



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO QUE COMETEN ABOGADOS, PATRONOS Y
LITIGANTES DEL ARTÍCULO 232, FRACCIÓN III,
CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL VIGENTE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ADRIANA PINEDA GARCÍA



ASESOR: DR. MIGUEL ÁNGEL GRANADOS ATLAÇO

MÉXICO, D.F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/189/SP/09/04
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **PINEDA GARCÍA ADRIANA** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. MIGUEL ÁNGEL GRANADOS ATLACO**, la tesis profesional titulada **"EL DELITO QUE COMETEN ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES DEL ARTÍCULO 232, FRACCIÓN III, CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL VIGENTE"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. MIGUEL ÁNGEL GRANADOS ATLACO**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"EL DELITO QUE COMETEN ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES DEL ARTÍCULO 232, FRACCIÓN III, CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL VIGENTE"**, puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **PINEDA GARCÍA ADRIANA**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENCIAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. a 28 de septiembre de 2004.



LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

SECRETARÍA DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

A DIOS

Porque has estado conmigo
todos los días de mi vida,
porque nunca me has abandonado,
porque cada amanecer que veo es gracias a ti,
por el amor tan infinito que me has dado.
Gracias.

A MI MADRE

Por darme la vida,
por ayudarme a crecer,
por aceptarme con todos mis errores,
por todo aquello que nunca te dije,
porque no he sabido demostrarte cuánto te quiero,
porque te necesito,
te quiero madre,
Gracias.

A MI PADRE

Por creer en mí,
por tener siempre un consejo,
por apoyarme cuando te he
necesitado,
por estar pendiente de mi hija,
por enseñarme con tu ejemplo a
luchar contra la adversidad,
por ser mi ejemplo a seguir,
porque no te vuelvas a ir de mi lado,
porque siempre estés conmigo,
que tu ausencia sea sólo
momentánea.
Gracias.

A MI HIJA NAYELY

Porque desde que naciste le diste a mi vida la ilusión,
por todo lo que con tu llegada trajiste contigo,
porque eres mi motivo para vivir,
porque todo lo que he logrado es por ti,
por la alegría tan inmensa que me das,
por todo el tiempo que no hemos estado juntas,
por darme la dicha de ser la madre de una niña maravillosa,
porque algún día te sientas orgullosa de ser mi hija
como yo lo estoy de ser tu madre,
Gracias nena.

AL C. BENJAMÍN RUBÉN DEL OLMO SÁNCHEZ

Por tu apoyo incondicional,
por cuidarme siempre,
porque siempre has estado cuando te he
necesitado,
por acompañarme en los momentos más difíciles
de mi vida,
por impulsarme a seguir adelante,
por los momentos que vivimos juntos,
por haberme amado,
porque tu ausencia me ha enseñado a valorarte,
porque te amo.
Gracias.

A MI HERMANO Y FAMILIA

Por tu compañía en los momentos de soledad,
porque eres lo único que tengo en este mundo,
por la solidaridad demostrada en los momentos exactos,
por tu interés en mi hija,
porque te quiero hermano.

A MARÍA EUGENIA RAMÍREZ FIGUEROA Y FAMILIA

Porque en los momentos de mayor necesidad
has estado presente,
porque en la oscuridad, tu luz me ha iluminado,
por tu apoyo incondicional,
por tu gran amor maternal, del cual me honro,
por tu presencia y paciencia desinteresados,
gracias por toda la vida,
agradezco a dios por ponerte en mi vida,
Dios bendiga a toda tu familia.

A MI ASESOR DR. MIGUEL ÁNGEL GRANADOS ATLACO

Por tu valioso tiempo,
por tu infinita paciencia,
porque has sido mi gran maestro, educador y guía,
por la valiosa amistad que me brindaste,
por tu profundo y sabio consejo,
por la admiración y respeto que siento por ti,
por ayudarme a concluir mi carrera dignamente.
Agradezco a Dios por tu desinteresada ayuda y tiempo,
Dios bendiga a toda tu familia.
Gracias.

A MIS MAESTROS

Por compartir conmigo sus conocimientos,
por dedicarme su valioso tiempo,
por enseñarme a ser mejor cada día.
Gracias.

A MI QUERIDA UNIVERSIDAD

Por el privilegio de formar parte de ella,
porque me formó como profesional,
por hacer realidad mis sueños.
Gracias.

**EL DELITO QUE COMETEN ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES DEL
ARTÍCULO 232, FRACCIÓN III, CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO PENAL
FEDERAL VIGENTE**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN..... I

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVO

A) Breves antecedentes históricos..... 1

B) Antecedentes legislativos..... 8

 1. México Colonial..... 8

 2. México Independiente..... 14

 3. México Contemporáneo..... 32

CAPÍTULO II. MARCO CONCEPTUAL

A) Definición de Delito..... 35

 1. Definición de Delito grave..... 37

 2. Definición de Delitos no graves..... 41

B) Definición de Proceso..... 42

 1. Definición de Proceso Penal..... 44

C) Definición de Abogado..... 51

 1. Definición de Patrono..... 51

 2. Definición de Litigante..... 55

D) Definición de Autoridad..... 56

 1. Definición de Autoridad Judicial..... 57

 2. Definición de Juez..... 57

 3. Definición de Ministerio Público..... 58

E) Definición de Defensor..... 59

1. Defensor Particular.....	59
2. Defensor de Oficio.....	59
F) Definición de Defensa.....	60
G) Definición de Ofendido.....	61
H) Definición de Inculpado.....	62
I) Definición de Condenado.....	62
J) Definición de Reo.....	62
K) Definición de Libertad.....	63
1. Definición de Libertad Condicional.....	66
2. Definición de Libertad Provisional.....	67
3. Definición de Libertad Provisional Bajo Caución.....	67
4. Definición de Caución.....	68
L) Definición de Pruebas.....	69
M) Definición de Daños y Perjuicios.....	78
N) Definición de Sanción Pecuniaria.....	78

**CAPÍTULO III. ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO
EN QUE COMETEN ABOGADOS, PATRONOS Y
LITIGANTES, ARTÍCULO 232 FRACCIÓN III**

A) Elementos positivos y negativos del delito:.....	80
1. Conducta.....	80
a) Manifestación de la voluntad.....	81
b) Resultado.....	83
c) Nexo causal.....	84
2. Ausencia de la conducta.....	84
a) Vis absoluta.....	85
b) Vis maior.....	87
c) Movimientos reflejos.....	88
3. Tipicidad.....	88

a) Elementos descriptivos.....	98
b) Elementos normativos.....	100
c) Elementos subjetivos.....	101
4. Atipicidad.....	103
5. Antijuridicidad.....	105
6. Causas de justificación.....	110
a) Defensa legítima.....	111
b) Estado de necesidad.....	116
c) Cumplimiento de un deber.....	119
d) Ejercicio de un derecho.....	120
e) Consentimiento del titular del bien jurídico afectado.....	120
7. Imputabilidad.....	128
8. Inimputabilidad.....	129
a) Minoría de edad.....	131
b) Trastorno mental.....	132
c) Desarrollo intelectual retardado.....	134
9. Culpabilidad.....	135
a) Dolo.....	136
b) Culpa.....	138
10. Inculpabilidad.....	140
a) Error invencible.....	142
b) No exigibilidad de otra conducta.....	145
11. Condiciones objetivas de punibilidad.....	146
12. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.....	148
13. Punibilidad.....	148
14. Excusas Absolutorias.....	155
B) Análisis Dogmático del delito, que cometen Abogados, Patronos y Litigantes del Artículo 232, fracción III; contemplado en el Código Penal Federal Vigente.....	157
1. Conducta y ausencia de la conducta.....	157
2. Tipicidad y Atipicidad.....	160

3. Antijuridicidad y Causas de Justificación.....	162
4. Imputabilidad e Inimputabilidad.....	163
5. Culpabilidad e Inculpabilidad.....	165
6. Condiciones objetivas de punibilidad.....	166
7. Punibilidad y excusas absolutorias.....	167

**CAPÍTULO IV. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS Y
PSICOLÓGICOS DEL DELITO QUE COMETEN
ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES DEL ARTÍCULO
232, FRACCIÓN III, CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO
PENAL FEDERAL VIGENTE**

A) Aspecto Social.....	169
B) Aspecto Legal.....	178
C) Aspecto Psicológico.....	179

CONCLUSIONES.....	187
--------------------------	------------

PROPUESTAS.....	189
------------------------	------------

FUENTES CONSULTADAS

1. Bibliografía general.....	191
2. Legislación.....	193
3. Diccionarios y Enciclopedias.....	193
4. Otras fuentes.....	194

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye el instrumento social y jurídico de la convivencia ciudadana y es base del Estado, por lo que se considera, encierra gran acierto y sabiduría, ya que de ella, emanan garantías individuales, de las cuales se desprende, el tener derecho a una defensa adecuada, como lo preceptúa el artículo 20 constitucional, fracción IX, que señala: "Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución, y que tendrá por derecho a una defensa adecuada, por sí o por persona de su entera confianza, o por ambos, según su voluntad.

En el caso de no tener quien lo defienda, se le presentará una lista de los defensores de oficio para que elija el que considere más le convenga. El acusado o indiciado podrá designar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio a que haya lugar. El defensor tendrá la obligación de comparecer cuantas y tantas veces sea necesario o se le requiera."

La responsabilidad penal de los abogados, patronos y litigantes es un fenómeno complejo que ha afectado a todas las sociedades a través de la historia, puesto que en ella intervienen factores tanto sociales, económicos y psicológicos que inciden en la vida social de una nación como es la mexicana, ya que la población penitenciaria en nuestra sociedad presenta signos alarmantes de sobrepoblación que originan el hacinamiento e inadaptación social en los reos, debido a una deficiente atención, por parte de los profesionales del Derecho ,que debieron haber proporcionado una defensa adecuada.

En el presente trabajo se analizará el precepto penal relativo a la responsabilidad profesional de los abogados, patronos y litigantes, correspondiente al capítulo II, fracción III, del artículo 232 del Código Penal Federal vigente el que a la letra dice: “Además de las penas mencionadas, se podrán imponer de tres meses a tres a años de prisión; fracción III.- Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que solo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad condicional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución, sin promover, más pruebas ni dirigirlo en su defensa.”

Se trata de los principales actores del delito que son los abogados, peritos en Derecho autorizados legalmente para su ejercicio que dedican a defender en juicio los intereses de los litigantes, de los patronos entendiéndose a estos como los apoderados jurídicos generales o especiales que representan al litigante en juicio, y a los litigantes que no son ostensiblemente patrocinados por otros abogados; son entonces litigantes los que representan los intereses de otro en un juicio o procedimiento.

En el primer capítulo haremos una semblanza histórica que permitirá entender la evolución del tratamiento legal a esta actividad profesional a lo largo del devenir de nuestra sociedad.

El segundo capítulo está consagrado a establecer el marco conceptual indispensable para uniformar criterios y entender el alcance de los términos utilizados a lo largo de la investigación.

En el tercer capítulo se estudiará a fondo los elementos del delito que reconoce la dogmática penal, para que a partir de su precisión, los podamos aplicar al caso concreto de la hipótesis antisocial que nos ocupa.

Para complementar nuestra investigación, el último capítulo se abocará a una revisión de los aspectos psicológicos y sociales que circundan al fenómeno de la falta de ética en la función del perito en derecho.

En el afán de generar una contribución sustentada en el presente trabajo recepcional, al final de esta investigación se acompañan algunas propuestas para poder mejorar el régimen legal en cuanto al tópico que abordamos.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS

A) Breves antecedentes históricos

“La profesión y actividad del abogado (*Advocatus, de ad, a y vocare*): Llamar o sea abogar),... al ejercerla debe actuar en favor de los intereses que tiene confiados;...”¹

Durante la época prehispánica, manifiesta Clavijero (1731-1787) que en los juicios de los mexicanos las mismas partes hacían su causa sin intervención de abogados relatores, sin embargo, Fray Bernardino de Sahagún (1499?-1590) en el Códice Florentino que concluyó en 1579, Libro Décimo, Capítulo de los Hechiceros y Trampistas, relata pormenorizadamente la actividad del Procurador, típica del ejercicio profesional y la versión original dice: *Tepantlato*, cuya traducción según la gramática del idioma náhuatl de Fray Alonso de Molina (1514?-1585), significa intercesor o abogado, *tepan*: Sobre alguno (s) por otro y *tlatoa*: Habla, *tlatoa tepanni*: Abogar o rogar por otro, además de las representaciones gráficas *ad hoc* que contiene al respecto y son muy ilustrativas; si bien es cierto que la organización judicial de los aztecas fue sencilla, también es verdad que se necesitaban ya conocimientos y procedimientos tales que requerían del abogado, figura claramente corporizada en el *Tepantlato*.²

Al inicio del Virreinato de Nueva España, expresó Don Antonio Pérez Verdía Fernández, sin duda los primeros abogados que ejercieron en México y en la más elevada forma su augusto ministerio, fueron quienes no tenían título profesional, los apostólicos frailes entre los cuales descollaron Fray Toribio de Benavente mejor conocido como Motolinía y el Padre Las Casas, no combatieron

¹ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2002. Página 22.

² *Op. cit.*, Página 23.

en el foro, fueron más allá, hasta la Majestad del César y de esas quejas hay que suponer un origen especial en las admirables Leyes de Indias: La abogacía fue entonces ejercida por los españoles que de la Metrópoli venían, aunque años después, se permitió profesarla a los criollos descendientes de españoles.

