa de una causa que conforma estado de necesidad inculpable o temor fundado. El error de exigibilidad es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso le impiden o dificultan advertir su falsa apreciación.

III. CONSENTIMIENTO PRESUNTO DEL TITULAR DE BIEN JURÍDICO DISPONIBLE. Cuando se lesiona un bien jurídico disponible en circunstancias que permitan presumir que el titular daría su consentimiento.

IV. ESTADO DE NECESIDAD INCULPABLE. Cuando se lesiona a un bien jurídico por salvar otro con igual valor, de un peligro real y que sea actual o inminente, sin que se pueda exigir razonablemente otra conducta. Salvo cuando el agente ocasiona con dolo el peligro; o el resultado es evitable por otros medios.

V. TEMOR FUNDADO. Cuando el agente se allana a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor, que se funde en un mal real y grave que sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta.

VI. OBEDIENCIA JERÁRQUICA INCULPABLE. Cuando se cumpla mandato intrínsecamente ilícito pero formalmente legal, de un superior jerárquico en el orden jurídico. Salvo cuando sea notorio lo injusto del mandato o se conozca ese carácter; o se tenga el deber de inspección.

VII. INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. Cualesquier otra, en el que por las circunstancias del caso y las condiciones personales del

agente, le impidan razonablemente que se conduzca conforme a Derecho.

ARTÍCULO 52. DELITOS QUE SE COMETEN BAJO ERROR VENCIBLE DE PROHIBICIÓN O DE EXIGIBILIDAD Y PENALIDAD.

Los errores de las fracciones I y II del artículo 51 serán vencibles si las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce le permiten advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación, según corresponda. En tales casos, al agente se le impondrá desde tres días, hasta la mitad del máximo de prisión y multa, según el delito que cometa. El artículo 29 es aplicable al error vencible de prohibición o de exigibilidad.

De lo anterior se puede observar que el CPEC, describe de forma exacta, las formas de culpabilidad, como habrá de valorarse su probanza y las posibilidades de exclusión bajo el supuesto de la misma. Además de contener como en los Códigos antes mencionados la individualización de las penas conforme al grado de culpabilidad, esto estipulado en los artículos 23, 71, 72 y 73.

3.2 Principio de legalidad y oportunidad en el sistema oral de justicia penal y su relación con la culpabilidad.

De acuerdo con el autor Jorge Acata de la “obligatoriedad, deriva el “principio” de legalidad” que implica prohibir todo criterio discrecional para determinarse a ejercer la función en el caso concreto.²¹⁵. Señala que el principio

²¹⁵ Acata Águila, Isaías Jorge, *“Legalidad y oportunidad en el proceso penal adversativo”*; Cabrera Dircio, Julio (coord.), *Tópicos sobre la reforma penal del 2008*, editorial fontamara, primera edición, México, 2012, p. 40.

de legalidad se funda en disposiciones constitucionales que se amplía en los códigos penales, federales y locales de la República Mexicana.

El principio de legalidad para la materia de aplicación penal, tuvo su origen en la Inquisición, al establecerlo como pilar de su sistema de enjuiciamiento; la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica o real, fue lo que en principio se argumentó para fundamentar este principio, este se nutre con la filosofía especulativa de Kant y Hegel.²¹⁶

El principio de legalidad, es reconocido en los ordenamiento supremos de los diferentes Estados; esto se debe a la relación de supra/subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos, esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos del subordinado cuando se impone en el ejercicio del poder.²¹⁷ El principio de legalidad, entonces, esta para intervenir en estas situaciones, cuando no existe un debido apego a la legalidad por parte del Estado, mientras afecta al subordinado.

En derecho penal, un principio fundamental se conoce como *nullum crimen sine previa lege poenale scripta et stricta* (No hay delito sin previa ley penal escrita y estricta), mismo que hace mención a que no hay fuente alguna más que la ley para manejar dicho derecho. Este principio es válido siempre que se encuentre expresado legalmente.

En México, la CPEUM, manifiesta que la ley es la única fuente del Derecho penal, bajo el precepto con el numeral 14: ... *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 que se trata...*

²¹⁶ *Ibidem.*, p. 41.

²¹⁷ Islas Montes, Roberto, “*Sobre el principio de legalidad*”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, Montevideo, 2009, p. 98.

Por lo que queda debidamente fundado el principio de legalidad en materia penal desde la observación de la ley suprema que representa la Constitución y que es base para la creación de los códigos adjetivos y sustantivos que deben regir el procedimiento que será aplicable a los justiciables.

Señala García Ramírez que *“la construcción de la verdad, revestida con el mayor número de garantías para los justiciables, debe ser la bandera que ondula todo sistema de justicia penal democrático y propio de un Estado de Derecho”*.²¹⁸

De lo que se puede resumir, que la búsqueda de la verdad en materia penal se fundamenta en las aportaciones de la prueba, así como en el estudio del caso en concreto, por lo que es función de los operadores de la materia, hacerse llegar de cualquier elemento que ayude en la construcción de la verdad, también es deber y obligación de los jueces en materia penal, observar y decidir sobre la culpabilidad de un imputado, antes de declararlo responsable y por ende imponerle una sanción.

El principio de legalidad vino a expresar la consagración al más alto nivel normativo de la principal garantía que tienen todos los hombres en condiciones de igualdad frente al poder del estado. Derivado de esto, surge también como un principio, lo que hoy se denomina de oportunidad.

3.2.1 El criterio de oportunidad en el proceso penal oral: beneficio ante el costo.

En un comienzo hablar sobre el criterio o principio de oportunidad implicaría, recordar los momentos históricos en los que el sistema jurídico no respondía a las necesidades que el Estado tenía en cuanto al control punitivo, eficaz y oportuno. Por lo que debían asumirse criterios que simplificaran y

²¹⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio, *“Reflexiones sobre la democracia y la justicia penal”*, Homenaje a Marino Barbero Santos, Vol. I, universidad de salamanca y Castilla la Mancha, Salamanca, 2001, p. 300.

permitieran corregir los excesos de las disfunciones del sistema legal preponderante.

Se debe recordar que en su momento estos criterios de simplificación, han sido en su generalidad, de carácter represivo, ya sea cuando se resume el proceso a la sola confesión del imputado o cuando bastaba un elemento subjetivo adicional a la imputación para causar los irremediables efectos y así culminar el proceso.²¹⁹

Los criterios de oportunidad surgen de la necesidad de romper el paradigma represivo que tiene el Estado en su deber punitivo, es decir, influye el crecimiento de las sociedades y su progreso en la instalación y perfeccionamiento de las diversas garantías y derechos en la administración de justicia. Sin embargo, a la par se desarrollaron otros factores, como la densidad poblacional, la pérdida de valores y el incremento de las necesidades de consumo que provocaron un sobrecargo en el desenvolvimiento del sistema, lo que llevo a la aparición de nuevos criterios de oportunidad, pero esta vez sin ánimo de represión, sino encaminados a la conciliación.

El principio de oportunidad se encuentra regulado en dos grandes sistemas. El sistema de oportunidad libre o amplio, seguido por los países anglosajones como Estados Unidos. Sistema en el cual el Fiscal ejerce la acusación luego de negociar con el acusado o su representante legal, sin sujetarse a ninguna regla preexistente.²²⁰ Lo que significa que el juez penal se sustrae al conocimiento de los hechos y su papel se limita a decidir sobre los términos de la negociación.

²¹⁹ Armenta Deu: *"Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España"*, Editorial PPU. Barcelona, 1991, p. 4

²²⁰ Martínez Gamboa, Rene J, y otros, *El principio de oportunidad como pilar en las vías alternativas a la solución de conflictos penales, vlex internacional*, núm. 28, noviembre, 2015, p. 4 <http://vlex.com/vid/principio-oportunidad-pilar-vias-587514447>

Por otro lado, el sistema de oportunidad reglada, es propio de países europeos como Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España, entre otros. En este sistema, la ley prevé los supuestos sobre los cuales el Fiscal puede declinar la persecución penal y decidirse por el archivamiento del caso.²²¹

Es este sistema, un instrumento moderno que permite la celeridad procesal en materia penal. Aunque se encuentra mayor difundido y aplicado en los países anglosajones, quienes han demostrado que se le puede utilizar en una gran diversidad de casos. Puesto que este sistema atiende consideraciones en relación con el autor y el hecho o entre el autor y su víctima, así como el interés del Estado.

El principio de oportunidad supone la discrecionalidad de la actuación en la persecución penal, es decir, la libertad absoluta para decidir sobre el ejercicio de la acción o de la acusación penal. Por lo que el principio de oportunidad solo se puede conceptuar en forma restringida, teniendo como punto de referencia el principio de legalidad, asumiéndolo como excepción de este.²²²

De tal suerte que en México, correspondiente a lo que denominamos criterios de oportunidad, es necesario conocer que órgano es el responsable de su conocimiento y aplicación, por lo que nos remitimos al estudio y valoración del Ministerio Público.

El Ministerio Público es el titular del ejercicio (público) de la acción penal²²³ y el director de la investigación penal; de la misma manera, los jueces desempeñan los roles de control de la legalidad de los actos de investigación, el dictado, modificación o levantamiento de las medidas cautelares, el control de los plazos procesales, el juzgamiento, la ejecución de la sentencia, entre otros

²²¹ *Ídem.*

²²² *Ibidem. p. 5*

²²³ Aunque se reconoce que en determinadas circunstancias, el ejercicio de la acción penal se encuentra a cargo o es ejercida por parte de la víctima u ofendido de un ilícito penal; lo que en otros sistemas jurídicos configura el denominado proceso del ejercicio privado de la acción penal.

supuestos que las normas del proceso señalen, dentro de lo que se conoce como su ámbito de competencia.²²⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso señalar que para que se produzca una respuesta a un conflicto penal, es necesario movilizar tanto al MP como al órgano judicial, esto con apego a lo que se conoce como el debido proceso, es decir, que para que un ilícito se encuentre en realidad sancionado, estos órganos deben estar completamente seguros de lo que se va a juzgar.

Por ende, en la actualidad, el juicio oral constituye la etapa más importante del proceso penal, debido que, por los principios que le rigen y la dinámica procesal a desarrollar, es el escenario para el desahogo de los medios de prueba, destinados a formar convicción en el operador jurídico en torno a la credibilidad del caso presentado por el MP, ya sea para estimarlo o bien para desestimarlos.²²⁵

Sin embargo, realizar el efectivo cumplimiento del proceso implica costos necesarios a sufragar por parte, no solo de la administración de justicia sino también por la sociedad a través de sus impuestos. Esto intenta demostrar que la etapa del juicio oral y las sesiones que esta implica, se traducen también en un gasto de recursos económicos, humanos, logísticos, de infraestructura, de tiempo, etc. Esto multiplicado por cada situación determinada como ilícito penal.

Con la implementación del sistema de justicia penal acusatorio y oral, estos gastos se han venido desarrollando de la siguiente manera:

Con la implementación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral, México ha realizado una inversión histórica, de acuerdo con el informe del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la inversión

²²⁴ Benavente Chorres, Hesbert, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio y oral, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Editorial flores, México, 2015, p. 2

²²⁵ *Ibidem*, p. 3

realizada hasta ahora para la implementación y consolidación del sistema penal acusatorio asciende a 20 mil 980 millones de pesos.

De ese total, unos 18 mil 705 millones de pesos, se han invertido de 2013 a 2016, es decir en la actual administración federal. Esto significa que de 2008 a 2012 solo se habrían invertido dos mil millones de pesos.²²⁶



Imagen1²²⁷

Esta inversión se ha realizado en:

- Construcción de espacios dignos para:
- Audiencias
- Salas de mediación
- Atención a víctimas
- Construcción de áreas de investigación
- Equipamiento de laboratorios periciales y capacitación policiaca
- A la fecha existen 804 salas de juicios orales a nivel país.