La Real y Pontificia Universidad de México instalada solemnemente el 25 de enero de 1533, inauguró sus cursos el 3 de junio siguiente y dos días después Don Pedro Morones pronunció la primera lección jurídica en América (Prima de Cánones), fecha cuyo aniversario recuerda la Facultad de Derecho de la UNAM, e igualmente, en la Ciudad de México, poco después, el 12 de julio del mismo año, el Lic. Don Bartolomé Frías y Albornoz impartió la primera cátedra de Derecho en América (Prima de Leyes), fecha en que celebra su aniversario la Institución Día del Abogado, fundada en 1960 por el Periódico Diario de México.

En la Universidad se hacían impresionantes exámenes de licenciatura y doctorado, ante cinco sinodales, se les llamaba la noche triste y duraba dos horas de ampolleta (reloj de arena), éste y otro examen nombrado de academia, fueron prohibidos por Circular del Ministerio de Justicia del 16 de diciembre de 1876, probablemente por los vejámenes que llevaban aparejados. La carrera de Leyes se alargaba, pues comprendía cinco cursos en cinco años, de Prima y Vísperas de Derecho y dos cursos más, en otro año, de *Instituta*, que era la Jurisprudencia Civil, o sexta columna de la Universidad, pues las había una para cada Facultad y aquella servía para hacer recta justicia y observarla; se les enseñaba a trasegar los volúmenes: *Digesto*, *Inforciado*, *Código e Instituta*, para los que hubiesen de llegar como jueces fuesen primero examinados y juzgados por dignos de ese nombre.

Las Universidades de México (Reales Cédulas de 30 de abril de 1547 y 21 de septiembre de 1551) y de Guadalajara (1791), proveyeron de abogados a la Audiencia, el foro, las Alcaldías de Corte y otros tribunales y ya no solamente lo fueron los muy magníficos señores venidos de la Metrópoli; la práctica de la

abogacía se hacía ciertamente con austeridad, sin faltar por supuesto pícaros y enredadores. Indica Don José Luis Soberanes que en la época de la Colonia los abogados formaban parte de la Real Audiencia y para tener el título no bastaba con ser letrado o sea egresado de la Universidad, se debía también trabajar cuatro años en el bufete de un abogado reconocido y pasar otro examen ante una comisión *ad hoc de los Oidores* y posteriormente matricularse en el registro correspondiente. Los abogados cobraban sus honorarios conforme a un arancel que aprobaba la Audiencia, misma que residía en el Real Palacio (actualmente a la que ocupa la Presidencia de la República), algunos de cuyos locales tenían las dos Salas de Justicia y la del Crimen, todas tapizadas de damasco carmesí, con dos estrados, en el superior estaban la mesa y sillones para los magistrados y en el inferior se sentaban los funcionarios subalternos y los abogados, todos los letrados vestían traje talar, los magistrados sus garnachas y los abogados colegiados traían además bolillos.

Desde el inicio de la dominación hispana en América se desató una fuerte polémica en España contra los abogados y la abogacía, tanto dentro del propio gremio como fuera de él, y Don Jaime del Arenal Fenochio ilustra cómo trascendió a la Nueva España el problema, acrecentándose con el tiempo, al grado que en 1835 Don Juan Rodríguez de San Miguel publica un folleto titulado *Vindicación de los que se dedican a la Abogacía*.

Durante el Virreinato continuó la división entre juriconsultos y abogados, los primeros estudiaban y desahogaban las consultas en su biblioteca, los segundos asistían a los tribunales. Usaban traje negro con calzón corto, la chinela con la hebilla de oro o plata según la alcurnia y posición económica del sujeto y por supuesto en el foro la imprescindible toga.

“Los principales tribunales en dicha época Colonial y ante los que litigaban los letrados fueron: La Real Audiencia, una en la Ciudad de México, establecida en 1527 y otra en Guadalajara, fundada en 1548 y que tenía apelación en la

anterior, sobre la cual sólo estaba el Consejo Real y Supremo de Indias creado por Carlos V en 1524: El Tribunal de la Inquisición, integrado por el Estado y la Iglesia se estableció formalmente en México hacia 1571, quedando los indígenas fuera de su jurisdicción; los Consulados, que fungieron como tribunales mercantiles, tanto administrativos como judiciales, establecidos en la Ciudad de México (1592), en el Puerto de Veracruz (1795), y en Guadalajara 1795); El Real Tribunal General de Minería en la Capital de Nueva España (1776); El Tribunal de la Acordada (1719), de índole penal, sancionado por la Corte en 1722 y el Tribunal de Infidencia, creado en las postrimerías de la Colonia; desde luego había otros inferiores como las Alcaldías Menores y las Mayores, los Corregimientos, y por cuanto a los fueros o jurisdicciones privativas, existieron la eclesiástica, la castrense e incluso la de bienes de difuntos, todo lo cual aumentaba los juicios y complicaba las competencias judiciales.”³

En el México Independiente se ocasionó desde luego un fuerte cambio, pues el abogado dejó la solemnidad del profesionista togado para convertirse en el republicano hombre de Ley; durante la breve aparición del Segundo Imperio, impuesto por la Intervención Francesa, los letrados no abandonaron sus sencillas prácticas democráticas ante los tribunales y oficinas por cuanto al ejercicio profesional; desde el 4 de diciembre de 1824, el Congreso Constituyente Republicano declaró que todos los juicios podían litigarse en todos los Tribunales de la Federación, disposición que por primera vez permitió la libre circulación de abogados, cuyo ejercicio antes se circunscribía dentro de los límites del Distrito de la Audiencia donde se examinaba el aspirante a Letrado; más tarde, el 18 de enero de 1834, Valentín Gómez Farías, conforme a la Ley de 19 de octubre de 1833, promulgó otra sobre examen de abogados, que finiquitó los dos últimos obstáculos para el libre ejercicio profesional: la prueba ante los Tribunales y la incorporación al Colegio de Abogados, subsistiendo el examen presentado ante el Establecimiento de Jurisprudencia respectivo.

³ *Op. cit.*, Página 24.

Durante el siglo XIX y precisamente frente a las más injustas guerras de ocupación extranjeras, tocó encarar la situación imperante a dos abogados, Don Manuel de la Peña y Peña (1789-1850), Presidente de la República cuando la Invasión Norteamericana, del 26 de septiembre al 13 de noviembre de 1847 y del 8 de enero al 3 de junio de 1848, ya que era Presidente de la Suprema Corte de Justicia y por las circunstancias tuvo que encargarse de la Primera Magistratura del País, e igual aconteció con Don Benito Juárez (1806-1872), quien asumió el Poder Ejecutivo el 19 de enero de 1858 para afrontar la llamada Guerra de Tres Años, de 1858 a 1860, durante la cual promulgó las Leyes de Reforma, en 1862, hubo de resistir el ataque del ejército Francés y establecimiento del Segundo Imperio con Maximiliano de Habsburgo como Emperador, hasta el triunfo de las armas liberales y Restauración de la República el 15 de julio de 1867. En el siglo pasado hubo una pléyade de hombres letrados que con su inteligencia y profesión intervinieron en la vida socio-política de México, influyendo en los acontecimientos nacionales, basta citar el Congreso Constituyente de 1856-1857 que produjo la Carta Magna del 5 de febrero y la creación del Juicio de Amparo por don Manuel Crescencio Rejón (1799-1849) en la Constitución de Yucatán en 1841, perfeccionado por el propio Rejón ante el Congreso de 1846 en México y brillantemente expuesto en el Acta de Reformas de 1847 por el jurista Don Mariano Otero (1817-1850).⁴

A principios del siglo XX, cansado el pueblo del régimen del general Don Porfirio Díaz (1830-1915), se inicia en México el periodo prerrevolucionario y en el hubo ideólogos como los hermanos Flores Magón, Ricardo (1873-1922), Jesús (1872-1930) y Enrique (1877-1954), estos dos últimos abogados, que expusieron su credo político en el periódico *Regeneración*, publicado desde agosto de 1900 y después en el Programa del Partido Liberal, *Saint Louis Missouri*, el primero de julio de 1906.

⁴*Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2002. Página 25.

Puede afirmarse que la presencia de los abogados en la gesta revolucionaria, desde el antirreeleccionismo, al inicio de la lucha armada el 20 de noviembre de 1910 y hasta la muerte de Don Venustiano Carranza (1859-1920), imprimió a la misma el sentido jurídico-político que necesitaba, siendo su máxima evidencia y fruto la Constitución del 31 de enero de 1917 promulgada en Querétaro el 5 de febrero siguiente.

Basta decir que desde 1946 a 1988, los Presidentes de México han sido licenciados en Derecho, con excepción del señor Don Adolfo Ruiz Cortines (1952-1958), Don Miguel Alemán Valdés: 1946-1952; Don Adolfo López Mateos: 1958-1964; Don Gustavo Díaz Ordaz: 1964-1970; Don Luis Echeverría Álvarez: 1970-1976; Don José López Portillo y Pacheco: 1976-1982, y Miguel de la Madrid Hurtado: 1982-1988.

Actualmente los estudios para la carrera de Derecho se hacen en diez semestres, luego unos meses de servicio social, la presentación de la tesis respectiva y el correspondiente examen; maestría y doctorado son ya de postgrado. La práctica profesional se realiza libremente ante todos los tribunales de la República, tanto de jurisdicción federal: Suprema Corte de Justicia, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y Juzgados de Distrito, así como ante el supremo tribunal de Justicia Militar y sus Juzgados; cuanto local: Tribunales Superiores de Justicia, Juzgados de Primera Instancia, Menores y Mixtos de Paz, sin otro requisito que el registro del título de licenciatura en derecho ante la Dirección General de Profesiones dependiente de la Secretaría de Educación Pública o los Tribunales correspondientes, según las leyes de cada Entidad Federativa.

La membresía en los Colegios de Abogados que existen en el Distrito Federal y en cada uno de los Estados es voluntaria, de todos el más antiguo es el Ilustre y Nacional Colegio, fundado en la capital mexicana por Real Cédula de Buen Retiro del 21 de junio de 1760.

En nuestra Constitución Política, la profesión de abogado aparece mencionada directa o indirectamente en los artículos 5, 20, 73-VI, 95-III, 97, 102 y 121-V; en la Ley para el Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal del 30 de diciembre de 1944, y la del Notariado para el Distrito Federal, del 30 de diciembre de 1979.

Como ocurre en todas las ramas del saber humano, el abogado ha tenido que especializarse en las de la Ciencia del Derecho: Civil, Penal, Procesal, Mercantil, Administrativo, Fiscal, Laboral, Internacional Público y Privado, Bancario, Marítimo, Aéreo y las de reciente cuño, como el Derecho Protector de los Bienes Culturales de la Nación y el del Medio Ambiente, etcétera.

El ejercicio de las profesiones jurídicas se realiza tanto en la Judicatura (Ministros, Magistrados, Jueces, Secretarios, Actuarios), como en el Foro (abogados con profesión libre que representan a sus clientes o bien empleados en el sector empresarial y desde luego como Agente del Ministerio Público o Representante Social en las Procuradurías de Justicia -la General de la República; la del Distrito Federal y las de cada uno de los Estados-, así como la General de Justicia Militar o bien en la Federal del Consumidor y en la Federal de la Defensa del Trabajo e igualmente labora como defensor de oficio).

El abogado cubre funciones técnicas en todas las dependencias gubernamentales e importante es la de Notario, en que actúa tanto como funcionario público, fedatario, como profesionista que asesora y vela por los intereses de las partes que intervienen en los negocios a su cargo.

Académicamente el abogado se dedica también a la docencia jurídica y a la investigación del derecho, en las escuelas o facultades relativas y en los centros de estudio correspondiente, como son la Facultad de Derecho y el Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, respectivamente.⁵

B) Antecedentes Legislativos

1. México Colonial

La época colonial representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. La ley 2, título I, libro II de las Leyes de Indias dispuso que "en todo lo que no estuviese decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a las leyes de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar" (1530). Por tanto fue derecho vigente durante la Colonia el principal y el supletorio; el primero constituido por el derecho indiano, entendido en su expresión más genérica, es decir, que comprendía tanto las leyes *stricto sensu* cuanto las regulaciones positivas, aún las más modestas, cualquiera que fuese la autoridad de donde emanaran, pues es sabido que varias autoridades coloniales (virreyes, audiencias, cabildos) gozaban de un cierto margen de autonomía que les permitía dictar disposiciones de carácter obligatorio; y el segundo constituido por el Derecho de Castilla.⁶

Diversas recopilaciones de leyes especialmente aplicables a las Colonias fueron formuladas, siendo la principal la "Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias", de 1680; la más consultada por hallarse impresa, estaba dotada de "fuerza de obligar." Pero las numerosas cédulas, instrucciones, ordenanzas, leyes de Cortes, dictadas con anterioridad a 1680 o con posterioridad a esta fecha,

⁵ *Ibidem.*

⁶ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Parte General. 10ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1974. Página 76.

revelan la abundantísima floración de la legislación colonial. Entre las anteriores a 1680 se cuentan: la de Juan de Ovando (de fecha ignorada), el Cedulaario de Puga (1525-1563), las Leyes y Ordenanzas reales de las Indias del Mar Océano, por Alonso de Zorita (1570), la Recopilación de Encinas (1596), la Gobernación Espiritual y Temporal de las Indias (sin fecha), el libro de Cédulas y Provisiones del Rey (1541-1621), los Nueve Libros de Diego de Zorrilla (1605), los Sumarios de Rodrigo de Aguilar (1628), la Recopilación de Cédulas (1589-1632), el Proyecto de Solórzano (1618-1621), el de León Pinelo (1636), los trabajos conjuntos de ambos (1654), el Proyecto de Ximénez Payagua (1665), los Sumarios de Cédulas, Ordenes y Provisiones Reales de Montemayor (1628-1667), y entre los posteriores a 1680: el Cedulaario de Ayala y el Proyecto de Código Indiano (siglo XVIII).

La Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, de 1680, constituyó el cuerpo principal de leyes de la Colonia completado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759); a partir de este monarca comenzó una legislación especial más sistematizada, que dio origen a las Ordenanzas de Intendente y a las de Minería.

"La Recopilación se compone de IX libros divididos en títulos integrados por buen golpe de leyes cada uno. La materia está tratada confusamente en todo el código. 'Este cuerpo de leyes es un caos en el que se hacieron disposiciones de todo género', pudo decir Ortiz de Montellano. Diseminada la materia penal en los diversos libros es, no obstante, el VII, el que trata más sistematizadamente de policía, prisiones y derecho penal."⁷

El título I con 29 leyes, se titula "De los pesquisidores y jueces de comisión." Los primeros estaban encargados de la que hoy llamaría función investigadora del Ministerio Público, hasta la aprehensión del presunto

⁷ *Op. cit.*, Página 77.

responsable; los jueces de comisión eran designados por audiencias o gobernadores, para casos extraordinarios y urgentes

El título II, con 8 leyes, se denomina "De los juegos y jugadores."

El título III, con 9 leyes, "De los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas", materia sólo incidentalmente penal, ya que podía sujetarse a prisión a los que habían de ser devueltos a la metrópoli en tanto se les embarcaba para reunirse con sus cónyuges.

El título IV, con 5 leyes, se titula "De los vagabundos y gitanos" y disponía la expulsión de éstos de la tierra.

El título V, con 29 leyes, tiene por denominación "De los mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios." Contiene un cruel sistema intimidatorio para estas castas: tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes; todo ello por procedimientos sumarios, "excusado tiempo y proceso"; pero en ningún caso la castración para los negros cimarrones.

El título VI, con 24 leyes, denominado "De las cárceles y carceleros", y el VII, con 17 leyes, "De las visitas de cárcel", dan reglas que son un atisbo de ciencia penitenciaria.

El título VII, por último, con 28 leyes, se denomina "De los delitos y penas y su aplicación" y señala pena de trabajos personales para los indios, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la República y siempre que el delito fuere grave, si era leve, la pena sería la adecuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podía los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con

su servicio, y los mayores de 18 años podían ser empleados en los transportes donde se careciera de caminos o bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

"Aparte el incumplimiento general, en las Colonias, de la legislación indiana, lo que constituye problema ajeno a este lugar, la misma legislación contiene aportes dignos de especial mención, por ejemplo sistema de composición permitido, aunque excepcionalmente y siendo el caso la calidad que hizo sea necesario dar satisfacción a la causa pública, por la gravedad del delito o por otros fines" (libro I. 17, título, 8, Libro, VII de la Rec. 1680). Por el contrario, las penas eran desiguales según las castas, quedando equiparados españoles y mestizos sólo en ciertos casos, por ejemplo el adulterio."⁸

Como complemento de las Leyes de Indias deben ser tratados los Sumarios de las cédulas, órdenes y provisiones Reales, han despachado por su majestad para la Nueva España y otras partes, especialmente desde el año de 1628, hasta el año de 1677. Con algunos títulos de las materias que se añaden y de los Autos acordados de su Real Audiencia. Y algunas Ordenanzas del Gobierno que juntó y dispuso el Doctor D. Juan Francisco de Montemayor Gobernador, Capitán General que fue de la Isla Española, presidente de su "Real Audiencia, y Oydor de la de esta Nueva España" (1628-1677). Don Eusebio Ventura Beleña continuó una de las partes de los "Sumarios" de Montemayor, los que, además, reimprimió parcialmente (1787). "La colección se conoce con el nombre de 'Autos acordados de Montemayor y Beleña', pero su título exacto es 'Recopilación Sumaria de todos los Autos Acordados de la Real Audiencia y sala del Crimen de esta Nueva España y providencias de su superior gobierno; de varias Reales Cédulas y órdenes que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse, así de las dirigidas a la misma Audiencia o Gobierno como de algunas otras que por sus notables decisiones convendrán no ignorar'."⁹

⁸ *Op. cit.*, Página 78.

⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Parte General. 10ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1974. Página 79.

Atribuidas a Don Joaquín Velásquez de León, las "Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su tribunal" (1783), promulgadas por el virreinato, contienen disposiciones penales especiales. Se sanciona en ellas el hurto de metales y se le equipara el hecho de que el barretero "extraviase la labor del dexando respaldado el metal o lo ocultare de otra manera maliciosamente." Para conocer de esos hurtos o de los de cosas pertenecientes a las minas y haciendas de beneficio se concedía jurisdicción al Tribunal y a las diputaciones, siempre que los casos fueren leves, pues de lo contrario, procediendo 'la imposición de pena ordinaria, mutilación de miembro u otra que sea *corporis afflictiva*' sólo les correspondía formar la sumaria y remitirla enseguida a la Sala del Crimen de la Audiencia.¹⁰

En cambio, las Ordenanza de intendentes, para el establecimiento e instrucción de intendentes del Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España" (1786) y las "Ordenanzas de Tierras y Aguas" (1536-1761), no contienen disposiciones en materia penal.

Las "Ordenanzas de Gremios de la Nueva España" (1524-1569) señalan las sanciones para los infractores de ellas, las que consisten en multa, azotes, impedimento para trabajar en el oficio de que se trata y otras. Procediendo negativamente, esto es, basándose en prohibiciones, a cada una de éstas se hace corresponder la respectiva sanción. Las penas en metálico se consignan en "pesos" u "oro de minas." Por lo general, si las infracciones provienen de españoles, la sanción es de multa, si de indios u otras castas o razas, de azotes. El importe de las multas se divide entre el fisco, la caja municipal, el denunciante y el juez; a veces se le destina a otras obras, como por ejemplo se lee en las ordenanzas de zapateros: "que se tenga una caja con tres llaves que tendrá dos los *Veedores* y otra el Diputado, donde se echen las penas de estas ordenanzas y se gaste en obras y en curar los oficiales enfermos y socorrer a los pobres, y haya

¹⁰ *Ibidem.*

libro donde se asiente todo con día y mes y año y den los *Veedores* cuenta con pago." (1560).

Derecho supletorio. Rigiendo supletoriamente en las colonias todo el derecho de Castilla, las fuentes en ambas eran comunes. Así tuvieron aplicación el Fuero Real (1255), las Partidas (1265), el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Pero de tan rico venero fueron principalmente ésta última y las Partidas las que más frecuentemente se aplicaron, siendo su autoridad mayor que la que por ley les correspondía.

Las partidas. En cuanto a las Siete Partidas, de esencia predominante aunque no exclusivamente romana y canónica, es la *Setena* la dedicada preferentemente, aunque no en total, a la materia penal. Se compone de XXIV títulos dedicados a las acusaciones por delitos y a los jueces; a las traiciones, retos, lides y acciones deshonorosas; a las infamias, falsedades y deshonras; a los homicidios, violencias, desafíos, treguas; a los robos, hurtos, daños; a los timos y engaños; a los adulterios, violaciones, estupro, corrupciones y sodomías; a los reos de truhanería, herejía blasfemia o suicidio y a los judíos y moros. El título XXIX sobre la guarda de los presos, establece la prisión preventiva "para guardar a los presos en ella, hasta que sean juzgados", así como dicta el orden del procedimiento penal. Los títulos XXX y XXXI se refieren a los tormentos y a las penas, siendo notable la ley del último citado, que autoriza a imponer la pena "según albedrío del jugador", como también asienta la ley 3, título XX: después de que los "*judgadores ouieren catado acuciosamente*" todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, "*menguar o toller la pena, segund*" entendieren que es guisado, "*e lo deuen facer*"; estableciéndose antes diferentes penas según la condición social de los reos y las circunstancias de tiempo y lugar de ejecución del delito.

Con relación a la Novísima Recopilación, es su Libro XII el dedicado a los delitos y a las penas y a los juicios criminales. Se compone de XLIII títulos, faltos todos ellos de método y sistema, que comprenden confusamente la materia penal y la procesal.

“Durante el reinado de Carlos III tocó a su Consejero, el mexicano Don Miguel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), formular un Proyecto de Código Penal, primero en el mundo, que por desgracia no llegó a ser promulgado.”¹¹

2. México Independiente

Una vez consumada la independencia de México (1821), las principales leyes vigentes eran, como derecho principal, la Recopilación de Indias complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao (1737), constituyendo éstas el código mercantil que regía para su materia, pero sin referencias penales.

Primeras leyes penales. Era natural que el nuevo Estado nacido con la independencia política se interesara primeramente por *legislar sobre su ser* y funciones. De aquí que todo el empeño legislativo mirase, primero, al derecho constitucional y al administrativo. Pero, no obstante, el imperativo de orden impuso una inmediata reglamentación: la relativa a la portación de armas, ingesta de bebidas alcoholizadas, represión de la vagancia y de la mendicidad y organización policial (bandos 7 de abril de 1824, 3 de septiembre de 1825, 3 de marzo de 1828, 8 de agosto de 1834 y otros). Para prevenir la delincuencia se legisló también sobre organización de la policía preventiva (7 de febrero de 1822), organizándose más tarde la "policía seguridad" como cuerpo permanente y especializado (1834).

¹¹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. 10ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1974. Página 81.

A los delincuentes por rebelión se les declaró afectados de *mancomun e in solidum* en sus bienes (22 de febrero de 1832). Se reformó el procedimiento con relación a salteadores de caminos en cuadrilla y ladrones en despoblado o en poblado, disponiéndose juzgarlos militarmente en consejo de guerra (2 de septiembre de 1823). Los ladrones fueron condenados a trabajos en obras públicas, en fortificaciones, servicio de bajeles o de las Californias. Se dispuso el turno diario de los jueces de la Ciudad de México (1 de julio de 1830), dictándose reglas para sustanciar las causas y determinar las competencias. Se declaró que la ejecución de las sentencias correspondía al Poder Ejecutivo (11 de mayo de 1831 y 5 de enero de 1833).

Se reglamentaron las cárceles (1814, 1820 y 1826), estableciéndose en ellas talleres de artes y oficios y disponiéndose un ensayo de colonización penal en las Californias y en Texas (1833). Se reglamentó también el indulto como facultad del Poder Ejecutivo (1824) y, por último, se facultó al mismo Poder para conmutar las penas, dispensar total o parcialmente de su cumplimiento y decretar destierros.

Fue escasa la legislación para atacar los ingentes problemas que en materia penal existían, los que sólo podían hallar cauce legal en los textos heredados de la Colonia y cuya vigencia real se imponía, no obstante la independencia política. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, decretada el 4 de octubre de 1824, había establecido, por otra parte, que la Nación adoptaba el sistema federal: "la Nación Mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal" (artículo 4), señalando cuáles eran las partes integrantes de la Federación, a las que denominó Estados o Territorios. La Constitución de 1857 mantendría después igual sistema. Todo esto sumaba nuevos problemas administrativos y legislativos a los antes existentes, pues amparaba el nacimiento de legislaciones locales o de los Estados, al par que la federal. Así fue como el Estado de Veracruz, tomando como modelo próximo el

Código Penal Español 1822 y haciéndole algunas modificaciones, promulgó su Código Penal el 28 de abril de 1835, el primero de los códigos penales mexicanos.

Ante la magnitud de tales problemas, el Gobierno Federal ha de reconocer expresamente la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana, como legislación mexicana propia. El dato de la mayor importancia, consta en una circular del Ministro de lo interior el 20 de septiembre de 1838, bajo el Gobierno del General Anastasio Bustamante. La circular dice, en lo que importa, así:

“Excelentísimo Señor: El consejo aprobó y emite como suyo al Excelentísimo Sr. Presidente, el dictamen que sigue: Don José M. López se quejó a la inspección de milicia permanente de... etcétera. El Supremo Gobierno dirigió al Consejo el expediente para que consulte sobre los puntos que abraza y, además, si las leyes de los antiguos Estados deben regir con perjuicio de las disposiciones del mismo Gobierno. Para resolver el segundo punto de la consulta del Gobierno la Comisión hará algunas observaciones que tal vez puedan conducirnos al intento.”

Debe notarse, principalmente, que están en vigor todas aquellas leyes que, no chocando abiertamente con el sistema que rige, tampoco se encuentran derogadas expresamente por alguna otra disposición posterior, teniendo lugar esta regla con respecto de aquellas leyes que fueron dictadas en épocas muy remotas y bajo las diferentes formas de Gobierno que ha tenido la Nación; y así es que los tribunales y otras autoridades diariamente resuelven los diversos negocios de su resorte con presencia de los decretos de las Cortes de España, de las Leyes de Partida y Recopilación, con tal que estas disposiciones no se resientan más o menos de la forma de gobierno en que fueron sancionadas.

Sentado este principio fluyen, naturalmente, dos consecuencias: la primera es que deben considerarse vigentes las leyes de los antiguos Estados

siempre que tengan los requisitos de que antes se hizo mención, sin que obste para ello ni la forma de Gobierno bajo que fueron dictadas ni que el Supremo Gobierno haya dispuesto otra cosa, puesto que sus disposiciones jamás deben sobreponerse a las leyes. La otra consecuencia es que si las órdenes del Gobierno fuesen efecto de alguna de sus atribuciones constitucionales o de alguna otra ley posterior que lo faculta para tal o cual acto, entonces las leyes de los Estados no deben considerarse vigentes, no porque se opongan a las disposiciones del Gobierno, sino más bien porque la ley que lo autorizó para dictar ésta o la otra disposición contraría, por el mismo hecho deroga cualquiera otra disposición anterior.

“Y estando de conformidad el Excelentísimo. Sr. Presidente ha tenido a bien acordar se comunique a los Gobiernos de los Departamentos para que se observe esta disposición por punto general.”