Recursos invertidos en policías:

²²⁶ <http://www.animalpolitico.com/2017/08/sistema-penal-incompleto/> véase

²²⁷ Grafica de creación propia con base en los datos proporcionados por, *ídem*.

- 120, 271 policías equipados con el kit básico de primer respondiente y aseguramiento de la escena del crimen
- 104, 360 policías preventivos se capacitaron con recursos federales

Profesionalización:

- 8, 932 jueces
- 9,100 defensores públicos
- 10,896 ministerios públicos
- 12, 000 trabajadores del sistema penitenciario

Estas estadísticas y datos sobre la implementación y gasto que se requiere sufragar por parte del Estado y de todos los ciudadanos por medio de sus impuestos, para la aplicación de lo que en un principio, bajo la reforma penal del año 2008, se pensó, sería la solución a las problemáticas que sufre el país en relación con la administración de justicia, demuestran que se requiere de un tiempo extraordinario y de una gran suma de recursos económicos, el poder lograr un cambio en el control de la criminalidad.

Como se ha mencionado, *supra*, no solo se genera un gasto al accionar la jurisdicción penal por parte del Ministerio Público, sino que también llegar a la segunda etapa del proceso penal oral, implica determinados gastos. En especial llegar a una sentencia en el nuevo sistema de justicia penal.

El estado de Oaxaca es una de las entidades con el menor desarrollo en la implementación de este sistema, de acuerdo con información del Poder Judicial de este estado, no se ha podido llegar a una completa estructuración debido a la falta de recursos tanto económicos como humanos.²²⁸

Este estado ha informado sobre lo que cuesta llevar un proceso penal oral hasta la sentencia: Menciona que en el año 2014, un procedimiento penal oral con sentencia, generaba una inversión de \$23, 441.68 (veintitrés mil cuatrocientos

²²⁸Véase, <http://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia> 11 de sep. 2017

cuarenta y un pesos con sesenta y ocho centavos). Lo que para el año 2015 se elevó a \$26, 565.71 (veintiséis mil quinientos sesenta y cinco pesos con setenta y un centavos. Lo que se muestra en la siguiente gráfica:



Imagen 2²²⁹

De igual manera se informó que en el año 2014 se dictaron 6, 474 (seis mil cuatrocientos setenta y cuatro) sentencias lo que en total generó un gasto de \$151, 761, 436.32 (ciento cincuenta y un millones setecientos sesenta y un mil cuatrocientos treinta y seis pesos). Lo que para el final del año 2015 incremento a 6, 814 (seis mil ochocientos catorce) sentencias y un gasto invertido de 181, 018, 747.94 pesos (ciento ochenta y un millones dieciocho mil setecientos cuarenta y siete pesos con noventa y cuatro centavos.

Misma que se muestra en la grafica siguiente, cabe destacar que esta informacion es de difícil ubicación, dado que no todos los Estados se dan a la tarea de informar sus actuaciones.

²²⁹ Grafica de creación propia utilizando los datos estadísticos señalados por: <http://www.nvnoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>



Imagen 3²³⁰

De lo anterior se concluye que el gasto que se ha realizado con el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral, ha incrementado más de lo que se previó en un inicio cuando se decidió cambiarlo del sistema Tradicional.

Aun así, la implementación a nivel nacional de este sistema penal, se ha visto envuelto en un rezago preocupante, dado que no todos los estados han logrado cumplir con la fecha de término que se impuso para la completa estructuración. Esto se resume en que solo 4 cuatro estados cuentan con un nivel óptimo en el cumplimiento de dicha implementación en su estructura interna.²³¹

Hasta junio del presente año en curso, solo los Estados de Yucatán, Coahuila, Nuevo León y Chihuahua, cuentan con un nivel óptimo de aceptación e implementación del nuevo sistema penal, mientras que en los Estados con mayor rezago se encuentran Oaxaca, Baja California Sur y Sonora, destacando este último, como el más atrasado de la República mexicana.

²³⁰ Grafica de creación propia utilizando los datos estadísticos señalados por: <http://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>

²³¹ De acuerdo con la información proporcionada por la Secretaria Técnica para la Implementación de la Reforma Penal

Menciona la Secretaría Técnica para la Implementación de la Reforma Penal, que el restante de los estados han continuado su trabajo para poder llegar a obtener el nivel óptimo necesario de aceptación del sistema, sin embargo, a la fecha se han generado constantes denuncias sobre la ineficacia de los procesos penales orales. A continuación se presenta la gráfica que muestra la situación actual de los estados por cuanto a la estructuración del sistema penal oral.

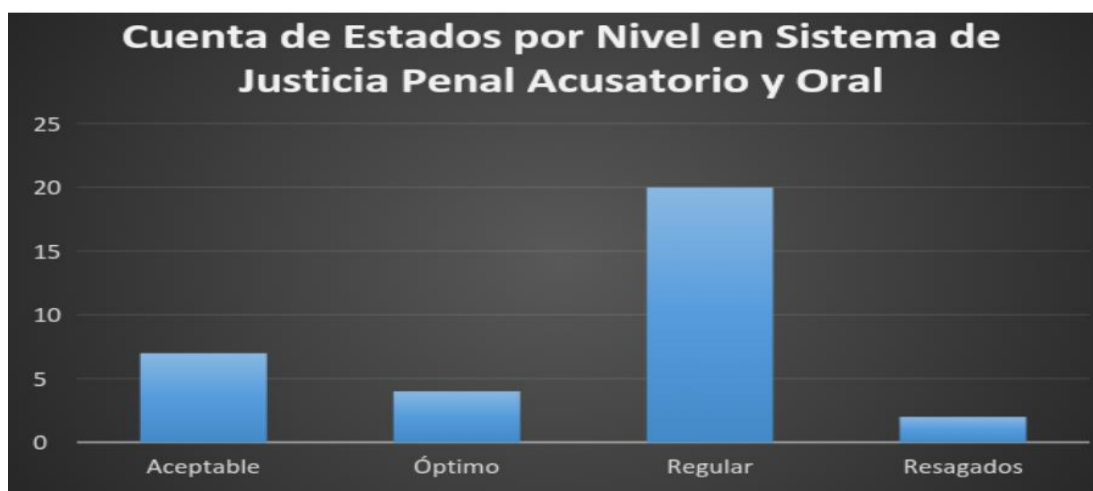


Imagen 4²³²

Finalmente y retomando la temática inicial de los criterios de oportunidad, se pretende demostrar que el hecho de que la reforma penal haya considerado la posibilidad de aplicar estos principios, la realidad ha rebasado esas posibilidades, dejando al descubierto la falta de conocimiento por parte de los defensores y del Ministerio Público acerca de estos principios, dado la inaplicación de los mismos.

Lo que resulta en favorecer las propuestas que más adelante se estructurarán de esta investigación, que demostraría que la respuesta a la problemática actual, no es el equipamiento de policías estatales y ministeriales, sino su capacitación, educación y adiestramiento en materia del delito y correcta administración de justicia.

²³² Gráfica de creación propia utilizando los datos proporcionados por http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Informe_Consolidacion_SJP.pdf

3.2.1.1 Fundamento legal de los Criterios de Oportunidad

De esta reforma del 2008, se plantearon en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), los siguientes supuestos para la aplicación de los criterios de oportunidad.

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación de lo cual deberá dejarse constancia.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;
- II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;
- III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;
- IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de

seguridad ya impuesta al inculpado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero;

V. Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio;

VI. Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, y

VII. Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.

Artículo 257. Efectos del criterio de oportunidad

La aplicación de los criterios de oportunidad extinguirá la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de

dicho criterio. Si la decisión del Ministerio Público se sustentara en alguno de los supuestos de procedibilidad establecidos en las fracciones I y II del artículo anterior, sus efectos se extenderán a todos los imputados que reúnan las mismas condiciones.

No obstante, en el caso de la fracción IV del artículo anterior, se suspenderá el ejercicio de la acción penal en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad, hasta quince días naturales después de que quede firme la declaración judicial de extinción penal, momento en que el Juez de control, a solicitud del agente del Ministerio Público, deberá resolver definitivamente sobre el cese de esa persecución.

En el supuesto a que se refiere la fracción IV del artículo anterior, se suspenderá el plazo de la prescripción de la acción penal.

El CNPP estipula la aplicación de los criterios de oportunidad, mismos que son facultad del MP, dado su poder de promover la acción penal, como se mencionó antes, estos criterios surgen de la necesidad de transformar las medidas represivas del Estado a favor de criterios y principios que llevarán al consenso.²³³

De lo anterior se debe rescatar la razonabilidad que ha tenido el Estado para aceptar cambiar su sistema de justicia penal tradicional a uno que contara con criterios y principios encaminados a la solución de conflictos.

El criterio de oportunidad intrínsecamente considera la gravedad de los crímenes que son sometidos al arbitrio del MP, dentro de esa gravedad es deber del Ministerio observar y estudiar también, la culpabilidad.

De ser observada y entendida la culpabilidad desde un inicio, podrían haberse creado criterios que optaran por la validación de las circunstancias, antes

²³³ Benavente Chorres, Hesbert, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio y oral, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Editorial flores, México, 2015, p.5

que la tipificación de los hechos, comprometiéndose tanto con la víctima como con el imputado.

Estos principios, tanto el de legalidad como el de oportunidad, surgen de la necesidad de convertir el derecho en un instrumento de control de la sociedad, pero con un propósito que ha ido evolucionando, de un Estado represor, a uno que adopte, proteja y garantice los derechos humanos fundamentales.

El estudio de la culpabilidad ha sido motivo de investigación continua en muchos países que han adoptado una norma penal garante y que ha funcionado dentro de sus sistemas jurídicos, por lo que en consiguiente habrá de estudiarse el funcionamiento de la culpabilidad en países del continente Americano como Estados Unidos, Colombia y Argentina.

3.3 La culpabilidad en el Sistema Anglosajón: Ejemplo con Estados Unidos de América.

Autores como Carlos Santiago Nino, han realizado estudios e investigaciones que simplifican el conocer y reconocer en cada uno de los sistemas jurídicos, el nacimiento de sus enfoques (objetivo y subjetivo), y el desarrollo de los mismos en cada sistema.

Nino identifica la acción humana como el punto de partida en la elección de uno de los enfoques tanto en el sistema continental europeo, como en el anglo-americano.²³⁴ En la diversidad de consideraciones posibles entre la toma de enfoques que toma cada sistema mencionado, el autor realiza una caracterización básica.

²³⁴ Nino, Carlos Santiago. *“Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal”*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, número 1. España, 1999, p. 50.

El sistema continental europeo refiere al enfoque subjetivo, focalizado en el merecimiento de la pena por la presencia de intenciones y motivos reflejados en el actuar; el segundo anglo- americano, corresponde a un enfoque objetivo que considera relevante para la adscripción de la responsabilidad no la culpa moral de la conducta, sino la acusación de daños y perjuicios a un bien jurídico tutelado.

La teoría general del delito en la tradición general europea, como se ha mencionado con anterioridad, tiene su fuente principal en autores alemanes que coincidieron en que el otorgamiento de la responsabilidad penal se realizara bajo un sistema de criterios y normas dotado de coherencia y solidez. Aunque el autor advierte una problemática importante derivada de lo que se conocería por el conceptualismo.²³⁵

Cabe hacer mención en este apartado sobre las diferencias principales entre los sistemas que se habrán de conocer, por cuanto a los países europeos, tienen un enfoque conceptualista, como lo señala Nino, mientras que el sistema anglo-americano tiene un enfoque institucionista; mismo que se caracteriza por carecer de un aparato de conceptos, lo que constantemente provoca que se les critique.