Como se ve, a pesar de la Independencia política y aun a pesar del federalismo constitucional, México siguió viviendo en la unidad legislativa representada por el derecho colonial.

Atenta la regla “*constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quae ipsas proceccerunt*”, o sea que para el conocimiento, discusión y decisión de los negocios o casos jurídicos, antes deben atenderse y preferirse las leyes posteriores en tiempo que las que les son anteriores; y considerando, por tanto, primeras en autoridad relativa las leyes últimas en tiempo, y en último lugar las primeras en tiempo, salvo que las leyes posteriores hubiesen declarado la prelación de las anteriores, estableceremos a continuación el orden de prelación de las leyes aplicadas en la República hasta 1857:

1. En los Estados las leyes dictadas por sus Congresos y en el Distrito y Territorios Federales las leyes generales.

2. Los Decretos de las Cortes de España y las Reales Cédulas.
3. La Ordenanza de Artillería.
4. La Ordenanza de Ingenieros.
5. La Ordenanza General de Correos.
6. Las Ordenanzas Generales de Marina.
7. La Ordenanza de Intendentes.
8. La Ordenanza de Minería.
9. La Ordenanza Militar.
10. La Ordenanza de Milicia Activa o Provincial.
11. Las Ordenanzas de Bilbao.
12. Las Leyes de Indias.
13. La Novísima Recopilación de Castilla.
14. La Nueva Recopilación de Castilla.
15. Las Leyes de Toro.
16. Las Ordenanzas Reales de Castilla.
17. El Ordenamiento de Alcalá.
18. El Fuero Real.
19. El Fuero Juzgo.
20. Las Siete Partidas.
21. El Derecho Canónico.
22. El Derecho Romano.

En los tribunales y entre los jurisconsultos fueron considerados, además, como textos autorizados los autos acordados, especialmente en relación con el trámite de los juicios civiles y procesos criminales, prefiriéndoseles incluso a las colecciones anteriormente citadas.

Durante la Reforma, fueron los constituyentes de 1857, con los legisladores del 4 de diciembre de 1860 y 14 de diciembre de 1864, los que sentaron las bases de nuestro Derecho Penal al hacer sentir toda la urgencia de la tarea codificadora, calificada de ardua por el Presidente Gómez Farias. Frustrado el imperio de

Maximiliano de Habsburgo, durante el cual el ministro Lares había proyectado un Código Penal para el Imperio Mexicano, que no llegó a ser promulgado; ya restablecido el gobierno republicano en el territorio nacional, el Estado de Veracruz fue el primero en el país que a partir de entonces llegó a poner en vigor sus propios códigos Civil, Penal y de Procedimientos, el 5 de mayo de 1869; obra jurídica de la más alta importancia sin duda, cualesquiera que fueran sus defectos técnicos, y en la que se reveló la personalidad de Fernando Corona, su principal realizador. De esta suerte quedó rota la unidad legislativa en que hasta entonces había vivido la Nación Mexicana.

Por su parte, al ocupar la capital de la República el Presidente Juárez (1867) había llevado a la Secretaría de Instrucción Pública a Antonio Martínez de Castro, quien procedió a organizar y presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal Federal Mexicano de 1871. Desde el 6 de octubre de 1862, el Gobierno Federal había designado una Comisión del Código Penal encargada de redactar un Proyecto. La Comisión logró dar fin al Proyecto de Libro primero, pero suspendió sus trabajos a causa de la intervención francesa y del Imperio.

Vuelto el país a la normalidad, la nueva Comisión quedó designada el 28 de septiembre de 1868, integrándola como su Presidente, el ministro Martínez de Castro, y como vocales José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel de Zamacona.

Con el proyecto de Libro Primero formulado por la Comisión anterior a la vista, la nueva trabajó por espacio de dos años y medio llegando a formular el Proyecto de Código que, presentado a las Cámaras, fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir el 1 de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California.

Formular una legislación para México fue la principal preocupación de los redactores del Código Penal de 1871. Después de señalar la necesidad de la

codificación, para no continuar “como hasta aquí, sin más ley que el arbitrio, prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia”, en su exposición de motivos asienta Martínez de Castro que “solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice *Montesquieu*; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el solo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron.”

El Código Penal de 1871 toma como ejemplo el Código Español de 1870, que como es sabido, se inspiró a su vez en sus antecesores de (1850 y 1848). Por lo demás, la Comisión, en cuanto a doctrina, se guió por *Ortolán* para la parte general (Libros I y II) y por *Chauveau y Hélie* para la especial (Libro III). Responde así, el Código Penal de 1871, a su época: clasicismo penal con acusados retoques de correccionalismo, como enseguida veremos.

Se trata de un código correctamente redactado, como su modelo el Código Español. Se compone de 1151 artículos, de los que uno es transitorio y fue decretado por el Congreso y promulgado por el Presidente Juárez.

La fundamentación clásica del código se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (artículo 34, fracción I). Cataloga rigurosamente las atenuantes y los agravantes (artículos 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático. Reconoce excepcional y limitadísimo el arbitrio judicial (artículos 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley (artículos 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota afflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta el de la muerte artículo 92, fracción X y, para la de prisión, se organiza el sistema celular artículo 130. No obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y

correccionales artículo 94. Por último, se formula una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio artículo 325.

Dos novedades importantes representan, sin embargo, el Código Penal para su tiempo. Una lo fue el "delito intentado"; es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque evidentemente son inadecuados los medios que se emplean artículo 25, grado que el legislador hizo intermedio entre el conato *ejecución* in consumada, (artículo 19), y el delito frustrado *ejecución* consumada pero que no logra el resultado propuesto, (artículo 26), y que certera y expresamente justificó Martínez de Castro con la diferente peligrosidad acreditada. Segunda novedad consistió en la "libertad preparatoria" con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos siguientes.

Se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, en los casos de los (artículos 74 y 75), para otorgarles después una libertad definitiva, (artículo 98). La institución de la libertad preparatoria constituyó, para su tiempo, un notable progreso, recogido después por la legislación europea a través del Proyecto suizo de *Carlos Stoos* (1892), al que es aplaudida esa originalidad que en realidad corresponde a Martínez de Castro, pues significa tanto como la sentencia relativamente indeterminada.

El Código Penal de 1871, puesto en vigor en México con un designio de mera provisionalidad, como lo reconocieron sus propios autores, mantuvo, no obstante, su vigencia hasta 1929.

Los trabajos de revisión de 1912, representó un proyecto de reformas al código de 1871 la comisión presidida por Miguel S. Macedo.

La comisión tomó como base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y

limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones, cuya bondad se pueda estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente, tales como la condena condicional, la protección a la propiedad de energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes y los vicios que han podido notarse en el texto del código, por más que no afecten a su sistema. Modesta labor de revisión con miras a corregir erratas, y aclarar obscuridades, a modernizar lo anticuado. No obstante lo cual reveló "un espíritu político criminal bastante certero", según juicio del maestro Luis Jiménez de Asúa.

Los trabajos de la comisión revisora no recibieron la consagración legislativa por su inactualidad y porque las convulsiones internas del país llevaron a los gobiernos a atender a preocupaciones de más notoria urgencia y valía. La revolución, abanderada con las reivindicaciones populares, con las libertades efectivas, con la igualdad social y económica, luchó hasta dominar a las clases poseedoras del poder, imponiéndoles el Estatuto de 1917.

El Código Penal de 1929

Al ir recuperándose paulatinamente la paz pública renacieron las inquietudes reformadoras. Las aulas universitarias, sobre todo, alojaron las esperanzas más impacientes de renovación. Ha podido decirse, con frase objetivamente sensible, que "Luis Chico Goerne, una mañana, en cátedra, logró que sus alumnos oyeran, materialmente, como un andar que se apoya en muletas, el lento paso del derecho penal, que siempre llega a la zaga." Por fin, en 1925 fueron designadas nuevas comisiones revisoras que en 1929 concluyeron sus trabajos, promulgándose el Código Penal de esta fecha.

El Presidente Portes Gil, en uso de facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por Decreto de febrero de 1929, expidió el Código Penal de

30 de septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de diciembre de 1929. Se trata de un código de 1233 artículos de los que 5 son transitorios. Buena parte de su articulado procede del anteproyecto para el Estado de Veracruz, que fue promulgado como Código Penal hasta el 10 de junio de 1932.

Muy al contrario del Código Penal de 1871, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica.

El más enérgico defensor del Código Penal de 1929 lo ha sido quien también fue su principal autor, José Almaraz, quien ha producido un autorizado comentario sobre el Libro I, comentario redactado, no se sabe si por encargo del "señor Subsecretario de Gobernación" o del "señor Secretario de Gobernación" ("Exposición de Motivos del Código Penal de 1929", México, 1931, páginas 9 y 25). El propio Almaraz reconoce que "es un código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes" si bien entre sus méritos señala el haber roto "con los antiguos moldes de la escuela clásica, y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito basándose en defensa social e individualización de sanciones."

El Código Penal de 1929 no difirió radicalmente del clásico. Grados del delito (el artículo 20) y de la responsabilidad, (el artículo 36), catálogo de atenuantes y agravantes, con valor progresivo matemático, (los artículos 56 al 63), si bien reconociéndose a los jueces la facultad de señalar otras nuevas y hasta de valorar distintamente las señaladas por la ley (artículo 55); arbitrio judicial muy restringido (artículos 161, 171, 194 y 195); prisión con sistema celular (artículos 106 y 195). Como novedades de importancia se cuentan: la responsabilidad social sustituyendo a la moral cuando se trata de enajenados mentales (artículos 32, 125 a 128); supresión de la pena de muerte; multa, que a ejemplo del sistema sueco de *Thyren* se basó en la "utilidad diaria" del delincuente (artículo 84); condena

condicional, tomada del Proyecto Macedo y recogida antes por el Código Penal de San Luis Potosí, y la reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público, (artículo 319), pudiendo los particulares, en determinadas ocasiones, exigirla, con lo que su naturaleza resultó contradictoria (artículo 320). Algunas otras novedades como las granjas escuelas y los navíos escuelas, (artículos 123 y 124), por su condición de irrealizables entonces y aún ahora, dada la pobreza del erario, aunque inspiradas en el Proyecto *Ferri* (1921) y por crear un problema práctico en vista de su inexistencia, quedaron convertidas en poética legislativa que restó seriedad al legislador.

“La Comisión acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva”, afirma el expositor de los motivos del Código. Pero es lo cierto que los estados peligrosos no pasaron de ser en aquel cuerpo legal más que una denominación nueva aplicada a cosas viejas y de regusto exclusivamente clásico. En efecto, en tanto que se declaró que “los actos y omisiones” catalogadas en el Libro III eran “los tipos legales de los delitos.” (Artículo 1), se afirmó también que “se considerará en estado peligroso a todo aquel que sin justificación legal cometa un acto de los conminados con sanciones en el Libro III aun cuando haya sido ejecutado por imprudencia y no consciente y deliberadamente” (el artículo 32); de donde resultó que el delito siguió consistiendo en el hecho objetivo, que tenía propia sustancia penal, y que el estado peligroso no fue más que la acción o la omisión que la propia ley sancionaba. No otra cosa es la clásica imputación. Ni siquiera olvidó el legislador de recoger en su articulado la debatida cuestión del discernimiento, de tan puro sabor clásico, pues reconoció valor de atenuante de la clase a ser tan ignorante y supersticioso “que no se haya tenido el discernimiento necesario para conocer toda la gravedad del delito” (el artículo 59, fracción VI).

Ciertamente representó un progreso el sistema adoptado para la individualización judicial de las sanciones, mediante los mínimos y máximos señalados para cada delito, los que se conjugaban con la regla siguiente: “Dentro

de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente” (artículo 161); regla general que quedó a su vez limitada o cuando menos estorbada por el catálogo legal de atenuantes y agravantes, que retrocedió al cartabón clásico otra vez el sistema judicial adoptado.

Resulta de lo que se ha escrito que la inspiración positiva que guió a los redactores del código no tuvo fiel traducción en su articulado positivo, el que fundamentalmente no modificó el sistema de 1871.

Esto y dificultades prácticas en la aplicación del código, particularmente en lo tocante a la reparación del daño y a la individualización de la pena pecuniaria, hicieron sentir a los órganos del Poder la necesidad de una nueva reforma que diera satisfacción a las inquietudes científicas recogidas por el mismo código de 1929, pero sólo muy limitadamente. De esta suerte el mérito principal del código de 1929 no fue otro que el de proyectar la integral reforma penal mexicana derogando el venerable texto de Martínez de Castro y abriendo cauce legal a las corrientes modernas del Derecho Penal en México.

El Código Penal de 1931

El mal suceso del Código Penal del 1929 determinó la inmediata designación, por el propio licenciado Portes Gil, de una nueva comisión revisora, la que elaboró el hoy vigente Código Penal de 1931 del Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y de toda la República en materia federal.

Este código fue promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Ortiz Rubio, en uso de facultades concedidas por el Congreso por decreto del 2 de enero de ese mismo año.

Se trata de un código de 403 artículos de los que 3 son transitorios, con una correcta y sencilla redacción acompañada de una arquitectura adecuada en términos generales.

La Comisión Redactora tuvo en cuenta las siguientes orientaciones, resumidas por su Presidente, Alfonso Teja Zabre: "Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: 'no hay delitos sino delincuentes', debe completarse así: 'no hay delincuentes sino hombres'. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas antisociales.

La pena es un mal necesario, se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito." La manera, de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no lo proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución principalmente por:

- a) Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales;
- b) Disminución del casuismo con los mismos límites;
- c) Individualización de las sanciones, transición de las penas a las medidas de seguridad;
- d) Efectividad de la reparación del daño;

e) Simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales y los recursos de una política criminal con estas orientaciones:

1. Organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados;
2. Niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa;
3. Funcionamiento de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social, casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional,
4. Medidas sociales y económicas de prevención. Un cuadro muy suficiente de las orientaciones seguidas por el Código Penal puede encontrarse en diversos trabajos del Doctor José Ángel Ceniceros, especialmente *El Código Penal Mexicano* y *La Escuela Positiva y su influencia en la Legislación Penal Mexicana* (1941).

El Código Penal de 1931 no es, desde luego, un código ceñido a cualquiera de las escuelas conocidas. Respetuosa de la tradición mexicana, su arquitectura formal, con más de una originalidad, sin embargo, es la de todos los códigos del mundo, incluso el mexicano de 1871; pero por otra parte en su dirección interna acusa importantes novedades a las que se agrega lo que de auténtica modernidad había recogido el de 1929. Además de mantener abolida la pena de muerte, las principales novedades consisten en: la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones, sin más excepción, muy debatida ciertamente, que la que señala el artículo 371, relativo a robos de cuantía progresiva, fijándose reglas adecuadas al uso de dicho arbitrio en (los artículos 51 y 52), los que señalan a la Justicia Penal: Una dirección antro-po-social, que es fundamental, en la teoría del código. Además, fueron técnicamente perfeccionados: la condena condicional (artículo 90), la tentativa (artículo 12), el encubrimiento (artículo 400), la participación (artículo 13), algunas

excluyentes y se dio uniformemente carácter de pena pública a la multa y la reparación del daño (artículo 29). Todo ello reveló un cuidadoso estilo legislativo para corregir errores técnicos en que habían incurrido anteriores legisladores.

Pragmático por excelencia, el Código Penal de 1931 desarrolla modestamente, pero con firme dirección, sus intenciones de acuerdo con la realidad mexicana. No crea de la nada, recoge, organiza y equilibra la realidad misma. En este sentido es un código que ha permitido cómodamente ir acopiando experiencias y datos para la elaboración final del código que se impone para lo porvenir, el Código Penal mexicano, que en su dualidad local y federal es instrumento jurídico adecuado, con una moderna Política Criminal aplicada a todo el país en ese momento histórico.

Cumplidos algunos de los fines de la legislación, incumplidos todavía otros, la Reforma Penal con sus códigos de 1929 y 1931, ha permitido fijar direcciones de Política Criminal, señalar rumbos ciertos a la jurisprudencia, formar grupos de especialistas y enriquecer la bibliografía penal mexicana, a estas horas conocida en los círculos especializado que se interesan por los temas *iuspnales*.

El fermento de nobles inquietudes que produjo ese importante fenómeno sociológico, político, económico, que se conoce con el nombre de *Revolución Mexicana*, no sólo había de despertar a la nación llamándola a la conquista de un mejor reparto de la riqueza, a la conquista de la independencia nacional económica, a la conquista de su territorio y, en una palabra, a la conquista de la propia alma nacional, sino que tenía que hacerse sentir en el campo estrictamente legislativo, dando lugar a que los anhelos de sincera adaptación de las leyes a las condiciones reales del país, comenzados a sentir con la Reforma Liberal se tradujeran por fin en normas sencillas, modernas, fácilmente aplicables y sobre todo, acordes con el estado actual del país, dentro del estado actual de la ciencia,

y en el campo legislativo, especialmente en la legislación penal, tenía ésta que recibir ese influjo bienhechor, toda vez que tal legislación es la que más afecta a las clases desheredadas de la fortuna y a la sociedad entera.

Así pues, la reforma penal en México es un producto genuino de la Revolución, obedece a sus anhelos e inquietudes, atiende a sus imperativos y, como realidad lograda que ya es, aunque modesta, tiene el derecho de creerse justamente hija legítima de la revolución y de su tiempo.

“El catedrático Raúl Carrancá y Trujillo menciona que por todo ello, habiendo seguido la gestación del código y sugerido a su Comisión redactora algunas de sus reformas, el primer comentario público que se le dedicó fue el nuestro. Dijimos entonces de él: para hacer el examen del nuevo código y reconocer sus aciertos, no necesario acumular defectos sobre el que va a quedar derogado el código de 1929 ha hecho posible al del 1931, cada cual ocupe su lugar; sencillez, precisión, diafanidad, la expresión breve y justa, horra de adherencias complicadas que son, en la práctica, ‘el vericuetto desde el que acecha con su trabuco la chicana’. Un código de 400 artículos que, sobre su buena prosa castellana, dice sólo lo que necesita el jurista y el hombre de la calle. (El Nacional, México agosto 19 de 1931).”¹²

Concretamente, en lo relativo al delito materia de la presente investigación, el Código Penal de 1929, menciona en el capítulo VII los delitos de abogados, apoderados, litigantes y administradores de concursos y sucesiones, cuyos artículos reproducimos a continuación:

Artículo 816.- “El abogado que alegue hechos falsos o se apoye en el dicho de falsos testigos, pagará una multa de diez a treinta días de utilidad, si tenía conocimiento de la falsedad.

¹² CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Op. cit.*, Página 87.

Artículo 817.- El abogado que patrocine, aconseje, dirija o ayude a los dos contendientes a la vez o sucesivamente, en un mismo pago o que patrocine, aconseje, dirige o ayude a una de ellas, después de haber aceptado la defensa del otro y haberse impuesto de sus pruebas, será suspendido de tres meses a un año y pagara una multa de veinte a cuarenta días de utilidad.

Artículo 818 -El abogado que aconseje la presentación de testigos y declarantes falsos, o con cuyo conocimiento los presente a la parte a quién patrocina, será considerado como autor del delito de falsedad en el primer caso, y como cómplice del mismo delito en el segundo.”

Por su parte, el Código de 1931, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de ese año, en el capítulo II del Libro relativo a los delitos en particular menciona:

“CAPÍTULO II

Delitos de abogados patronos y litigantes.

Artículo 231.- Se impondrán suspensión de un mes a dos años y multa de cincuenta pesos a quinientos pesos, a los abogados o a los patronos o litigantes que no sean ostensiblemente patrocinado por los abogados, cuando cometan alguno de los delitos siguientes.

I.- Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas; y

II.- Pedir términos para probar lo que notoriamente no se puede probarse o no ha de aprovechar su parte; promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o recursos manifiestamente improcedentes o de cualquiera otra manera procurar dilataciones que sean notoriamente ilegales.”¹³

¹³ Diario Oficial de la Federación, del 28 de enero de 1931, sección primera, Página, 49.

“Pueden ser protagonistas del delito: a) los abogados peritos en derecho que se dedican a defender en juicio los intereses de los litigantes; b) los patronos apoderados jurídicos generales o especiales que representan al litigante en juicio; y los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por, abogados; son litigantes los que representan una altercación en juicio.”¹⁴

“Artículo 232.- Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión:

I.- Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con interés opuesto, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepta el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria;

II.- Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño, y;

III.- Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que se menciona la fracción I del artículo 20 de la constitución, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa.”

La fracción I menciona una forma del prevaricato; el doble servicio contradictorio del agente, supone la ausencia del consentimiento del primer defendido o representado, porque si existe, se desvanece el dolo.

La fracción II señala que requiere anotar que el abandono de la defensa en actitud negativa o de la omisión que puede manifestarse por malicia o negligencia.

La fracción III tiende a combatir frecuentes defraudaciones que abogados o agentes de negocios poco ejemplares, cometen a costa de los procesados, lucrando en la libertad caucional y abandonarlos a su suerte.¹⁵

¹⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El código penal comentado*. 2ª. Edición, Impresores Unidos, México, 1939. Página 218.

¹⁵ *Ibidem*.

3. México Contemporáneo

a) Reforma del día 10 de febrero de 1994

Iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal: Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Diario Oficial de la Federación el día 28 de diciembre de 1992, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Observaciones: se reforman los artículos 8; 9; 12, párrafos primero y segundo; 13, primer párrafo y fracciones V, VI y VIII; 15; 16; 17; 29, párrafo segundo; 30, fracciones II y III; 32, fracción VI; 34, párrafo primero; 35, párrafo cuarto; 37; 52; 60, primero y segundo párrafo y la fracción II; 61; 62; 64, segundo párrafo; 64 -Bis; 65; 66; 71, párrafo I; 85, párrafo I; 86, fracción segunda; 90, de la fracción I, fracciones VII y VIII; 93, párrafo primero; 107, párrafo segundo; III; 115; 153; 158, primer párrafo; 164, segundo párrafo; 170; 172-Bis; 173, primer párrafo; 178; 187; 193; 194; 195; 196; 197; 198; 199; 201, párrafos primero y segundo; 209; 210; 225, fracciones IX; X; XII; XVII y XX; 228, fracción primera; 231, párrafo primero; 340; 341; 247, párrafo primero, fracción V; 249, primer párrafo; 250, primer párrafo y fracciones II y IV; 284; 303; 323; 368, fracción primera; 388 y 390. Del mismo código se adicionan: un párrafo II al artículo 7, y los dos últimos

párrafos al artículo 13; párrafo IV al artículo 27 recorriéndose en su orden los actuales párrafos cuarto, quinto y sexto, pasando a ser los párrafos quinto, sexto y séptimo; un artículo 31 -Bis, un segundo párrafo al artículo 34; recorriéndose en su orden los actuales párrafos segundo y tercero pasando a ser tercero y cuarto; al artículo 35 un último párrafo; un artículo 69-Bis; un segundo y quinto párrafos del artículo 93 recorriéndose los actuales párrafos segundo y tercero para ser los párrafos tercero y cuarto; artículo 110 párrafo tercero y cuarto del; un artículo 195 -Bis; un artículo 196 -Bis; las fracciones III y IV al artículo 231; un artículo 248 -Bis; un segundo párrafo al artículo 286; un artículo 321 -Bis; un artículo 336 -Bis; un artículo 388 -Bis; y un párrafo segundo del artículo 390: deroga los artículos 59-Bis; la fracción VI del artículo 60, el último párrafo del artículo 70; el inciso e) de la fracción primera del artículo 90, una fracción XXVII del artículo 225; 299; la fracción II del artículo 303 y el apéndice I; 311; 324; 325; 326; 327; 328; el segundo párrafo de la fracción X del artículo 387; se modifican las denominaciones de los Capítulos Segundo y Cuarto del Título Tercero del Libro Primero; Capítulo I del Título Séptimo del Libro Segundo; del Capítulo Primero del Título Decimonoveno del Libro Segundo.- Se dispensan la primera y segunda lecturas.- Se aprueban las propuestas presentadas.- En votación nominal se aprueba por 345 votos.- Pasa al Senado.- Fe de erratas publicada el 10 de febrero de 1994.

Contenido: propone regular la conducta de quienes por sí, a través de terceros o a nombre de otros, dirigen, administran y supervisan cualquier tipo de organización o ente constituido para realizar, de manera reiterada, cualquiera de las actividades delictivas que afectan a la salud y, establece las sanciones que se aplicarán en estos casos.

Publicado en el Diario Oficial de La Federación del día 10 de enero de 1994.¹⁶

¹⁶ *Diario Oficial de la Federación*, del día 10 de enero de 1994, segunda sección, Páginas, 1-14.

b) Reforma del día 18 de mayo de 1999

Iniciativa presentada por el Ejecutivo, siendo cámara de origen el Senado: decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal.

Observaciones: modifica la denominación y reforma el artículo 1; la fracción II del artículo 15; la fracción II del artículo 356, y el artículo 357.- Se dispensa la segunda lectura.- Se aprueban en lo general los artículos no impugnados por 435 votos en pro y 6 en contra.- Sin debate se recoge la votación nominal de los artículos 25, 320 y 366 que se aprueban por 281 votos en pro y 90 en contra; 305 votos en pro y 70 en contra y 320 votos en pro y 80 en contra, respectivamente.- Pasa al Ejecutivo.

Contenido: Propone incluir en la definición de cuerpo del delito a los elementos normativos, cuando la conducta típica lo requiera; otorgar mayores elementos a la autoridad judicial para fijar el delito por el cual habrá de seguirse el proceso; que los elementos de la figura delictiva descrita por la ley penal, distintos a los elementos objetivos y normativos deberán, desde luego, probarse plenamente al momento de resolver en sentencia el procedimiento; establecer criterios objetivos para determinar la improcedencia del otorgamiento de la libertad provisional bajo caución y, precisar el ámbito material de validez. Abroga, la Ley Reglamentaria del Artículo 119 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos de 9 de enero de 1954.

Publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 18 de mayo de 1999.¹⁷

¹⁷ *Diario Oficial de la Federación*, del día 18 de mayo de 1999, Páginas, 2-8.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

A) Definición de Delito

Con el objeto de contar con una idea uniforme acerca del delito, expondremos algunas definiciones aportadas por la doctrina.

Rafael de Pina define al delito como el "Acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal."¹⁸

Por su parte, Díaz de León afirma que el delito es una acción u omisión que sancionan las leyes penales. "Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Infracción culpable de la norma penal."¹⁹

"Delito. *Delictum*, es la contravención a una ley penal, es un hecho ilícito castigado por la ley, todo el que lo comete está obligado a reparar el daño que ha ocasionado y a sufrir la pena que establece el derecho."²⁰

El delito es, para Raúl Carrancá y Trujillo, concurso de dos fuerzas: la moral y la física, las dos fuerzas que la naturaleza ha dado al hombre y cuyo dominio constituye su personalidad. La fuerza moral consiste subjetivamente en la voluntad e inteligencia del hombre que obra; es interna o activa. La fuerza física consiste objetivamente en el movimiento del cuerpo; es externa o pasiva. Ambas causan el daño material del delito, como las dos fuerzas, moral y física, no se encuentran siempre completas, de aquí los grados del delito, que son "todo lo que falta en la intención o en la ejecución."