El enfoque institucionista, se constriñe al Derecho anglosajón y en éste la responsabilidad penal ve clasificados sus elementos en las categorías del *actus reus* (circunstancias de hecho, objetivas) y *mens rea* (condiciones subjetivas), que llegan a tener cierto nivel de comparación con las versiones clásicas del sistema conceptualista, de tipo y culpabilidad.

En el derecho ingles el principio general es que la *mens rea* se constituye con *la intención* o con *la imprudencia consciente*, es decir, cuando el resultado lo prevé como posible agente.²³⁶ La selección de actitudes subjetivas a exigir para la responsabilidad penal constituye uno de los principales objetos de controversia.

²³⁵ *Ídem.*

²³⁶ Nino, Carlos Santiago. *Los límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980. Traducción al castellano por Guillermo Rafael Navarro, p. 136.

De lo anterior se debe observar la importancia que se otorga a la intención y a los motivos en la responsabilidad, aun cuando se han admitido casos donde existe la responsabilidad objetiva.

En este sentido es importante hacer un breve estudio del principio *mens rea* para el sistema anglosajón que deriva de la familia jurídica del *common law*.

3.3.1 El principio *Mens rea* en el sistema del *Common law*.

En el sistema jurídico penal del *common law*, para que un sujeto sea condenado es necesario que se haya probado, más allá de toda duda razonable, que ha causado determinado evento y puede atribuírsele responsabilidad por el estado de ciertas cosas (the state of affairs) que se encuentra prohibido por la ley, donde se ha tenido un estado mental (state of mind) en relación con el evento causado o con el estado de las cosas.²³⁷

De lo que se desprenden los elementos necesarios para la materialización de la infracción penal en este sistema; un elemento externo o *actus reus*: compuesto por todos aquellos hechos que no guarden una relación con la disposición mental del agente; y un elemento interno o el *mens rea*: que se refiere a los que tiene relación con el estado de la mente.

Rocheft²³⁸ señala que la expresión *mens rea* (mente culpable, *guilty mind*) es una generalidad para referirse a la disposición mental del sujeto; pero no tiene existencia como tal. No existe un *mens rea* único, sino una serie de disposiciones mentales que pueden satisfacerlo.

²³⁷ Fernández Budajir, Luis, “*Mens rea e imputación subjetiva*”, Gaceta judicial, publicación del 3 de marzo de 2013, República Dominicana, p. 3

https://app.vlex.com/#WWW/search*/mens+rea/vid/450232138

²³⁸ Piña Rockefeller, Juan Ignacio, “*La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “common law”*”, editores Comares, España, 2002, p. 43

Al igual que en la teoría del delito del sistema continental o conceptualista, la configuración del crimen en el Common law requiere de la convergencia de dos elementos, tanto el *actus reus* como el *mens rea*, con la finalidad de poderse estar frente a la responsabilidad penal.

La doctrina inglesa reconoce la existencia de tres pasos para establecer si el acusado cumple con el *mens rea*, mismos que se exponen: a) la determinación de qué estado de *mens rea* es necesario con respecto a cada elemento separado de la *actus reus*; b) la interpretación de los criterios de los elementos que conforman el *mens rea*; y c) la cuestión de hecho, que se formula con la pregunta de si contaba el acusado al momento de la realización del hecho, con el *mens rea* requerido o si actuó con dicho elemento.²³⁹

Debe considerarse de lo anterior, que el principio del *mens rea* se equipara con lo que se conoce en la doctrina penal del derecho continental, como la culpabilidad, siendo este el elemento subjetivo del delito en el derecho penal.

De acuerdo con el Modelo de Código Penal estadounidense, un sujeto solo puede ser declarado culpable si este satisface los estados mentales que la definición del *mens rea* del delito exige como propósito (purpose o dolo), conocimiento (knowledge), desconsideración (recklessness o imprudencia) o negligencia (negligence).

El MCP o MPC Model Penal Code por sus siglas en inglés, consagra los elementos generales de la culpabilidad y define el propósito estableciendo que se actúa a propósito respecto de un elemento material del delito cuando:

- I. El elemento implica la naturaleza o el resultado de su conducta o se es consciente del objeto de participar en una conducta de esa naturaleza o para causar tal resultado.

²³⁹ Fernández Budajir, Luis, ob. Cit.

- II. Si el elemento implica las circunstancias del caso o se es consciente de la existencia de dichas circunstancias o se cree o espera que existan.

De lo anterior se resume la posibilidad de que el autor en materia de criminalidad actúa con ánimo, es decir, con dolo o en caso de no hacerlo motivado, considera que su actuar tendría alguna repercusión de resultado.

Así mismo, el MCP señala que se actúa a sabiendas o con conocimiento (knowledge) con respecto a un elemento material del delito cuando:

- I. El elemento implica la naturaleza de su conducta o las circunstancias del caso, o se es consciente de que su conducta es de esa naturaleza o que existen esas circunstancias de resultado.
- II. Si el elemento implica una consecuencia de su conducta o se es consciente de que es prácticamente seguro que su conducta va a provocar tal resultado.

En este sentido se está frente a la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, cuando el sujeto sabe o cree saber que es posible producir un delito si se continúa con la conducta.

En relación con la desconsideración o imprudencia (recklessness) el MCP la define estableciendo que una persona actúa desconsideradamente en relación a un elemento material de un delito cuando conscientemente no tiene en cuenta un riesgo importante e injustificable si el elemento materia existe o pueda ser resultado de su conducta.

Finalmente, una persona actuará con negligencia (negligence) en relación con un elemento material de un delito cuando debería ser consciente de un riesgo importante e injustificable.²⁴⁰

²⁴⁰ Fernández Budajir, Luis, “Mens rea e imputación subjetiva”, Gaceta judicial, publicación del 3 de marzo de 2013, República Dominicana, p. 3
https://app.vlex.com/#WWW/search*/mens+rea/vid/450232138

Ahora si en concreto se realiza una comparación del derecho penal del sistema de tradición civilista o continental con este sistema del Common law, se estaría de acuerdo con que tienen determinadas características similares. Lo anterior considerando que el sistema continental divide en dos las características de la culpabilidad o la imputación, el dolo y la culpa (*supra*).

Capítulo IV

El rol del juez y la culpabilidad

4. El juez en el conocimiento de la categoría de culpabilidad dentro del delito y sus formas jurídicas.

El rol en el que se desenvuelve el juez es de trascendental importancia para la conclusión de este trabajo de investigación, el conocimiento y falta de consideración de las figuras de culpabilidad, o, en su caso el desconocimiento de las mismas, son consecuencia de la realización de trabajos como el presente.

La culpabilidad, como se ha desglosado en capítulos anteriores, nace de la necesidad de incoar la responsabilidad de los autores del delito, sin embargo esta figura ha tomado distintas formas dentro del contexto jurídico y legal. Formas que son deber de los operadores del derecho penal conocer y que se discutirán en siguiente.

4.1 El error de tipo.

El CPF menciona los errores como motivo de aplicación de las excluyentes del delito, sin embargo, la ley se vuelve un tanto obscura y vaga en sus consideraciones de exclusión, puesto que no desarrolla el concepto necesario para comprender estos errores.

El desglose y explicación de los errores para que todos los involucrados en un hecho delictivo encuentren la certeza para continuar con la acción pena, es de suma importancia en las leyes mexicanas. Como se estudió en el capítulo que antecede, existen códigos penales sustantivos como el de Coahuila, que hacen una gran conceptualización de los errores y de la culpabilidad, así como de muchos otros términos necesarios para incoar responsabilidades.

En este sentido encontramos que el error de tipo, es aquel que recae “sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal”²⁴¹. Y tiene el efecto de excluir el dolo y la culpa.

La Suprema Corte adopta la tesis aislada del criterio de resolución del Tribunal Colegiado en Materia Penal del décimo sexto circuito, en el amparo directo con número 90/2015, lo siguiente relativo al error de tipo:

| | | | |
|-----------------------------|--|---------------------|----------------------|
| Tesis: XVI.P .6 P (10a.) | Gaceta del Semanari o Judicial de la Federaci ón | Décim a Época | 2011502 7 de 167 |
| Tribunales Colegiados | Libro 29, Abril de | Pag. 2293 | Tesis Aislada(Pen |

²⁴¹ Sandoval Delgado, Emiliano, “*Circunstancias eximientes de responsabilidad en el Código Penal Federal*, México, 2012, p. 274.

| | | | |
|-------------|-------------------|--|-----|
| de Circuito | 2016, Tomo III | | al) |
|-------------|-------------------|--|-----|

ERROR DE TIPO. NO SE ACTUALIZA TRATÁNDOSE DEL DELITO DE PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA, SI EL INculpADO ADUCE QUE DESCONOCÍA QUE EL ARMA QUE MANTUVO DENTRO DE SU RADIO DE ACCIÓN Y DISPONIBILIDAD, POR SUS CARACTERÍSTICAS, CORRESPONDE A LAS RESERVADAS PARA EL USO DE LAS FUERZAS CASTRENSES.

La causa de exclusión del delito prevista en el artículo [15, fracción VIII, inciso a\), del Código Penal Federal](#) (**error de tipo**), consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos -sean de naturaleza objetiva o normativa- exigidos por la ley para integrar el **tipo** delictivo. Ahora bien, tratándose del delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, regulado en el artículo [83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos](#), no se actualiza dicha causal si el inculpado aduce que desconocía que el arma que mantuvo dentro de su radio de acción y disponibilidad, por sus características, corresponde a las reservadas para el uso de las fuerzas castrenses. Lo anterior es así, en virtud de que si bien es cierto que la apreciación falsa de uno de los elementos del **tipo**, si es invencible y se ha acreditado plenamente, puede actualizar el **error de tipo** y, en su momento, excluir el dolo, también lo es que la afirmación del inculpado, en el sentido de que ignoraba que el artefacto bélico que portaba fuera de los reservados para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, no entraña la distorsión sobre uno o más de los elementos del delito, ya que no implica un **error** de apreciación sobre la acción realizada (portar) o las características del arma (elementos objetivos), ni respecto a la obligación de ostentar la licencia respectiva para ejercitar dicha acción (elemento normativo), por lo que no puede sustentarse en esa aseveración, la causa de exclusión prevista en el invocado artículo 15, fracción VIII, inciso a), del código sustantivo.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL DÉCIMO SEXTO
CIRCUITO.²⁴²

De lo que se puede señalar que el error de tipo, para ser considerado un elemento para la exclusión del delito, debe verse configurado de dos supuestos más, que se encuentre siendo invencible e insuperable. Términos que se desglosaran *infra* este apartado.

Sin embargo y como se ha señalado anteriormente, es deber del juzgador conocer el momento y situación en el que puede aparecer un error de tipo o un error de prohibición, dejando claro que es necesario que los jueces conozcan a fondo estos términos jurídicos.

Citando nuevamente un criterio focalizado en el error de tipo penal, se encuentra mejor la redacción y consideración del significado en la siguiente contradicción de tesis con número 68/2005 PS:

| | | | |
|------------------------|--|--------------|----------------------|
| Tesis: 1a. CIX/2005 | Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta | Novena Época | 175596 40 de 167 |
| Primera Sala | Tomo XXIII, Marzo de 2006 | Pag. 208 | Tesis Aislada(Penal) |

ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.