¹⁸ DE PINA, Rafael. *Diccionario de derecho*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1973. Página 136.

¹⁹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1986. Página 641.

²⁰ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. *Segundo Curso de Derecho Romano*. 10ª. Edición, Editorial Pax, México, 1984. Página 210.

“Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.”²¹

Para el maestro Jiménez de Asúa, “Como toda definición del delito es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo descubre. Decir del delito que es un acto penado por la ley, como la dispone el código penal español, chileno y el mexicano y al añadir que es la negación del derecho, supone hacer un juicio *a posteriori*, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido. Es una *tautología* (decir dos veces).

Aceptamos sin embargo que el delito desde el plano jurídico es un acto u omisión antijurídico y culpable.”²²

El Código Penal Federal en su artículo 7 menciona:

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

²¹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Parte General. 10ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1974. Página 197.

²² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. Página 129.

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

1. Definición de Delito grave

El artículo 194 del Código de Procedimientos Penales Federal recoge un catálogo de delitos graves:

“Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes”:

- I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes: (Diario Oficial de la Federación del 1 de junio del 2001);
 - 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
 - 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
 - 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
 - 4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
 - 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
 - 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
 - 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
 - 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
 - 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
 - 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
 - 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;
 - 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos

primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;

- 13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 Bis; (Diario Oficial de la Federación del 4 de enero del 2000);
- 14) Los previstos en el artículo 205, párrafo segundo;
- 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;
- 16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;
- 17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;
- 18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;
- 19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- 20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, párrafo segundo;
- 21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;
- 22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- 23) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366, (Diario Oficial de la Federación 12 de junio del 2000);
- 24) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;

- 25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;
 - 26) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368;
 - 27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368, párrafo segundo;
 - 28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
 - 29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;
 - 30) Los previstos en el artículo 377;
 - 31) Extorsión, previsto en el artículo 390;
 - 32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y
 - 33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis
 - 34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215 A, (Diario Oficial de la Federación 1 de junio del 2001);
- II. De la Ley Federal contra la delincuencia organizada, el previsto en el artículo 2.
- III. De la Ley Federal de armas de fuego y explosivos, los delitos siguientes:
- 1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;
 - 2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso I) del artículo 11;
 - 3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83, fracción III;
 - 4) Los previstos en el artículo 84, y
 - 5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

- IV. De la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5.
- V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.
- VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:
 - 1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y
 - 2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.
- VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III;
- VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111, 112, en el supuesto del párrafo cuarto, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del párrafo cuarto del artículo 112;
- IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del párrafo cuarto, excepto las fracciones IV y V, y el artículo 101;
- X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112, 112 Bis, en el supuesto del párrafo cuarto; 112 Bis, 3 fracciones I y IV, en el supuesto del párrafo cuarto; 112 Bis, fracción I, en el supuesto del párrafo cuarto del artículo 112 Bis, 3 y 112 Bis, 6 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del párrafo cuarto;
- XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I, 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del párrafo cuarto, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del párrafo cuarto del artículo 146;

- XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3 de dicha ley, excedan de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;
- XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.
- XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96;

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

2. Definición de Delitos no graves

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 399-Bis dice:

En caso de delitos no graves, el Juez podrá negar a solicitud del Ministerio Público, la libertad provisional del inculpado, cuando éste haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Por conducta precedente o circunstancias y características del delito cometido, según corresponda, se entenderán, conforme al Código Federal de Procedimientos Penales cuando:

- I. El inculpado sea delincuente habitual o reincidente por delitos dolosos, en términos de lo dispuesto por el Código Penal Federal;
- II. El inculpado esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores, en los cuales se le haya dictado auto de formal prisión por el mismo género de delitos;
- III. El inculpado se haya sustraído a la acción de la justicia y esté sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual haya sido extraditado;
- IV. El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso penal correspondiente;
- V. El Ministerio Público aporte cualquier otro elemento probatorio de que el inculpado se sustraerá a la acción de la justicia, si la libertad provisional le es otorgada;
- VI. Exista el riesgo fundado de que el inculpado cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento, o algún tercero, si la libertad provisional le es otorgada;
- VII. Se trate de delito cometido con violencia, en asociación delictuosa o pandilla o;
- VIII. El inculpado haya cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.”

B) Definición de Proceso

Para el maestro Rafael de Pina, el proceso es el “Conjunto de actos regulados por la ley y regularizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente.

La palabra proceso es sinónima de juicio.²³

Para el catedrático Carlos Barragán Salvatierra, proceso “Deriva del latín *processus*, que significa progresión, por las etapas sucesivas de las que consta. Desde su punto de vista gramatical, alude a una sucesión de actos, vinculados entre sí, respecto de un objeto común; es, por su propia naturaleza, enteramente dinámico.”²⁴

Es un conjunto de actos procesales, ligados entre sí, como una relación jurídica, por virtud de la cual el Estado otorga su jurisdicción con objeto de resolver los litigios o relaciones de derecho sometidos a su decisión.

El proceso, pues, es una serie de actos concatenados que se desarrollan, progresivamente, para llegar a su fin natural, que es la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada y resolutoria del conflicto.

Dichos actos procesales entrañan una relación jurídica, consistente en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones que la ley establece entre los sujetos de la relación procesal, consignación, declaración preparatoria, sentencia, según el proceso que se trate, constituyen la expresión externa de tal relación, que se da entre las partes y el juez.

Los mencionados actos conforman una unidad que se deriva del fin que persiguen: la cosa juzgada y, por virtud de ésta, la protección de un derecho subjetivo elevado a pretensión jurídica, la actuación del derecho material, etcétera. El Estado se liga a la idea del proceso, por ser el titular del poder soberano de jurisdicción, en virtud del cual puede resolver los litigios y conflictos mediante actos de autoridad. Obviamente, el Estado no externa estos actos de autoridad de manera unilateral o a su capricho, sino, mediante el proceso, que es un método de

²³ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 278.

²⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Editorial McGraw Hill, México, 1999. Página 8.

debate que sirve para constatar si la pretensión o la excepción es procedente, para otorgarle la tutela jurídica en el fallo definitivo.²⁵

1. Definición de Proceso Penal

Son las diversas etapas en las cuales puede dividirse el proceso penal, comprendidos los trámites previos o preparatorios.²⁶

Procedimiento Penal.

El Procedimiento Penal para Manuel Rivera Silva "es el conjunto, de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso aplicar la sanción correspondiente. Actividad técnica que tiene como finalidad hacer efectivas las normas del Derecho Penal material."²⁷

Para el ilustre autor Leopoldo de La Cruz Agüero, el procedimiento penal es el conjunto de normas o actos, sujeto a determinadas solemnidades, derivados de leyes previamente establecidas de observación obligatoria, que se materializan mediante una secuela procedimental, involucrándose en su desarrollo, Juez, Ministerio Público, acusado y terceros extraños, (Averiguación Previa), continuando con la instrucción y concluir con sentencia, juicio en el que las partes aportan pruebas que tiendan a acreditar la procedencia de sus respectivos intereses y el órgano jurisdiccional queda en disposición de pronunciar la sentencia definitiva que en derecho proceda, ejecutando de esa manera o materializando las disposiciones contenida en el código penal, referente a las penas y medidas de seguridad aplicables al infractor de determinado delito.

²⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1986. Página 1392.

²⁶ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Tomo V, Editorial Porrúa, México, 2002. Página 821.

²⁷ RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*. Editorial Porrúa, México, 1992. Página 5.

Para el maestro De La Cruz Arguello, "El Procedimiento Penal es la suma de actos jurídicos, formas y formalidades a que deben sujetarse los mandamientos del Código Penal, sea, el cumplimiento material, los cauces formales que deben desarrollarse de una manera concatenada y cronológica para que el órgano jurisdiccional esté en posibilidad de dictar sentencia condenando o absolviendo."²⁸

El tratadista Díaz de León considera que es el conjunto coordinado de actos procesales que sirven para la obtención de un fin determinado dentro del proceso.

El procedimiento equivale, en realidad, a una parte del proceso, es decir, aquél se da y se desarrolla dentro de éste, concatenando a los actos de que consta, uniéndolos como si se tratara de eslabones, hasta producir la situación jurídica que corresponde en el proceso.

Para el maestro Rafael de Pina, es el conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos.

En tanto que el distinguido maestro Eduardo Pallares define al procedimiento penal como el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de sustanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima, breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin él, y así sucesivamente.

Según el autor *Tomas Jofre*, procedimiento penal "son actos solemnes, mediante los cuales el Juez observando la norma establecidas por la ley, conoce del delito y de sus autores a fin de que la pena se aplique a los culpables."²⁹

El autor Juan José González Bustamante sostiene que "Procedimiento Penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal

²⁸ DE LA CRUZ AGÜERO, L. *Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1996. Página 4.

²⁹ JOFRES, Tomas. *Manual de Procedimientos Civil y Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina, 1985. Página 12.

Penal, que se dan desde que la autoridad interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito, investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, de donde se obtiene la cabal definición de las relaciones del Derecho Penal.”³⁰

El maestro, Fernando Arilla Bas puntualiza que el “procedimiento está constituido por el conjunto de actos vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por los órganos persecutorios y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones para actualizar sobre el autor o partícipe del delito la conminación penal establecida por la ley.”³¹

Para el distinguido catedrático Guillermo Colín Sánchez, el procedimiento penal “es el conjunto de actos legales que deben ser observadas obligatoriamente por todos y que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica del Derecho Penal, para ser factible la aplicación de la ley a un hecho concreto.”³²

De lo anterior podemos desprender que el procedimiento cuenta con las siguientes características:

Es un conjunto de actos o actividades, mismas que deben seguir determinadas formalidades, regidas por el Derecho Procesal Penal.

Estos actos o actividades deberán además desarrollarse de una manera concatenada y cronológica y estar reglamentadas por criterios previamente establecidos, en los que intervienen generalmente los órganos persecutores y jurisdiccional, cada uno realizando sus respectivas funciones, teniendo como finalidad hacer efectivas las normas del Derecho Penal material.

³⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José Juan. *Principios de Derecho Procesal Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1985. Página 25.

³¹ ARILLA BLAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. Editores Unidos, México, 1976. Página 8.

³² COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa, México, 1993. Página 61.

Ahora bien, de todo lo anterior podemos concluir que el procedimiento penal es un conjunto de actos o actividades en que se deben seguir determinadas formalidades, regidas por el Derecho Procesal Penal deben desarrollarse de una manera concatenada y cronológica, por los órganos persecutor y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, teniendo por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito y dejar en posibilidad al órgano jurisdiccional de dictar la sentencia que en derecho corresponda y, en su caso, la sanción correspondiente y con ello hacer efectiva la norma penal.

Etapas del Procedimiento Penal

El Procedimiento Penal, cuenta con diversas etapas, a través de las cuales se va desarrollando, y que es necesario conocer, estudiar y entender cómo se encuentra reglamentado, en otras palabras, qué deben revestir los actos que integran cada uno de los periodos en que se encuentra dividido el Procedimiento Penal.

En estas etapas o periodos en que se encuentra dividido el procedimiento penal, nos vamos a encontrar que cuentan con diversas denominaciones, que van a depender de la opinión de algunos estudiosos del derecho, y que a continuación conoceremos, comenzando con la división que encontramos en nuestra legislación penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales establecía anteriormente los siguientes periodos del Procedimiento Penal:

- a) Averiguación Previa.
- b) Instrucción.
- c) Juicio.
- d) Ejecución.

Actualmente establece los siguientes procedimientos:

- a) Averiguación Previa. En la que se establecen las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver, si ejercita o no la acción penal.

- b) Preinstrucción. Se realizan las actuaciones para determinar los hechos.
- c) Materia del Proceso. La clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado, o bien en su caso la libertad de éste por falta de elementos para procesar.
- d) Instrucción. Que abarca las diligencias practicadas ante y por tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, circunstancias en que hubiesen sido cometidos y las peculiaridades en que hubiere incurrido el inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.
- e) Primera Instancia. En que el Ministerio Público precisa su pretensión y el acusado su defensa ante el tribunal, y ésta valora las pruebas y dicta la sentencia definitiva.
- f) Segunda Instancia. Donde se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver recursos.
- g) Ejecución. Que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.
- h) Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Sin embargo, podemos advertir que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no se contiene una disposición expresa, que aluda a los periodos del procedimiento, pero través de su articulado, se reglamentan algunas de las fases a las que alude literalmente la legislación federal.

En tanto que para el autor Manuel Rivera Silva, los periodos o etapas en que se divide el procedimiento son:

Periodo de Preparación de la acción procesal. Este periodo se inicia con la averiguación previa y termina con la consignación, el fin de este periodo reside en la reunión de los datos que son necesarios para que el Ministerio Público pueda

excitar al órgano jurisdiccional a que cumpla con su función. El contenido de la preparación de la acción procesal es llenado por un conjunto de actividades realizadas ante un órgano especial que es el Ministerio Público y la Policía Judicial.

Periodo de preparación del Proceso. Principia con el auto de radicación y termina con el auto de formal prisión; la finalidad perseguida en este periodo es reunir los datos que van a servir de base al Proceso, o sea, comprobar la comisión de un delito y la probable responsabilidad de un delincuente; el contenido de este periodo está integrado por un conjunto de actividades legalmente reguladas y dirigidas por el órgano jurisdiccional.³³

Según el autor español Fernando Arilla Bas, los periodos del Procedimiento Penal “son los que corren a cargo de los órganos persecutor (averiguación previa) y jurisdiccional (preparación del proceso y juicio) y los periodos de desarrollo del Procedimiento son:

A cargo del órgano persecutor, periodo de averiguación previa.

A cargo del órgano jurisdiccional:

Periodo de instrucción, que se divide en dos:

1. De preparación del Proceso, desde el auto de radicación hasta el de formal prisión.
2. De Proceso, desde el auto de formal prisión hasta el que declara cerrada la instrucción y pone la causa a la vista de las partes.

Periodo del Juicio, que comprende:

1. De preparación, que se abre con el auto de vista de las partes y termina con el de citación para la vista.
2. De debate, o vista de la causa.
3. De decisión (sentencia).³⁴

³³ RIVERA SILVA, Manuel. *Op. cit.*, Página 22.

³⁴ ARILLA BAS, Fernando. *Op. cit.*, Página 11.

El tratadista Juan José González Bustamante considera que las etapas del Procedimiento Penal son:

- a) Preprocesal (Averiguación Previa).
- b) Instrucción.
- c) Juicio.³⁵

El destacado autor Guillermo Colín Sánchez apunta que las etapas del Procedimiento Penal son:

- a) Averiguación Previa.
- b) Instrucción.
- c) Juicio.³⁶

Para el distinguido maestro Sergio García Ramírez las etapas del Procedimiento Penal son las siguientes:

- a) Instrucción Administrativa (Averiguación Previa).
- b) Instrucción Judicial.
- c) Plenario.

Finalmente, podemos concluir que las etapas o periodos en que se encuentra dividido el Procedimiento Penal, son:

- a) Averiguación Previa. Aunque algunos de los estudiosos a que hemos hecho referencia no la consideran como parte del procedimiento.
- b) Preinstrucción.
- c) Instrucción.
- d) Juicio.

³⁵ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Op. cit.*, Página 29.

³⁶ COLIN SÁNCHEZ., Guillermo. *Op. cit.*, Página 295.

C) Definición de Abogado

"Abogado. *Advocatus*, de *ad*, *a*, y *vocare*, llamar, o sea, abogar, quién al ejercerla debe actuar a favor de los intereses que tiene confiados; de las más nobles por su importancia para lograr la paz y el bienestar social."³⁷

Abogado. Profesional del derecho que ejerce la abogacía.

Para el ejercicio de esta profesión es requisito, *sine qua non*, tener título de Licenciado en Derecho y obtener la cédula correspondiente de la Dirección General de Profesiones.

Para el maestro Rafael de Pina, "del abogado se ha dicho encarecidamente la importancia de su misión, que es el primer juez de las primeras causas."³⁸

No interviene en la actividad procesal de manera directa.

Es el conocedor y especialista en el Derecho o una de sus ramas, que sólo asesora a los legos; es el que da los consejos de lo que deben hacer otros.

En México es sabido que el defensor, además de dirigir al imputado, generalmente interviene en el proceso a través de promociones y alegatos. Muchos se anuncian diciendo que son abogados y postulantes.³⁹

1. Definición de Patrono

Patrono, defensor.

- I.- Protector, amparador, favorecedor, Titular del derecho de patronato.
- II.- Manumisor. Dueño del lugar donde uno se aloja.
- III.- En los feudos, dueño del dominio directo.
- IV.- Quien emplea remuneradamente y con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él.

³⁷ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I. Página 22.

³⁸ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 15.

³⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Harla, México, 1990. Página 201.

“En el Derecho Romano, patrono, quiere decir padre de carga *del latín, pater onus*, era el nombre que en general asignaba a cuantas personas tenían alguna obligación protectora con respecto a otras, aun siendo inferiores a sus derechos o potestades; tales como el padre con respecto a los hijos y personas sujetas a su autoridad, los patricios en relación con los plebeyos por ellos protegidos, los ciudadanos por sus clientes, más singularmente, los *manumisores*, por los vínculos conservados sobre el esclavo emancipado.”⁴⁰

Sinonimia laboral. En nuestro idioma, a más de patrono, se emplean los términos de patrón, empresario, empleador, principal, capitalista, dador de trabajo o de empleo y acreedor de trabajo, sobre los cuales se volverá más adelante.

Además se utilizan en el lenguaje corriente, pero rara vez en textos legislativos o en obras doctrinales, los vocablos, ambiguos en exceso, y por ello eliminables en un correcto tecnicismo, de amo, dueño, jefe, propietario, responsable, casero, director y encargado.

Tanto la legislación como la doctrina alemana usan el término de dador de trabajo (“*Arbeitgeber*”). Y así lo contraponen al otro de tomador de trabajo (“*Arbeitnehmer*”) o aceptador de trabajo. La ley sindical italiana utiliza el nombre de dador de trabajo. Algunos autores, como Barasii, prefieren la expresión acreedor de trabajo, para indicar al que tiene el derecho de pretender del otro contratante la prestación del trabajo; y deudor de trabajo, para referirse al que tiene la obligación de prestarlo. Los anglosajones recurren al vocablo “*employer*” para nombrar al patrono y a la voz “*employee*” para designar al empleado. Los franceses poseen, respectivamente, las expresiones de “*employeur*” y “*employé*.”

En Derecho Romano se llamaba al trabajador “*locator operarum*”; y al dador de trabajo, “conductor.”

⁴⁰ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V 12ª. Edición, Editorial Helicistas S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979. Página 162.

Denominación preferible. De las designaciones primeramente insertas, la de patrón, aunque usual en algunos países del Caribe y en zonas rurales de otras Repúblicas hispanoamericanas, presenta ya caracteres de arcaica; y salvo la Ley Federal del Trabajo de México, resulta rara de localizar en la legislación positiva actual.

La de principal es sumamente equívoca, por significar primero o superior y jefe o encargado de un establecimiento mercantil o industrial, que puede ser el dueño que lo explote o uno de sus empleados, sin carácter patronal alguno. La de capitalista es inadecuada también, porque quienes promueven con su dinero actividades para obtener mayor o menor lucro no siempre lo hacen en explotaciones de ellos mismos y con personal que les está subordinado; basta para ello con pensar en los accionistas de grandes empresa y en los que se asocian privadamente con comerciantes o industriales que rigen, con total independencia de tales capitalistas, sus negocios peculiares y las relaciones laborales con sus subordinados.

"Finalmente, la calificación de patrono no se libra de las objeciones de los autores. Ponen de relieve que esa voz evoca un poder absoluto en la dirección del trabajo y sobre la persona del trabajador, posición inadmisibles en la actualidad. Pérez Leñero afirma que el concepto de patrono es distinto al de empresario, con diferenciación revelada por su misma etimología, ya que el primero es de contenido moral (*pater*) y de formación profesional, en tanto que el segundo es de contenido económico, que ve en sus componentes y miembros, meros factores de producción sin embargo, en la práctica y en los textos legislativos se confunden uno y otro término, o se utilizan casi indistintamente por lo menos"⁴¹.

Conceptos doctrinales

No todo aquel que encarga o da trabajo es patrono, ni tampoco todo el que trabaja es trabajador, al menos cual sujetos laborales y político laborales típicos. De ahí

⁴¹ *Op. cit.*, Página 163.

que la definición de uno y otro sea necesaria a fin de fijar, con cierta exactitud, los elementos o requisitos indispensables para caracterizarlos.

Según afirma Madrid, en el concepto vulgar y amplio, patrono se entiende como la persona natural o abstracta, dueña o propietaria de una explotación agrícola o comercial, donde se presta un trabajo por otras personas.⁴²

“A juicio de *Garriguet*, patrono es la persona que dirige un negocio agrícola, comercial o industrial, que corre con los riesgos y aprovecha los beneficios, unas veces trabajando ella misma y con su propio capital; otras, con capital prestado del cual responde; en ocasiones se contenta con dirigir el negocio haciendo ejecutar todos los trabajos materiales por obreros a quienes paga; e incluso se limita a ejercer, en oportunidades, una vigilancia general y encomienda a empleados la dirección efectiva de la empresa.”⁴³

“A juicio de *Gide*, se designa con el nombre de patrono o, mejor dicho, de empresario a quien disponiendo de un instrumento de producción tierra o capital, demasiado considerable para poderlo poner en actividad con su trabajo personal, lo hace productivo mediante el obrero asalariado.”⁴⁴

Definiciones legales

En las legislaciones positivas, donde a los patronos se les dan también denominaciones ya arcaicas, cual la de amo en el Código Civil español, o a la de dueño de empresa, en la ley francesa de 1898, son frecuentes las definiciones del carácter que al patrono corresponde. Así, el artículo 5 de la Ley española, de contrato de trabajo señala que “es empresario o patrono el individuo o la persona jurídica propietaria o contratista de la obra, explotación, industria o servicio donde se preste el trabajo.”

⁴² *Ibidem*.

⁴³ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V 12ª. Edición, Editorial Helicistas S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979. Página 163

⁴⁴ *Ibidem*.

3. Definición de Litigante

El penalista Rafael de Pina sostiene que litigante es la persona que tiene un litigio pendiente con otras. Persona que litiga, sostener un juicio, pleitear.⁴⁵

El maestro Díaz de León Marco Antonio comenta que litigante es la persona que participa en un proceso como parte o en representación de alguna de las partes.⁴⁶

Litigante. Quien es parte en un juicio y disputa en el sobre alguna cuestión; ya sea como actor o demandado, en lo civil y como querellante o acusador, en lo penal ya como demandado o reo.

1. Índole. El carácter de litigante, aun cuando quepa atribuirlo a todo el que contiene jurídicamente con otro, a cuantos pleitean con el propósito y actitud que sea corresponder estrictamente tan sólo a las partes verdaderas, a los interesados, al que ser absuelto o patrocinado ante los jueces o magistrados.

2. Posibilidades. Aun careciendo de toda capacidad jurídica, cabe ser litigante; ya que habilita para ello la acción ejercida por el representante del incapaz. Aunque la mala fe o temeridad procesal pueda tener su sanción en las costas, no existe límite alguno ni requisito para litigar; por la posibilidad de demandar sin derecho, ni razón alguna, y porque la más absurda o burda de las defensas resulta suficiente para que los órganos judiciales tengan que expedirse en forma.

3. Actuación. El litigante debe, por lo general valerse de abogado y procurador para ejercer su acción o defensa, pero existen diversas situaciones y causas en que puede actuar directamente en todo el litigio, o en ciertos momentos procesales del mismo.

⁴⁵ DE PINA, Rafael. *Diccionario de derecho*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1973. Página 233.

⁴⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. cit.*, Página 1097.

4. Garantía. Como potestad para el litigante que no se siente íntegramente asesorado, la Ley civil Española declara que: "Los que sean parte en los pleitos podrán, con la venia del presidente, exponer a la conclusión de la vista, antes de darse por terminada, o cuando se dé cuenta de cualquier solicitud que se les concierna. El presidente les considera la palabra en tanto que la usen contrayéndose a los hechos y guardando el decoro debido, artículo 331."⁴⁷

D) Definición de Autoridad

Autoridad. Del latín *auctoritas-atis*: "prestigio", "garantía", "ascendencia potestad" "de autor", "creador"; a su vez de *augeo, ere* "realizar", "conducir" significado dentro del lenguaje ordinario "estima, ascendencia, influencia, fuerza, o poder de algo o de algunos", "prerrogativas", "potestad", facultad los usos jurídicos de autoridad que reflejan esa compleja polivalencia.

Los juristas entienden por "autoridad": la posesión de quien se encuentra investido de facultades o funciones o la persona o cosa que gozan (o se le atribuyen) "fuerza ascendencia u obligatoriedad." Por extensión la expresión se aplica para designar a los individuos u órganos que participan del poder público, nombrados así a los detentadores legítimos de poder.⁴⁸

Autoridad. Potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública, para dictar al efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de su ejecución forzosa en caso necesario.

Se denomina también autoridad a la persona, organismo que ejerce dicha potestad.

⁴⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo IV 12ª. Edición, Editorial Helicistas S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979. Páginas 219, 220.

⁴⁸ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I. Página 453.

En otro sentido se habla también de autoridad con referencia al prestigio reconocido a una persona o personas determinadas derivado de sus actividades científicas, artísticas, etcétera.⁴⁹

1. Definición de Autoridad Judicial

Persona revestida de algún poder, manda o magistratura, que el estado le otorga a través de la función del Poder Público dirigida fundamentalmente a la tarea de dirimir las controversias que se susciten en su ámbito de validez, como entidad con carácter ejecutivo y que representa al Estado.

Institución del Estado por medio del cual se procura la impartición de justicia y el cumplimiento de las normas jurídicas, del que rige una sociedad a quien tiene conferida la potestad legal en representación del Estado, para dictar resoluciones y que puede ejercer la pena o sanción, ya que tiene esta facultad otorgada para utilizar la fuerza pública y hacerla efectiva.

2. Definición de Juez

Se aplica esta denominación al funcionario público que participa en la administración de justicia con la potestad de aplicar el derecho por la vía del Proceso, así como al ciudadano que accidentalmente administra justicia como jurado, arbitro, etcétera.

La función del juez en uno o en otro caso, es la aplicación del derecho, no pudiendo crearlo, por no ser su tarea legislativa, sino jurisdiccional.

El juez no está instituido como tal para juzgar del derecho, ni para crearlo, su misión es aplicarlo.

⁴⁹ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 58.

Menciona el docente Rafael de Pina aunque la función jurisdiccional se ejerce prioritariamente por los jueces profesionales, nuestro sistema jurídico procesal permite la intervención en esta tarea de los ciudadanos, convertidos en jueces no profesionales, que accidentalmente aplican el Derecho con la misma eficacia que los jueces funcionarios.⁵⁰

3. Definición de Ministerio Público

Ministerio Público. Cuerpo de funcionarios que tienen como actividad característica, aunque no la única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal.

Al Ministerio Público, como institución procesal, le estarán conferida en las leyes orgánicas relativas muchas atribuciones que desvirtúan su verdadera naturaleza y que pudieran ser confirmadas al abogado del Estado.