El artículo [15 del Código Penal Federal](#) establece como causa de exclusión del delito, entre otras, la existencia de un **error** invencible, bajo el cual se realiza la acción u omisión, que recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran el **tipo** penal. El **error** es una falsa apreciación sobre la realidad y se distingue de la ignorancia en que ésta implica un desconocimiento total y conlleva una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado. Entonces, el **error de tipo** consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos -sean de

²⁴² Amparo directo 90/2015. 2 de julio de 2015. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Alberto Augusto de la Rosa Baraibar. Secretario: Israel Cordero Álvarez.

naturaleza objetiva o normativa- exigidos por la ley para integrar el **tipo** delictivo. Este **tipo** de **error**, como causa de exclusión del delito, tiene como efecto excluir el dolo o la culpa; de manera que si el **error** es invencible (insuperable), esto es, no pudiendo evitarse ni habiendo actuado el agente con el mayor cuidado, se excluye plenamente su responsabilidad penal, pero no se excluye por completo si es vencible (superable), sino que en términos del artículo [66](#) del citado ordenamiento actúa como aminorante, pues se aplica la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite tal forma de realización.²⁴³

Aunque esta tesis no se tomó en consideración como jurisprudencia dado que no se dio a conocer el fondo del asunto que resolvió, si es de importancia para el presente estudio e investigación, dado que se observan los criterios judiciales que se han desarrollado respecto del error de tipo y sus características para tenerse en cuenta la exclusión del delito.

4.2 El error de prohibición.

El error de prohibición, de acuerdo con Claus Roxin, concurre cuando un sujeto, pese a conocer completamente la situación y supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida.²⁴⁴ De acuerdo con este autor, lo que distingue al error de prohibición del error de tipo es que el primero afecta la valoración jurídica global y no circunstancias particulares, ya sean fácticas o jurídicas.

²⁴³ 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. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

²⁴⁴ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general I, fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, t. 1, traducción de Luzón Peña, Diego Manuel y otros, Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 861.

Stratenwerth, sostiene que “frente a aquel que al momento del hecho no sabe, ni podría saber que su conducta contraviene normas jurídicas, no se puede formular un reproche de culpabilidad”.²⁴⁵ Sentido que fundamenta la razón de la existencia de principios como este en los que la culpabilidad se vuelve motivo de exclusión delictiva.

En mismo sentido se encuentra la postura de Zaffaroni, a quien se le ha mencionado en múltiples ocasiones dentro de este trabajo de investigación, respecto del error de prohibición, menciona que “habilitar el ejercicio del poder punitivo frente a una persona que no puede saber en la situación concreta, que está actuando de un modo que provocaría la respuesta punitiva estatal, importa la negación del principio de legalidad o del objetivo político que de él se deriva”.²⁴⁶

Partiendo de la base de que el autor del hecho delictivo, no sabe que lo que hace está prohibido por el derecho, entonces existe un defecto en la conciencia de la antijuridicidad, por lo que se debe comprender lo que significa tener esta conciencia o conocimiento de lo antijurídico.

La corriente en la que se basa, la presente tesis, es de pensamiento alemán, siendo este país uno de los mayores productores de doctrina penal, de nueva cuenta Roxin menciona que ser consciente de lo injusto, significa saber que se infringe el ordenamiento valorativo material vinculante del Derecho. Precisa que lo que debe conocerse es la lesión específica del bien jurídico abarcado por el tipo aplicable.²⁴⁷

En una idea análoga de pensamiento, Jakobs entiende que...

“conocimiento del injusto es algo más que simple conocimiento de la contrariedad a Derecho, o sea es también conocimiento del fundamento

²⁴⁵ Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte general - I. El hecho punible*, 4ª ed., traducido por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 295

²⁴⁶ Zaffaroni, Eugenio R., *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 725.

²⁴⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal, ob. Cit.*, p. 869

material de la antijuridicidad, de la perturbación social. Basta con que se conozca la importancia de la norma en cuestión para el ordenamiento del que surge aun cuando se considere equivocado tal ordenamiento. Así, pues se trata del conocimiento de la perturbación social en relación a un ordenamiento conocido (no necesariamente reconocido...)»²⁴⁸

Las consideraciones de lo que implica el error de prohibición para la implicación de la culpabilidad, se derivan en diferentes teorías que tratan de dar una explicación a la necesidad de valoración de tal error, teorías que se exponen de la siguiente manera:

- 1) *Teorías volitivas*. Algunos autores, entre ellos, Jescheck, Schroeder y Rudolphi consideran que para afirmar la existencia de conciencia del injusto es suficiente con que el sujeto considere seriamente la antijuridicidad de su comportamiento y se conforme con la posibilidad de vulnerar el derecho. Así, señala Jescheck al referirse a la conciencia de la antijuridicidad: "...". Basta, sin embargo, según ocurrirá sobre todo en el derecho penal especial, con que el autor considere seriamente la antijuridicidad de su comportamiento y acepte la posibilidad de vulnerar el derecho (conocimiento eventual del injusto)...»²⁴⁹. Esta postura, equipara el conocimiento eventual al conocimiento seguro y excluye, el error de prohibición en ambos casos.
- 2) *Teorías emocionales o de la indiferencia*. Exponentes de este punto de vista son Engisch y Armin Kaufmann. Para esta corriente el conocimiento eventual se manifiesta de dos formas: cuando el autor considera que existe una alta probabilidad de que su hecho sea antijurídico, o en

²⁴⁸ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*, traducido por Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. corregida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, p. 668

²⁴⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed. completamente corregida y ampl., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, ps. 410 y 411.

segundo lugar si el agente considera la antijuridicidad como posible o probable y es indiferente frente a ese hecho, en éste último supuesto no se admite la existencia de un error.²⁵⁰ Evidentemente la gran crítica a esta posición es que contraviene el principio de culpabilidad por el hecho, acercándose peligrosamente a un derecho penal de autor.

3) *Teorías cognoscitivas*. Defienden un concepto de conciencia del injusto meramente cognoscitivo, que se resume en la simple representación de la posible o probable antijuridicidad del hecho, prescindiendo de todo factor volitivo o emocional. Se distinguen aquí dos corrientes:

i) *Teoría de la probabilidad*. Para sus defensores existe conocimiento eventual cuando el autor considera que su hecho, no sólo, es posible que se encuentre prohibido, sino, además se estima que es muy probable que así sea. La existencia de dudas, no implica, por sí sola, la existencia de un conocimiento eventual.²⁵¹ El principal inconveniente de esta teoría es la dificultad de probar en un proceso penal el grado de probabilidad con que el sujeto consideraba que su acción podía estar prohibida.

ii) *Teoría de la posibilidad*. Exponente de esta teoría es Binding, para quien, las dudas sobre la antijuridicidad son suficientes para que el autor se decida por el derecho, pues, la duda supone que el autor ha sido alcanzado por la función de la llamada de la norma, lo que obliga al autor a resolver siempre sus dudas a favor del derecho.²⁵² Una aplicación estricta de esta teoría conduce a una ampliación indebida del ámbito de lo prohibido: lo que el autor piensa que puede encontrarse prohibido, a los efectos de determinar su conducta es como si estuviera prohibido.

4) *Teorías normativas*. El precursor de este punto de vista es Armin Kaufman, quien parte de una distinción de la clase de dudas que se le

²⁵⁰ Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del derecho Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 224.

²⁵¹ *Ibidem*. p. 226.

²⁵² *Ídem*.

puede presentar al sujeto: si son resolubles, no debe entrarse a considerar si el autor le había sido o no indiferente el hecho o si se consideraba probable la antijuridicidad de la conducta, y consecuentemente no merecen ningún tratamiento privilegiado. Por el contrario, si son irresolubles, sólo se llegará a la responsabilidad plena en el caso que el sujeto muestre su indiferencia o aprobación respecto al resultado.

Jakobs, parte de la base de que se trata de un problema estrictamente cognitivo. Para este autor la falta de conciencia es equiparable a su concurrencia si el autor es responsable de dicha falta. Es decir, se trata de un problema normativo, y no interesan las capacidades que, desde un punto de vista psicológico, se pueden verificar en el autor al momento del hecho.²⁵³ A su parecer “... El enjuiciamiento normativo de la falta de conciencia permite, incluso cuando se da la conciencia, corregir normativamente el hecho psíquico de esta conciencia mediante consideraciones sobre la responsabilidad o competencia...”²⁵⁴

Sin embargo, de lo anterior, Jakobs concluye que, en caso de dudas insalvables sobre una norma contradictoria, o en caso de conflicto entre una norma y los propios intereses del autor, éste está disculpado, a pesar de su conciencia de la antijuridicidad condicionada, cuando no deba responder de la situación de duda, es decir, que no sea competente para ello, y se comporte de acuerdo con las reglas aplicables al conflicto de deberes.

4.2.1 El juicio del error de prohibición

²⁵³ *Ibidem.*, p. 227

²⁵⁴ Jakobs, Günther, *ob. cit.*, p. 662.

Algunos autores señalan que la evitabilidad del error de prohibición, debe juzgarse desde un criterio *objetivo*, teniendo en cuenta la situación concreta del sujeto. Cualquier persona que se encontrara en la misma situación podría haber realizado, antes de actuar típicamente, una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario a derecho del hecho.²⁵⁵

Esta posición es consecuencia de concebir a la culpabilidad como un elemento individual. Lo cual determina una contradicción a la presente investigación, dado que la culpabilidad es un elemento esencial de un todo, el delito.

Otro criterio que representa la concepción de la culpabilidad es el subjetivo. Algunos autores señalan que la evitabilidad del error de prohibición, debe tener una vinculación con la capacidad del autor, es decir, se entendería que el autor hallándose en condiciones de conocer (al menos potencialmente) el carácter antijurídico de su conducta, no lo ha conocido, sin embargo, por causas a él achacables (descuido, indiferencia, olvido, desidia, entre otros).

En este sentido, se tendría que el error de prohibición inevitable, se configuraría bajo la hipótesis de que el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo, porque no se encontraba en condiciones de captarlo.²⁵⁶

De tal suerte que al mencionarse en la ley aplicable (CPF) tanto federal como local, los supuestos de exclusión del delito y teniendo estos en demasía, información tanto jurídica como doctrinal, se reafirma la obligación de los operadores penales de tener el conocimiento necesario para aplicar y ejecutar criterios que resuelvan la culpabilidad y por ende excluyan del delito.

Por cuanto a los conocimientos y criterios judiciales en relación con el error de prohibición, pueden citarse algunas consideraciones:

²⁵⁵ Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, 1984, Citado Por Bacigalupo, Enrique, Ob. Cit., P. 437

²⁵⁶ Ídem.

| | | | |
|--------------|-------------------------------------|---------------|----------------------|
| Tesis: | Semanario Judicial de la Federación | Séptima Época | 234042 34 de 72 |
| Primera Sala | Volumen 205-216, Segunda Parte | Pag. 21 | Tesis Aislada(Penal) |

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISION.

El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el "error de tipo" como el llamado "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica.²⁵⁷

Séptima Epoca, Segunda Parte

Volúmenes 193-198, página 27. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

Volúmenes 139-144, página 88. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna.

Nota:

²⁵⁷ Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

En los Volúmenes 193-198, página 27, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION, NO CONFIGURACION DE LAS EXCLUYENTES DE (DELITO CONTRA LA SALUD).".

Este criterio ha integrado la jurisprudencia publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, tesis 148, página 84, bajo el rubro "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION."

Se demuestra que tanto el error de tipo como el error de prohibición encuentran una configuración dentro de los criterios jurisprudenciales, lo que reafirma la necesidad de que el juez conozca y considere dichos supuestos para la exclusión de los delitos.

Sin embargo la presente investigación reafirma que las consideraciones judiciales que se han citado anteriormente, son un tanto oscuras y requieren de mayor precisión intelectual para lograr el objetivo de los errores dentro del marco normativo, que es la benevolencia de la ley siempre que los operadores del sistema punitivo tengan los conocimientos para aplicar estas determinaciones, eliminando o permitiendo la disminución de los índices delictivos y por ende disminuyendo también la población penitenciaria.

Se han venido desarrollando en este capitulado las características que deben tener los errores de tipo y prohibición para encontrarse en el supuesto configurado que determina la ley, por lo que se debe aclarar en consiguiente lo que significa un error invencible o insuperable.

4.3 El error invencible o insuperable.

Zaffaroni, como se ha venido desarrollando, tiene la postura de un derecho que considere cada uno de los elementos necesarios, antes de generar la acción

penal y determinar una sanción o pena. En relación con los errores de tipo y de prohibición, señala:

*“También puede generarse atipicidad en las conductas imprudentes por la ausencia de sus componentes subjetivos, en dos casos distintos: en primer lugar, es factible que el resultado no sea previsible para el agente porque se encuentra más allá de la capacidad de previsión, es decir, por una ignorancia invencible; y en segundo lugar, es posible que el autor, por la imposibilidad de conocer la amenaza que la conducta crea para los fines jurídicos, obre en situación de error de tipo invencible”.*²⁵⁸

De lo anterior, hace énfasis el autor que como es de suponer, por exclusión de materia, no puede hablarse de error o ignorancia vencibles, puesto que sencillamente, no existen.

Un inicio en la ley penal del error, nació en el Código Penal Federal, con la reforma de 1983, publicada en 1984, que dio importante papel al error de Derecho o como se conoce, el error de prohibición. En el artículo 59 bis (ahora artículo derogado), se disponía: *“cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según sea el caso”.*

En este precepto, debe notarse que no se atribuye a tal error o ignorancia, el rango de excluyente del delito, sino que solo se modificaba favorablemente la pena o sanción, en términos atenuantes. Aun actualmente el error de prohibición o de derecho, no genera necesariamente una excluyente del delito, sino que se ve en consideración judicial para aminorar la pena subsecuente. Lo que implica que la doctrina ha tenido un ambicioso parámetro para la funcionalidad del error de prohibición, ya que en la realidad jurídica no la cumple.

²⁵⁸ Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal, parte general, ob. Cit.*, p. 801

Porte Petit señala, que “para que el error esencial de hecho tenga efectos eximentes, debe ser invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa”.²⁵⁹

La doctrina ha dejado el estudio de lo que debe considerarse un error invencible o insuperable, ahora la jurisprudencia se adecua para observar los elementos expuestos en este capítulo, por lo que la siguiente tesis señala:

| | | | |
|-----------------------------------|--|--------------|----------------------|
| Tesis: I.9o.P.126 P (10a.) | Gaceta del Semanario Judicial de la Federación | Décima Época | 2013701 1 de 11 |
| Tribunales Colegiados de Circuito | Libro 39, Febrero de 2017, Tomo III | Pag. 2271 | Tesis Aislada(Penal) |

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

²⁵⁹ Cfr. Castellanos Tena, Fernando, “Lineamientos elementales de derecho penal”, ob. Cit., p. 267.

derecho. La doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, será **error** de prohibición directo, si 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 sextus 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.²⁶⁰

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

²⁶⁰ Amparo directo 201/2016. 27 de octubre de 2016. Unanimidad de votos, con voto concurrente del Magistrado Miguel Ángel Aguilar López. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Miguel Ángel Sánchez Acuña.

Por lo que derivado de lo que se ha expuesto en estos apartados sobre los errores tanto de tipo como de prohibición, se encuentra que deben ser considerados para ser excluyentes, siempre y cuando cumplan con ser errores invencibles e insuperables.

4.4 El caso fortuito.

Ahora bien, la ley penal en su artículo 15, como se ha señalado con anterioridad, señala entre las excluyentes del delito, además de los errores previstos; el caso fortuito, esto en la fracción X que dispone: “*El delito se excluye cuando... X. El resultado típico se produce por caso fortuito...*”

Partiendo de la existencia de acciones u omisiones voluntarias y conscientes que dan cabal cumplimiento al comportamiento típico descrito en la norma penal, resulta posible, que el sujeto autor de las mismas no devenga merecedor de sanción alguna, por la inexistencia de dolo o culpa en su comportamiento.²⁶¹

Malo Camacho entiende la realización de una conducta sin dolo ni culpa, que constituye el mínimo de exigencia ético social de la ley penal, sin ninguno de los cuales, por tanto, no puede haber delito; toda vez que los mismos conforman el elemento subjetivo del tipo, ante su ausencia, estaremos frente a una causa de atipicidad.²⁶² Mientras que dentro del modelo causalista del delito, el caso fortuito aparece encaminado en el ámbito de la inculpabilidad.

En este sentido, el caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el

²⁶¹ Sandoval Delgado, Emiliano, “*Circunstancias eximentes de responsabilidad en el Código Penal Federal*”, ob. Cit., p. 289.

²⁶² Ídem.

resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación encaminada a producir el hecho.²⁶³

De lo que se desprende la interpretación realizada por la Suprema Corte en la sexta época, donde genera el criterio que se encuentra como tesis aislada, pero que, determina el significado y situación en la que se produce un caso fortuito, se establece de la siguiente manera:

| | | | |
|--------------|-------------------------------------|-------------|----------------------|
| Tesis: | Semanario Judicial de la Federación | Sexta Época | 264162 2 de 6 |
| Primera Sala | Volumen X, Segunda Parte | Pag. 73 | Tesis Aislada(Penal) |

HOMICIDIO SIMPLE, POR IMPRUDENCIA Y FORTUITO.

La privación de la vida humana es el elemento fundamental del delito de homicidio, ya sea que éste se realice intencionalmente o por imprudencia y, en último extremo, por accidente, esto es, cuando a pesar de que la persona que causó el homicidio tomó todas las precauciones necesarias para evitarlo, aquél se produjo contra su voluntad. En otros términos, ya sea que el homicidio se cometa intencionalmente, por imprudencia, o por accidente, ello sólo significa que la conducta desplegada por el quejoso es típica pero, si se demuestra que el homicidio se causó por no haberse previsto un acto previsible, entonces la conducta del quejoso, siendo típica es también antijurídica y, por tanto, reprochable al agente culposamente. Pero más aún, si el resultado habido, esto es, el homicidio, se causó a pesar de que el imputado tomó las precauciones necesarias que su deber le imponía para evitarlo, resulta que el comportamiento desplegado por el agente, siendo típico, no es antijurídico, al concurrir la causa excluyente de incriminación relativo al caso fortuito o accidental.²⁶⁴

²⁶³ Amparo directo 4849/61. Antonio Velázquez Muñoz. Unanimidad de 4 votos. Semanario Judicial de la Federación. Apéndice 1917-1995. Tomo II.

²⁶⁴ Amparo directo 1753/57. Gerasimo Peregrina Montiel. 21 de abril de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

De lo que se señala anteriormente, cabe destacar que la importancia para el juez, es conocer y saber aplicar criterios cuando a su consideración, dependiendo de su experiencia en la valorización de la prueba, se encuentre dentro de un supuesto de caso fortuito y con estricto apego a la ley, sepa someter su decisión ante una excluyente del delito.

Se debe estar completamente consciente de que la ley en el Derecho penal es clara y aplicable en toda situación, por lo que el ejercicio del verdadero conocimiento de dicha ley, depende de todos los involucrados a cargo de la sanción de un delito, siempre y cuando realmente exista uno.

La investigación de términos jurídicos como los que se han descrito anteriormente, es de trascendencia para el verdadero conocimiento del derecho penal, ya que en esta rama del Derecho, no se lastiman solo bienes patrimoniales, sino la libertad, vida y dignidad de una persona.

5. El desconocimiento de la ley.

En este apartado se trata de considerar el desconocimiento de la ley, no por parte de los ciudadanos o civiles promedio, comunes, es decir, no de aquellos que no tienen una responsabilidad cognoscitiva del Derecho. Sino que se habla del desconocimiento de la ley por parte de aquellos que estudian, investigan, crean y aplican el Derecho.

En resumen y por la materia de estudio que se ocupa investigar, todos aquellos que tienen relación con el proceso penal, los operadores del derecho punitivo, desde litigantes, ministerios públicos y policías, así como el órgano jurisdiccional y legislativo, esta obligados a no desconocer los principios de la ley y la ley misma.

Es de saberse que la única fuente del Derecho penal es la ley, por lo que se debe estar a lo que se dicte en ella (constitucionalmente). De esto se rescata lo ya expuesto con anterioridad en relación con el principio de legalidad.

En este sentido, Luigi Ferrajoli, al tocar el tema del “*principio de estricta legalidad*”, asevera que éste exige dos condiciones: la primera, constituye el *principio de reserva de ley en materia penal*”; es decir, el sometimiento del juez a la ley, éste no puede calificar como delitos todos los fenómenos considerados en sí mismos como inmorales, sino aquellos que por su naturaleza están designados por la ley como presupuestos de una pena. La segunda, implica el *carácter absoluto de la reserva de ley*, por el cual el sometimiento del juez, lo es solamente a la ley expedida por el legislador.²⁶⁵

De estas condiciones, deriva lo que conocemos como “*principio de mera legalidad*” (al primero), y “*principio de estricta legalidad*” (al segundo). Lo que evidencia que el juzgador tiene un estricto deber de sumisión ante la ley.

Es entonces que debe, desde un comienzo existir un conocimiento amplio de la ley, desde su origen hasta su constante evolución, haciendo énfasis en que la evolución de la ley penal debe ajustarse a las circunstancias sociales.

De acuerdo con autores como Cárdenas Rioseco, en la actualidad, se pone en duda la estabilidad del principio de legalidad dentro del territorio de un Estado, de acuerdo con las siguientes razones:

- a) Las cada día más oscuras redacciones plagadas de elementos normativos, tratándose de tipos penales especiales cuyas amplias formulaciones dejan su final precisión en manos de los tribunales,
- b) La tolerancia de dudosas interpretaciones por parte de los tribunales, que amplían el ámbito de aplicación de ciertos tipos penales en aras de buscar justicia del caso concreto por encima de la seguridad jurídica fundante del principio de legalidad,

²⁶⁵Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, novena edición, Trotta, Madrid, 2009, p. 35.

- c) El enjuiciamiento constitucional e internacional tanto de leyes penales como de las conductas de las élites de poder de un Estado, y
- d) La evolución de fenómenos delictivos que exigen una dinámica mayor del poder de juzgamiento.²⁶⁶

El pensamiento de Cárdenas Rioseco, da fundamento al problema que se plantea en relación a la oscuridad de conceptos y términos jurídicos en materia penal y más aún, en que, la falta de especificación en los supuestos de excluyentes del delito provocan que el juez sea quien intente subsanar lo que el legislador omitió especificar y ello produce errores en la aplicación de la norma.

El Doctor Montero Zendejas, menciona las razones por las que la ley es la única fuente del derecho penal, cuando dice que:

“la costumbre no es aplicable a esta rama de la ciencia jurídica porque el derecho penal no puede basarse en actos reiterados si no están debidamente plasmados en una ley que establezca la existencia del tipo penal; la jurisprudencia es analogía de razón al crearse por cinco ejecutorias en el mismo sentido, por lo que tampoco puede ser considerada como fuente del derecho penal; lo mismo aplica para la doctrina y los principios generales del derecho, ya que ambos implican interpretación realizada por los juristas”.²⁶⁷

De tal suerte que la ley es la fuente única en la que el derecho penal puede encontrar sustento y fundamento. Sin embargo, la necesidad de que la ley sea en extremo clara y precisa se convierte en un problema que difícilmente se puede solucionar, pero su dificultad no implica imposibilidad.

Es decir, la dificultad de mantener una ley penal clara y precisa radica en el hecho de que las leyes como el derecho mismo, es creado por el hombre y éste

²⁶⁶ Cárdenas Rioseco, Raúl F, Charre, Omar, Salazar, Juan, *La motivación de los hechos en la sentencia penal, una visión interdisciplinaria de la motivación judicial aplicable al juicio oral y acusatorio*, editorial Porrúa, México, 2016, p.48.

²⁶⁷ Montero Zendejas, Daniel, *Derecho internacional penal*, editorial Porrúa, México, 2017, p.166.

por la simple naturaleza de serlo, es inherente de errores, por lo qué, la tipificación de supuestos de hechos, que además sean antijurídicos y culpables, no es tarea sencilla. Aun así, como se demostró *supra*, existen códigos penales como el de Coahuila y Aguascalientes que cuentan con una descripción de las figuras penales excepcional.

Entonces no existe motivo para que el juzgador y demás operadores del derecho penal desconozcan la existencia y forma de aplicación de la categoría de la culpabilidad, antes y durante de la existencia de un proceso judicial.

6. Las causas justificadas de la conducta.

Recordando la opinión de Zaffaroni respecto a que la “conducta es lo genérico y lo delictivo lo específico: lo delictivo son conductas con ciertas características, pero los elementos tomados en cuenta para afirmar esas características ya están en la conducta o son su circunstancia.”²⁶⁸

Por lo que se ha desarrollado un punto de partida al hablar solo de los elementos constitutivos del delito, lo que no implica el descuido de la conducta, sino que aceptando la conceptualización de Zaffaroni, se entiende que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son esas características que componen a las conductas delictivas.

Con relación a lo que antecede, la conducta del hombre es lo que motiva a la continua evolución de la investigación en las ciencias sociales y de humanidades, en materia de Derecho penal, es lo que conduce a los constantes debates originados por las decisiones tanto legislativas como judiciales, por ello, cuando se trata de conductas delictivas y su característica de culpabilidad, se debe estudiar la justificación de la conducta para evitar la punibilidad de la misma.

²⁶⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general tomo III*, cuarta reimpresión, Ediar, Argentina, 2009, pp.27, 28.

En capítulos anteriores se trató el fundamento jurídico de la culpabilidad dentro de las excluyentes del delito, en concreto, estas excluyentes reconocen las situaciones específicas en las que la conducta puede hallarse justificada y por ende impune, sin embargo, la impunidad es algo que tampoco se ha detallado a fondo y que se resolverá adelante al conocer los elementos del delito culposo.

En materia Federal, el CPF establece en su artículo 15 a partir de la fracción IV, las excluyentes que necesariamente manifiestan una justificación en la conducta, de las cuales se tienen estudios especializados y que ahora se pueden citar de la siguiente manera:

- a) Legítima defensa: misma que el código describe como aquella conducta que lleve a repeler 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.
- b) Estado de necesidad: 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.
- c) Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho: 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
- d) Incapacidad de comprender su hacer o no hacer: 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.

De lo anterior se entiende que la conducta humana puede verse influenciada por factores externos a la voluntad, es decir, al encontrarse antes un peligro que pueda producir un daño inminente, el ser humano tiende a reaccionar en modo de defensa, que es lo que sucede bajo una situación de legítima defensa. Aristóteles señaló “lo involuntario forzado es aquello cuyo principio es extrínseco, siendo tal aquello en que no pone de suyo cosa alguna el agente o el paciente, como cuando somos arrastrados a alguna parte por el viento o por hombres que nos tienen en su poder”.²⁶⁹

Por lo que del estado de necesidad inculpante, el individuo es dueño de sus movimientos, habiendo acción, aunque esa acción no es libremente decidida por él. Lo que conlleva a que ese estado de necesidad es un problema de justificación o de inculpabilidad, en tanto que la fuerza física irresistible es un problema de la conducta.²⁷⁰

Lo mismo ocurre en el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, el agente responde a un compromiso u orden de un superior jerárquico, verbigracia: las órdenes hacia un subordinado militar en situación de acción por el deber a su país.

Las causas de justificación de la conducta deben respetar determinadas características para ser tomadas en consideración por el órgano jurisdiccional al presentarse como excluyentes de un delito, de lo contrario es casi imposible comprobarse la influencia de un factor externo en la comisión de un delito.

Ahora bien que la justificación de la conducta y los supuestos de ella que se han señalado anteriormente, destacan en los denominados delitos culposos, mismos que son señalados individualmente por la ley penal.

²⁶⁹ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, Lib. III, I, citado por Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, ob. Cit., p. 137.

²⁷⁰ *Ídem*.

6.1 Los elementos del delito culposo

Estos elementos son: a) un actuar voluntario (positivo o negativo); b) que este actuar voluntario se realice sin las cautelas o previsiones exigidas por el Estado; c) los resultados del acto han de ser previsibles y evitarse y tipificarse penalmente; y d) la precisión de una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.²⁷¹

El delito culposo para autores como Orellana Wiarco, Márquez Piñero y López Betancourt²⁷², se configura cuando existen 5 elementos principales, que en resumen son los siguientes:

- a) La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea comisiva u omisiva;
- b) Un resultado dañoso tipificado por la ley penal, para poderse catalogar como delito;
- c) La ausencia de dolo, es decir, de la intensión delictiva, pues el agente o no se representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca;
- d) La previsión, o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro, son deberes que se derivan de la ley, o de la propia convivencia social;
- e) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir, debe existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma.

²⁷¹ *Ibíd*em, *supra*, ob. Cit. Capítulo II.

²⁷² Román Quiroz, Verónica, Tesis Doctoral “*La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*”, UNAM, México, 2000, pp. 178, 179.

En los ordenamientos penales que se han estudiado con anterioridad, se prevé el desarrollo de los elementos antes descritos, para considerarse la existencia de un delito culposo, además de encontrarse señalados también dentro de la ley, los delitos que se consideran culposos desde su tipificación y que por ello tienen una pena proporcional a la culpabilidad.

El CPF en su numeral 60, establece los delitos que típicamente son culposos, los describe de la siguiente manera:

Artículo 60.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II.- El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;

III.- Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y

V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.

VI.- (Se deroga).

Como se prevé anteriormente, los delitos culposos en nuestra ley se encuentran delimitados y en cuanto a la aplicación de las sanciones, además de preverse penas disminuidas, también se deja al arbitrio del juzgador valorar el estado de las pruebas y el grado de la culpabilidad.

Ahora bien, por cuanto a la descripción de lo que implica el obrar culposamente, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Morelos, así como el CPF, carecen de una conceptualización que lleve y oriente al personal operativo en materia penal, para el esclarecimiento de los casos y la determinación de si se encuentran ante un delito culposo con excluyente del delito o es meramente doloso. La problemática con la opacidad de los conceptos penales implica que se cometan errores y se sancione a personas que posiblemente pudieron conservar su libertad.

Es necesario saber que existen Códigos penales en otros estados de la Republica que han desarrollado dentro de los mismos, una conceptualización descriptiva y sistemática, que determinan con exactitud lo que significa un delito culposo y los pasos a seguir para cada caso en específico, de los cuales se puede reproducir lo que señala el Código Penal de Aguascalientes y el de Coahuila respectivamente:

ARTÍCULO 15.- Culpa. Actúa culposamente el que realiza el hecho punible por incumplir un deber de cuidado que debía y podía haber observado,

según sus condiciones personales y las circunstancias de realización del hecho.

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.

Código Penal de Coahuila:

Artículo 40 (Figura típica culposa, deber de cuidado, causalidad y culpabilidad)

Obra culposamente el que causa o no evita un resultado típico normalmente previsible en las circunstancias en que procede, o que previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Solo habrá deber de cuidado cuando el agente pueda proveer minimizando el riesgo de un resultado típico que, según las circunstancias en que actúe, o en la situación que esté a su cargo como garante conforme a la fracción I del artículo 50 de este código, normalmente permitan anticipar el resultado, si no provee en lo posible según la actividad o situación de custodia de que se trate, a efecto de minimizar el riesgo.

Si el agente carece de la capacidad para minimizar el riesgo o de realizar con los cuidados debidos la actividad riesgosa, deberá abstenerse de ésta o de aceptar su calidad de garante, salvo que se trate de defensa legítima, o de estado de necesidad.

Violar un deber de cuidado equivaldrá a causar el resultado, cuando el mismo se hubiera evitado de observar el cuidado debido.

Las circunstancias que el sujeto conozca para prever el resultado o para poder proveer sobre la disminución del riesgo, serán materia de la culpabilidad de aquél, sin perjuicio de los elementos típicos subjetivos que este código prevé para la determinación y mediación culposa, y para las modalidades agravantes de ciertos delitos culposos.

Como se demuestra en los artículos anteriores, existe un avance en materia penal que respeta completamente la razón y fuentes del derecho penal, qué es, la claridad de las leyes, siendo ésta la única fuente que para nuestro sistema debe ser tomada en cuenta. Atendiendo a los ordenamientos jurídicos en un Estado Democrático y Social.

7. Toma de posición de la culpabilidad.

Desde un principio, la culpabilidad ha sido el elemento que el sistema de justicia penal reconoce pero que no ha sabido aplicar, es decir, encontrándose dentro del supuesto de que la legislación prevé que el delito existe y se desarrolla a partir de una conducta y que la misma debe configurarse bajo las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Tomando en consideración que desde la teoría del delito y sus dogmas, los primeros dos elementos del delito son especialmente de índole objetivo y que por ello es más sencillo delimitarlos en su ámbito de conocimiento y aplicación.

Sin embargo al tratarse de la culpabilidad, como se ha venido desarrollando el tema, los doctrinarios en materia penal concuerdan en un aspecto, este es un elemento subjetivo, desde que se tiene la comprensión de ser un elemento de ésta índole se ha intentado analizar y estructurar el funcionamiento del mismo como parte de la conducta delictiva.

El estudio de la culpabilidad ha sido motivo de debates entre grandes autores especializados en la rama del Derecho penal, y necesariamente se han desarrollado conclusiones tanto negativas como positivas de la categoría de la

culpabilidad, aun así, no existe un punto medio. Con justa razón quizá, es decir, en materia penal se superpone el poder del Estado (*ius puniendi*) para conservar el control y el orden en la sociedad, mismo poder que requiere de la coacción o amenaza hacia el ciudadano mediante la imposición de leyes penales y dichas leyes deben ser claras y objetivas.

Es aquí donde se encuentra el primer punto en contra de la idea de la culpabilidad. Para los objetivistas, la culpabilidad es únicamente la categoría del delito que habrá de delimitar la pena, sanción o medida de seguridad sin tomarse en consideración los elementos que la constituyen. Como todo elemento del delito, la culpabilidad puede considerarse desde muchas aristas, como se ha considerado en el presente trabajo de investigación, la culpabilidad debe de ser tomada para lo que se establece en la legislación, no simplemente como un fijador de límites en las penas.

La posición de esta tesis respecto de la culpabilidad es que, después de todo lo que se ha desarrollado con anterioridad, se vea reflejado en leyes más claras, en códigos penales que señalen a los policías, ministerios públicos y jueces los parámetros para demostrar la existencia de culpabilidad, ya que se considera, después del estudio, que se puede comprobar este elemento y con ello cambiar las estadísticas con las que se cuenta en México en la practicidad del sistema de justicia penal.

Se tiene la postura de que el tema de la culpabilidad debe dirigirse necesariamente a aquellas personas que son parte del “hacer” respetar el ordenamiento jurídico y el orden público. Sería ilógico, y bien ya lo mencionaba Roxin²⁷³pregonar a la ciudadanía los elementos, conocimiento y aplicación de este tipo de categoría jurídica penal, ya que en lugar de producirse un cambio en el sistema, éste se vendría abajo.

El conocimiento de la culpabilidad no supone esencialmente la suavidad del sistema penal, sino, la modificación de las estrategias jurídicas para sentenciar

²⁷³ Roxin, Claus, *Derecho penal*, ob. Cit.

verdaderos delincuentes y permitir que la finalidad última de la pena sea el de la prevención con base en el conocimiento de la culpabilidad como parte del delito.

Conclusiones

Las conclusiones del presente trabajo de investigación, deben desarrollarse conforme a sus capítulos, principalmente porque cada uno de ellos amerita una consideración propia.

Por cuanto al primer capítulo se debe concluir que la Teoría del delito es, en sí, un tema tan amplio para el estudio penal, sin embargo es también su base, es la esencia del Derecho penal y como mencionaba Carrancá y Rivas, a su vez, la culpabilidad es la esencia de la Teoría del delito.

Es necesario que la investigación que se realizó en este primer capítulo, sea motivo de clases en las diversas universidades que imparten la licenciatura en derecho, además de ser tema de capacitación para agentes ministeriales y jueces, que dejan de lado los conceptos básicos del delito en el ejercicio de sus funciones.

La culpabilidad al ser el elemento del delito menos estudiado, deja fuera la posibilidad de minimizar la injusta imposición de penas en personas que encuadran en el tipo penal, pero que aun así no cumplen con el elemento de la culpabilidad.

El derecho penal debe evolucionar a favor del respeto de los derechos humanos y por esto, es necesario que se estudie a la culpabilidad en favor del respeto del principio de inocencia.

En consiguiente para comprender lo que implica la culpabilidad, fue necesario estudiar los orígenes principalmente del derecho penal, como es que surgen las instituciones que hoy lo rigen y por qué nuestro sistema es tal cual es.

Después de tomarse en cuenta el avance del delito y del surgimiento de los principios que se pueden mencionar en el derecho penal, se tiene una mejor comprensión de que el derecho penal ha ido evolucionando a partir de la represión del Estado en su afán por conservar un orden, que se convirtió en un sistema de encarcelamiento masivo como única sanción que podría producir un temor y respeto por la norma penal.

Es por ello que en la actualidad se ven reflejados esos errores por parte del poder que impuso dictatorialmente el Estado en materia de derecho penal. Necesitando ahora con todo el oleaje que provoca la globalización, cambiar y romper el paradigma, transformar el derecho penal en lo que originalmente debió ser, un sistema de prevención del delito.

Por cuanto al tercer capítulo, se considera que el estado del arte de la culpabilidad, radica en todo lo relacionado con el delito, desde la concepción de conducta, hasta la redacción de la ley, partiendo de la Constitución hasta los ordenamientos sustantivos y adjetivos penales.

Partiendo de lo anterior queda demostrado el primer punto de la problemática actual de la culpabilidad, no todos los códigos sustantivos de la República describen ampliamente su significado y distinción, por lo que de ahí viene la necesidad de adicionar el compendio legislativo en materia penal, con la descripción detallada de cada uno de los conceptos jurídicos penales, al igual que se realizó con los códigos que sirven de sustento comparativo. (Coahuila y Aguascalientes).

Finalmente el capítulo cuarto nos ha demostrado que la hipótesis planteada a la problemática de la culpabilidad, tiene validez total, ya que las bases jurídicas y criterios judiciales existen y complementan la idea de la culpabilidad. Sin embargo, la falta de estudio de la misma, implica que durante los procesos y procedimientos penales, esta categoría del delito no sea tomada en cuenta como lo que realmente es.

Propuestas en concreto.

Lo principal que se ha venido resaltando de la investigación, es la necesidad de que la ley, como única fuente del derecho penal, sea clara y precisa. De cualquier modo se debe comprender también, que como en todo sistema de gobierno, la ley es creada por seres humanos y para seres humanos, lo que implica siempre un margen de error.

Dicho margen de error encuentra una solución en la interpretación de esas leyes, misma que en materia penal ha servido para subsanar determinados términos ambiguos, imprecisos y oscuros que el legislador no consideró en la creación de dicha legislación sustantiva penal, máxima que dicho cuerpo normativo es interpretado por los juzgadores.

Por lo que la propuesta que apremia esta investigación, es la homologación de la ley penal nacional, principalmente a semejanza de códigos penales como los de Coahuila y Aguascalientes.

Propuesta de adición de los preceptos jurídicos penales a los códigos sustantivos penales:

1. Que se modifique principalmente el Código Penal Federal para que contenga la descripción específica de cada uno de los principios que rigen el ordenamiento penal y la aplicación del mismo.
2. Que los códigos estatales continúen con la modificación de los principios en cada uno de sus códigos, para lograr la homologación del derecho penal y el entendimiento de los conceptos que prevé la teoría del delito.
3. Que dentro de esta homologación de los códigos, el legislador describa los conceptos básicos que conforman el delito para el mejor entendimiento del litigante, ministerio público y juzgador.
4. La descripción de la culpabilidad así como sus elementos y presupuestos, debe ser clara y precisa, no solo dentro de la descripción propia de los delitos culposos, sino también por cuanto a

las excluyentes del delito, cuando se consideren fracciones que se relacionan con la culpabilidad.

5. Que se considere dentro de estos códigos, a la culpabilidad como principal elemento, para descartar o continuar con la acción penal del Ministerio Público.

Además de la primera propuesta que representa el margen principal de esta investigación, se propone también para que la culpabilidad pueda demostrarse y así realmente convertirse en una categoría del delito, que pueda tomarse en cuenta dentro del proceso penal, se propone el apoyo interdisciplinario del derecho penal:

Propuesta de implementación de métodos interdisciplinarios para la comprobación de la culpabilidad:

1. La necesaria implementación del apoyo de otras áreas de la ciencia criminal para el esclarecimiento de los hechos durante el acto delictivo.
2. La contratación o en su caso la preparación de personal especializado en ramas de la criminología científica, es decir, la criminología al igual que el derecho penal, se compone de la investigación de diferentes ciencias, en este caso se requeriría que las fiscalías acogieran a expertos en ciencias psicológicas, psiquiátricas y neurológicas para poder hacer llegar al juez dictámenes que apoyen la comprobación de la culpabilidad en el caso necesario.
3. El apoyo de otras disciplinas criminológicas y criminalísticas en cuanto a la especialización del personal. Esto reduciría el porcentaje de errores durante la cadena de custodia, donde las evidencias serían transportadas con mayor cuidado y en su caso tomadas en consideración por los mismos expertos para evitar o apoyar la acción penal del Ministerio Público, quien desde ese momento puede decidir sobre la culpabilidad.

4. La culpabilidad al ser un elemento subjetivo, no puede comprobarse más que con el uso de las ciencias psicológicas, sociales, de la conducta y de la mente, porque al tener personal estudiado sobre dichas materias, desde las fiscalías se coadyuva en la pronta impartición de justicia, esto para quien realmente amerite una pena, sanción o medida de seguridad.

Finalmente, es de pensarse que para que las propuestas antes planteadas, tomen fuerza y sustento práctico, debe existir una tercera propuesta, cuyo principal enfoque se refiera a una especialización del órgano jurisdiccional penal, de los operadores de justicia penal y de los estudiantes que se desarrollen en la materia.

Por lo que, esta última propuesta se divide y se dirige a tres sectores principales:

Propuesta para la realización constante de especializaciones en materia penal, como requisito y obligación de actualización para jueces, ministerios públicos y litigantes en materia penal:

1. Que se convierta en un requisito para la obtención de una plaza como juez penal, el formarse bajo una especialidad en materia penal que aporte a su carrera un conocimiento sólido y especializado de la teoría del delito y de los conceptos fundamentales que la componen. Así mismo debe prepararse al juez en materias de criminología científica básicas que le permitan formar criterios que comprueben y le convenzan de la existencia o inexistencia de la culpabilidad durante un dictamen realizado sobre la misma.
2. Que se prepare al impartidor de justicia no solo por cuanto a sus conocimientos científicos y facticos, sino también en la aplicación de la inteligencia emocional durante la toma de decisiones para el dictado de sentencia. Procurar la salud mental de nuestro órgano jurisdiccional en materia penal, beneficiaría en la toma de decisiones

más adecuadas y asertivas, lo que produciría que el sistema de justicia penal recobre la confianza de los ciudadanos y con ello se retome su finalidad misma, que es la prevención del delito.

3. Que los ministerios públicos y policías de investigación criminal, no tomen solo talleres o simples diplomados y capacitaciones, sino que, también se especialicen en la formación del derecho penal para el mejor desempeño de sus labores. Dicha especialización debe considerar cada una de sus actividades en el campo y el conocimiento de lo que implica o no implica una conducta delictiva. Esto propiciaría una autonomía de los ministeriales en la toma de decisiones sobre ejercer o no la acción penal, lo que conlleva a una reducción de la población penitenciaria y el aceleramiento de la procuración de justicia e imposición de sanciones.
4. La implementación de materias penales especiales en los programas educativos de las universidades públicas del país. Donde dichas materias deben provocar en el estudiante el entendimiento del universo que es el derecho penal, deben ser materias especializadas en cada uno de los elementos del delito y de la teoría del delito, además de contar con congresos y coloquios nacionales e internacionales especializados en materia penal, especialmente sobre el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral, mismos que deberían desarrollarse bajo la supervisión, e incluso, impartición de expertos que conozcan desde siempre el sistema, por el hecho de ser parte de su país, es decir, que se reciba en las universidades a profesionales extranjeros que manejen el sistema acusatorio y oral.

De esta propuesta, puede que, pensar lo contrario y continuar con simples talleres o diplomados en materia penal, dejaría sin sustento la implementación de las propuestas 1 y 2, ya que una depende de la otra. Para que la culpabilidad deje de manifestarse únicamente en la teoría y pueda ser factible en la práctica, es menester el conocerla, estudiarla y comprenderla, y ello conlleva un rompimiento paradigmático de nuestro sistema. Pero si ya se ha tomado el primer paso al

imitar un sistema penal anglosajón, también puede compartirse el desarrollo y resultado de dicho sistema, siempre y cuando se aprenda a impartirlo y no solo pretender que se sabe.

Finalmente y a manera de conclusión del presente trabajo de investigación, es importante mencionar que la culpabilidad no debe tomarse como un aspecto moralista o ético y mucho menos pretender que se intenta sancionar con base en ello. Simplemente se debe comprender que las leyes, creadas e impuestas por hombres y para hombres, son susceptibles de error humano, ya que su naturaleza misma es el prevenir un desborde de pasiones de la conducta humana. Entonces porque no comprender que no todo aquel que comete un error merece la pena que el tipo penal establece, mucho menos cuando no se le ha comprobado la culpabilidad.

Bibliografía y fuentes de información.

- ACATA ÁGUILA, Isaías Jorge, "Legalidad y oportunidad en el proceso penal adversativo"; Cabrera Dircio, Julio (coord.), Tópicos sobre la reforma penal del 2008, editorial fontamara, primera edición, México, 2012.
- ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, TENORIO Tagle, Fernando y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal mexicano parte general, editorial Porrúa, primera reimpresión, México, 2016
- ARMENTA Deu: "Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España", Editorial PPU. Barcelona, 1991.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Universidad central de Venezuela, Caracas, 1975.
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal, parte general, editorial Hammurabi, segunda edición, Buenos Aires, 1999.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, editorial Siglo XXI editores, 5ª edición, México, 1998.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, Contreras Bustamante, Raúl, y otros, *Teoría de la constitución*, editorial Porrúa, séptima edición, México, 2015.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema*, tercera edición, ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina, 1986.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2015
- BENAVENTE Chorres, Hesbert, Los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio y oral, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios, Editorial flores, México, 2015.
- BERCHELMANN ARIZPE, Antonio, *Derecho Penal Mexicano: parte general*, editorial Porrúa, México, 2004.
- BETTIOL, Giuseppe, *Problema penal*, traducción del Italiano de José Luis Guzmán Dálbora, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995
- C. L. Ten. *Crimen y castigo*. Capítulo 32 del Compendio de Ética (coord, Peter Singer), Alianza Editorial, Madrid, 1995

- CABRERA DIRCIO, Julio, *Manual práctico de la investigación jurídica*, ediciones Coyoacán, México, 2011.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F, Charre, Omar, Salazar, Juan, *La motivación de los hechos en la sentencia penal, una visión interdisciplinaria de la motivación judicial aplicable al juicio oral y acusatorio*, editorial Porrúa, México, 2016.
- CARDONA RODAS, Hildemar. *“La antropología criminal en Colombia. El rostro del criminal revela su conducta anormal.* 2004
- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Filosofía del derecho penal, iniciación al estudio del ius puniendí*, primera edición, editorial Porrúa, México, 2009.
- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, y Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano*, vigesimocuarta edición, editorial Porrúa, México, 2016.
- , *Teoría de la culpabilidad*, primera edición, editorial Porrúa, México, 2013.
- , *Teoría del Delito*, decimonovena edición, editorial Porrúa, México, 2015.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, vigésimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
- CARREÓN PEREA, Manuel Jorge, “¿Fomenta el Código Nacional de Procedimientos Penales la protección de los Derechos Humanos?”, *Revista Iter Criminis*, número 11, sexta época, oct-dic, 2015.
- CARREÓN PEREA, Manuel Jorge, “¿Fomenta el Código Nacional de Procedimientos Penales la protección de los Derechos Humanos?”, *Revista Iter Criminis*, número 11, sexta época, oct-dic, 2015, p. 107.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal parte general*, 53° edición, editorial Porrúa, México, 2015.
- CLAPP VILLANT, George, *La civilización azteca*, segunda edición, fondo de cultura ECONÓMICA, México, 2003,
- CORREA GARCÍA, Sergio, *Peligrosidad*, recuperado del acervo de la biblioteca virtual del IIJ de la UNAM
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal 1-2 parte especial, decimocuarta edición*, editorial Bosch Casa, Barcelona, 1982
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *Culpabilidad y razones para la exculpación*, segunda edición, editorial Dykinson, Valencia, 2003
- DE LA CUEVA Y DE LA ROSA, Mario, *Teoría general del Estado*, primera reimpresión, SCJN, México, 2015.
- DE MARSICO, Alfredo, *Dirito penale, parte generale*, editorial, Jovene, Napiles, 1969,

- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Historia del derecho penal y procesal penal*, editorial Porrúa, México, 2005
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, editorial Penguin Random House editoriales España, 2011.
- FERNÁNDEZ Budajir, Luis, "Mens rea e imputación subjetiva", Gaceta judicial, República Dominicana, publicación del 3 de marzo de 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, novena edición, Trotta, Madrid, 2009.
- FERRI, Enrico, UNTERMANN, Ernest, *The positive School of Criminology: three lectures*, editorial BiblioBazaar, 2016
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*, editorial Abeledo Perrot, Madrid, 1998
- FREEDMAN, Diego, "Comentario al manual de derecho penal de Zaffaroni, Alagia y Slokar", publicaciones Buenos Aires, 2000
- FREEDMAN, Diego, Comentario a Derecho penal parte general de, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, A, y Slokar, editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 16.
- FREEDMAN, Diego, *Comentario a Derecho penal parte general de, Zaffaroni, EUGENIO RAÚL, Alagia, A, y Slokar*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 16.
- FREEDMAN, Diego, *Comentario a Derecho penal parte general*, cit., p. 19.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Reflexiones sobre la democracia y la justicia penal", Homenaje a Marino Barbero Santos, Vol. I, universidad de salamanca y Castilla la Mancha, Salamanca, 2001.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., citado por ROXIN, Claus, *Teoría del delito en la discusión actual*, segunda edición, editora jurídica Grijley, 2013.
- GONCALVES Reis, Antonio Sergio, Las causas de justificación pena-historia, conceptos y evolución cronológica en el orden jurídico occidental
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, editorial Porrúa, cuarta edición, México, 2013.
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios, *Metodología jurídica epistémica*, editorial fontamara, segunda edición, México, 2015.
- HART H., L., A., *El concepto de derecho*, Ed. Abeledo Perrot, tercera edición, México, 2009.
- HASSEMER, Winfried-Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, 1989

- HEGEL, G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, octava edición, editorial Porrúa, México, 2004,
- ISLAS MONTES, Roberto, "Sobre el principio de legalidad", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*, traducido por Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. corregida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed. completamente corregida y ampl., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *teoría del delito*, IURE editores, México, 2006.
- JOHN BRAITHWAITE and Philip Pettit, *Not Just Deserts, A Republican Theory Of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1990. S/T
- KANT, Immanuel, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*, Bs. As., Eudeba, 1998, Libro II
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, editorial Porrúa, decimosexta edición, México, 2015.
- LOMBROSO, Cesar, *El atlas criminal de Lombroso*, editorial Deuxeme, Paris, 1895,
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, decimoctava edición, editorial Porrúa, México, 2014.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, decimoctava edición, editorial Porrúa, México, 2014
- LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México, un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación actual*, cuarta edición, editorial Porrúa, México, 2008
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal I*, editorial Temis, Bogotá, 2000.
- MEDINA NARVÁEZ, José Ángel, *Derecho Penal, apuntes de la parte general para el procedimiento acusatorio adversarial, con jurisprudencia*, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2016.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, editorial BdeF, Buenos Aires, 2004.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel, *Derecho internacional penal*, editorial Porrúa, México, 2017.
- Montero Zendejas, Daniel, "Democracia y sociedad", recuperado del acervo cultural de la biblioteca del IIJ de la UNAM.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, HASSEMER, Winfried, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989. P. 79.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, editorial Temis, segunda edición, México, 2008.
- Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del derecho Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 224.
- NINO, Carlos Santiago. “*Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal*”. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, número 1. España, 1999.
- NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980. Traducción al castellano por Guillermo Rafael Navarro.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista*, vigesimoprimera edición, Editorial Porrúa, México, 2013.
- P. BRACCO, Simón, *Culpabilidad y conocimiento de la norma*, editorial Adhoc, primera edición, Buenos Aires, 2012.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual de derecho penal Mexicano*, vigesimoprimera edición, editorial Porrúa, México, 2015.
- PIÑA ROCKEFORT, Juan Ignacio, “La estructura de la teoría del delito en el ámbito uridico del “common law””, editores Comares, España, 2002.
- RABOSI, Eduardo A., *La Justificación moral del castigo*, Editorial Astrea, Bs. As., 1976.
- REYES Loaeza, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial*, editorial Porrúa, México, 2011,
- REYES LOAEZA, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial*, editorial Porrúa, México, 2011, p. 38.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, trigésima edición, editorial Porrúa, México, 2016
- ROMÁN QUIROZ, Verónica, Tesis Doctoral “*La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*”, UNAM, México, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I, fundamentos la estructura de la teoría del delito*, editorial Civitas, España, 1997.
- ROXIN, Claus, *Teoría del delito en la discusión actual*, segunda edición, editora jurídica Grijley, 2013.

- S. MACEDO, Miguel, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, editorial INACIPE, México, 2010
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Jesús, *Manual de clínica criminológica: perfil de peligrosidad criminal. Ejemplo docente: terrorismo yihadista*, editorial Tecnos, México, 2012
- SANDOVAL DELGADO, Emiliano, “*Circunstancias eximentes de responsabilidad en el Código Penal Federal*”, México, 2012, p. 274.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza editorial, traducción Alianza Universidad Textos, segunda reimpresión, Madrid, 1996.
- SOTOMAYOR, Juan, *Inimputabilidad y sistema penal*, Temis, Bogotá, 1996
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general - I. El hecho punible*, 4ª ed., traducido por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- TALAMANTES GÓMEZ, Héctor Manuel, “Evolución histórica del principio de culpabilidad”, *Revista JUS del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UJED*, No.15, México, 2005
- TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores. 1990
- VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, segunda edición, editorial Porrúa, México, 1960
- VILLARREAL PALOS, Arturo, *Culpabilidad y pena, segunda edición*, editorial Porrúa, México, 2001.
- YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 293.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal parte general*, editorial Porrúa, México, 2001, primera reimpresión 2016,
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *tratado de derecho penal, parte general tomo IV*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2004,
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general tomo III*, cuarta reimpresión, Ediar, Argentina, 2009.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988,

LEGISLACION DEL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (CPEUM)

CODIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (CNPP)

CODIGO PENAL FEDERAL (CPF)

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBREANO DE MORELOS

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COAHUILA

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE AGUASCALIENTES

FUENTES DE INTERNET

Diccionario Jurídico Mexicano, <http://diccionario.leyderecho.org/culpabilidad/>

Enciclopedia Jurídica online Española, Argentina y Mexicana.

<http://leyderecho.org/culpabilidad/#Culpabilidad-2>

HİKAL, Wael, Introducción al estudio de la criminología, tercera edición, editorial Porrúa, México, 2016. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/ij/jud-cl.ten.html>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2990/13.pdf>.

http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/11/fudeca_1755.html

http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Informe_Consolidacion_SJP.pdf

<http://vlex.com/vid/principio-oportunidad-pilar-vias-587514447>

<http://www.animalpolitico.com/2017/08/sistema-penal-incompleto/>

<http://www.animalpolitico.com/2017/08/sistema-penal-incompleto/>

<http://www.lajornadaquerrero.com.mx/2011/11/12/index.php?section=opinion&article=002a1soc>.

<http://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>

<http://www.nvinoticias.com/nota/39945/juicio-oral-encarece-justicia>

http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Informe_Consolidacion_SJP.pdf

http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1714&id_item_menu=3558

<http://www-01.sil.org/training/capacitar/antro/funcionalismo.pdf>.

https://app.vlex.com/#WW/search*/mens+rea/vid/450232138

https://app.vlex.com/#WW/search*/mens+rea/vid/450232138

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/477/18.pdf>

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/854/15.pdf>

https://www.ecured.cu/Emile_Durkheim.

MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R., Estado de derecho en México, obra del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual IJ UNAM

MARTÍNEZ GAMBOA, Rene J, y otros, El principio de oportunidad como pilar en las vías alternativas a la solución de conflictos penales, vlex internacional, núm. 28, noviembre, 2015, p. 4

<http://vlex.com/vid/principio-oportunidad-pilar-vias-587514447>

MARTÍNEZ PEÑA, Adriana y Rodríguez Tinajero, Jesús, Sociología y Derecho, UNAM, México, 2012

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/2.pdf>.