En realidad la única función de la que no se le priva sin destruir la institución, es la de la del ejercicio de la acción penal.

Ministerio Público es una organización judicial, pero no jurisdiccional.⁵¹

El maestro Marco Antonio Díaz de León afirma que el Ministerio Público, es un órgano del estado encargado de investigar los delitos y de ejercitar la acción penal ante el juez o tribunal de lo criminal.⁵²

Cabe aclarar que en la relación procesal generada a partir de la consignación, el Ministerio Público cambia su papel de autoridad por el de parte en la preinstrucción.

⁵⁰ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 217.

⁵¹ DE PINA, Rafael. *Diccionario de derecho*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1973. Página 241.

⁵² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. cit.*, Página 1400.

E) Definición de Defensor

El doctrinario Guillermo Cabanellas ilustra la figura jurídica del defensor, en lo general, identificándola con quien defiende, ampara o protege. Es el abogado que patrocina a un acusado o defiende en juicio a cualquiera de las partes.⁵³

El catedrático Rafael de Pina describe al defensor como la persona que toma a cargo la defensa en juicio de otra u otras. Cuando esta defensa constituye una actividad profesional, el Defensor se denomina Abogado.⁵⁴

El defensor es la persona que en juicio está encargada de una defensa, y más especialmente la que nombra el juez para defender los bienes de un concurso, a fin de que sostenga el derecho de los ausentes.⁵⁵

1. Defensor Particular

Profesional del Derecho que se encarga de la defensa de un cliente por una remuneración económica a cambio de la prestación de su servicio profesional.

Figura similar al defensor de oficio, con la diferencia de que no pertenece a la burocracia estatal en la que actúa, ya que sus honorarios corren por cuenta de su representado, teniendo una obligación moral y ética profesional, pues media en esta relación un contrato verbal o por escrito de prestación de servicios profesionales.

2. Defensor de Oficio

El Letrado Guillermo Cabanellas menciona que el defensor de oficio es el nombrado por el juez cuando el declarado pobre no presente abogado elegido por él.

⁵³ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II 12ª. Edición, Editorial Helicistas S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979. Página 511.

⁵⁴ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 136.

⁵⁵ *Bufet Jurídico*, 2000. CD ROM.

El Designado podrá excusarse si estima indefendible la causa.

Los antecedentes se pasarán entonces a otros dos abogados que, de coincidir con el dictamen de su colega, determinará la negativa del beneficio de pobreza, aunque no signifique privarlo de optativa defensa "por rico." Ahora bien, bastará con que uno de los letrados supletorios opine que existe al menos una duda al favor del solicitante, para que el juez nombre a otro defensor de oficio, para el cual será obligatoria la defensa. Este régimen es peculiar de algunos países iberoamericanos; entre ellos España.

Ha de nombrarse también defensor de oficio, al reo que no designe abogado por sí, a fin de no dejar sin amparo al sometido a alguna acusación.⁵⁶

F) Definición de Defensa

"Actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un Proceso (penal, civil etcétera.), realizada por Abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que se permite la intervención de personas no tituladas en esta función) o por el propio interesado."⁵⁷

Sujetos que realizan la defensa:

- a) Que sea el mismo enjuiciado quien se defienda (defensa por sí), o
- b) Que sea otra persona quien realice la defensa (defensa por otro).

En México el sistema es mixto, comenzando porque nuestra Constitución permite que la defensa la realice el propio imputado o su defensor, permite la posibilidad de que la defensa también la puede realizar una persona ajena al imputado, la asistencia puede ser de dos tipos:

Prescindible o facultativo.- El Proceso es válido con o sin defensor.

⁵⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II. Página 512.

⁵⁷ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 134.

Imprescindible u obligatorio.- El Defensor es imprescindible, a grado tal que está considerado como sujeto procesal indispensable.

En México las leyes establecen el sistema de imprescindibilidad u obligatoriedad, al grado de que aún contra la voluntad del enjuiciado debe el tribunal designarlo, e inclusive sancionar como nulo el acto procesal al que no se hubiere llamado al Defensor.

En el Proceso Penal sólo hay dos partes, (acusadora y acusada) y no más; aun cuando existan varios enjuiciados, sólo habrá pluralidad de sujetos demandados *litis consorcio* pasivo. "El defensor únicamente es defensor en función de la existencia del imputado, el defensor sólo lo representa."

Nuestra ley afirma que el Defensor sí es parte. No obstante, ha de advertirse que no basta ese dictado del legislador para que así lo sea. Lo que en todo caso quiso indicar fue que el defensor puede actuar directamente en el proceso (tiene personería) y aun contra la voluntad de su representado.

G) **Definición de Ofendido**

El ofendido es la persona que ha sido sujeto pasivo en el delito, en los sistemas procesales donde existe monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal; el ofendido por el delito no es parte en el proceso, pero se le reconocen ciertos derechos para coadyuvar con el representante social.

Opera para el ofendido la posibilidad de reclamar de manera directa la reparación de los daños y perjuicios, en algunos casos que expresamente reconoce el Código Federal de Procedimientos Penales; en otros casos, para

poner a disposición del Ministerio Público y del juez todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado.⁵⁸

H) Definición de Inculpado

Inculpado "significa respectivamente, persona a quién se atribuye un delito, persona contra quién se ha iniciado proceso y hasta que termine, y persona sometida a una pena."⁵⁹

"Persona sobre la que pesa una inculpación."⁶⁰

I) Definición de Condenado

"Condenado p. p. De condenar (del latín *condemnâre de cum, com, y damnare*, dañar) tr. Pronunciar del juez por sentencia, imponiendo al reo la pena correspondiente o dictada en juicio civil, fallo que no se limita a absolver de la demanda."⁶¹

Persona física que ha sido sujeto de un procedimiento judicial el cual debe cumplir con la sentencia que fue dictada por un juez.

J) Definición de Reo

Condenado por razón de delito en el proceso civil demandado.⁶²

Adjetivo. Acusado, culpado.⁶³

⁵⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1986. Página 1452.

⁵⁹ *Bufete Jurídico* 2000. CD ROM.

⁶⁰ DE PINA, Rafael. *Diccionario de derecho*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1973. Página 204.

⁶¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Editorial Esparsa, Madrid, 1974. Página 338.

⁶² DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 294.

Reo. Del latín *reus*, persona que por haber cometido una culpa merece castigo. Persona condenada por sentencia que ha causado ejecutoria y que, por tanto, está obligada a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente.

“Durante largo tiempo ha reinado cierta anarquía en cuanto a la designación que en general corresponde al sujeto en contra de quien se instaura y desarrolla el procedimiento penal. Esa anarquía se liga a la condición jurídica diversa que va sucesivamente asumiendo el supuesto sujeto activo según el momento procedimental de que se trate, y a los derechos y obligaciones que respectivamente le corresponden. Se ha propuesto, por ello, y sobre todo para evitar las situaciones injustas en que puede verse una persona por efecto de la denuncia o la querrela, que se le denomine indiciado durante la averiguación previa; procesado al avocarse el juez, ya ejercitada la acción penal, al conocimiento de los hechos, es decir, a partir desde del auto de radicación; acusado, desde que el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias, y hasta dictarse sentencia; sentenciado, desde que ésta se ha pronunciado, y finalmente, reo, cuando tal sentencia acusado estado, vale decir, ejecutoria, y ha adquirido firmeza.”⁶⁴

K) Definición de Libertad

“Del latín *libertas-atis* que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud.”⁶⁵

La palabra libertad tiene muchas acepciones. Se habla de la libertad, en sentido muy amplio, como la ausencia de trabas para el movimiento de un ser.

⁶³ *Bufete Jurídico 2000. CD ROM.*

⁶⁴ *Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico. CD ROM.*

⁶⁵ *Enciclopedia Jurídica Mexicana.* Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Tomo IV, Editorial Porrúa, México, 2002. Página 963.

Se dice así que un animal que vive en el bosque es libre, a diferencia de la que vive en un zoológico, o se habla de la caída libre de los cuerpos. También al hombre suele aplicársele este concepto amplio de libertad: se dice por ejemplo, que el hombre recluido en una cárcel no es libre.

Con una significación menos amplia, pero no técnica, se usa el término libertad para indicar la condición del hombre o pueblo que no está sujeto a una potestad exterior. Se habla así de un trabajador libre en oposición al trabajador sujeto a la obediencia de un patrón, o de un pueblo o país libre, que se gobierna por sus propios nacionales, a diferencia del pueblo sometido a un gobierno extranjero. Este sentido es el que suele dársele a la libertad democrática: el gobierno del pueblo.

La libertad es una consecuencia de la naturaleza racional del hombre. Por la razón, el hombre es capaz de conocer que todos los seres creados pueden ser o no ser, es decir, que todos son contingentes. Al descubrir la contingencia de los seres creados, el hombre se percató que ninguno de ellos le es absolutamente necesario. Esto es lo que permite que entre los distintos seres que la razón conoce, la voluntad quiera libremente alguno de ellos como fin, es decir, como bien. El bien no es más que el ser en cuanto querido por la voluntad.

La libertad humana, libertad de querer en su acepción más amplia, es libertad de querer uno entre varios bienes. Cuando se dice que el libre albedrío consiste en querer el bien o el mal se habla impropiaemente, ya que en realidad la voluntad sólo escoge entre distintos seres que la razón le presenta como bienes. Puede ser que la voluntad elija el bien menor, y es entonces cuando se dice que escoge mal; por ejemplo, el trabajador que escoge quedarse con dinero que es de la empresa donde trabaja y hacer a un lado su honestidad, ha escogido el bien menor (el dinero) y despreciado el bien mayor (la honestidad), es frecuente que el hombre prefiera el bien menor, esto sucede por error de la razón, que presenta como mejor un bien inferior (por ejemplo), quien mata a un hombre porque considera que tiene derecho a la venganza privada, o por defecto de la voluntad

que llega a preferir el bien que sabe claramente que es menor, quien prefiere descansar en vez de trabajar en horas de labores. La posibilidad de escoger el bien menor es un defecto de la naturaleza humana que, sin embargo, demuestra que el hombre es libre, así como la enfermedad demuestra que el cuerpo vive.

La libertad de querer se funda en la capacidad de la razón para conocer distintos bienes. Si gracias a la razón el hombre es libre, se comprende que su libertad crezca a medida que obre conforme a la razón. La libertad se ejercita en la elección de un bien. La elección supone un juicio previo; si la razón juzga que un bien determinado es el mejor y libremente la voluntad lo quiere, y el hombre actúa en consecuencia, se puede afirmar que ese hombre actuó libremente, porque lo hizo conforme con el principio de actividad que es propio de su naturaleza: la razón. Cuando alguien prefiere un bien menor, obra movido por el error o por un apetito que de momento se impone a su razón, obra entonces movido no por el principio de actividad que le es propio, sino por un principio extraño; no obra por sí mismo, y por lo tanto no es libre.

De lo anterior se desprende que la libertad humana, en sentido estricto, consiste en la posibilidad de preferir el bien mejor. Esto sólo ocurre cuando la razón juzga acertadamente cual de los bienes que se ofrecen a la voluntad es realmente mejor. Por eso, una razón deformada que parte de premisas falsas para juzgar, o una razón que juzga sin la información adecuada, es un grave obstáculo para la libertad. Así se comprende la frase evangélica, la verdad os hará libres, y se comprende que la ignorancia y la falta de educación sean de los más graves obstáculos a la libertad.

Para ser enteramente libre, además de un juicio correcto, se requiere una voluntad fuerte, es decir, una voluntad habituada a preferir el bien mejor. Un sistema educativo que tienda a la formación de hombres libres, debe tener muy en cuenta la formación de estos hábitos en la voluntad. Bajo esta perspectiva, se entiende que sentido puede tener una disciplina que procure que los educandos se habitúen a preferir el bien mejor, el trabajo a la ociosidad, el orden al desorden,

la limpieza a la suciedad, etcétera; ella es realmente un instrumento para su libertad.

En sentido jurídico, la libertad es la posibilidad de actuar conforme a la Ley; el ámbito de la libertad jurídica comprende: obrar para cumplir las obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado. Esta concepción supone que la ley es un mandato racional, de modo que el actuar conforme a la ley equivale a actuar conforme a la razón. Esta equivalencia se da propiamente en la ley natural, lo cual no es más que lo que la misma razón prescribe al hombre como norma de obrar en orden a su perfeccionamiento integral. Respecto del derecho positivo puede darse o no darse esa equivalencia entre razón y ley. La libertad jurídica con relación al derecho positivo consiste, entonces en la posibilidad de obrar conforme a la ley positiva en tanto ésta cesa conforme con la ley natural. Entendida así, la libertad jurídica implica la posibilidad de resistencia frente a la ley injusta.⁶⁶

1. Definición de Libertad Condicional

Es el beneficio de abandonar la prisión que puede concederse a los penados en el último periodo de su condena, y que está sometido a la posterior observancia de buena conducta.⁶⁷

La libertad condicional es la que se otorga al sentenciado que hubiese compurgado la mayor parte de las penas privativas de la libertad que se le hubiesen impuesto, si demuestra que por su conducta en las instituciones penitenciarias y por su avance en los tratamientos de readaptación social se encuentra en condición de no volver a delinquir.⁶⁸

⁶⁶ *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, volumen III. Páginas 2365, 2366.

⁶⁷ *Bufete Jurídico 2000. CD ROM*.

⁶⁸ *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones de Jurídicas, volumen III. Página 2396.

2. Definición de Libertad Provisional

Es la concedida a un procesado sin más garantía que su declaración de comparecer ante el juez o tribunal correspondiente, siempre que sea citado.⁶⁹

La libertad provisional es la situación o beneficio de que pueden gozar con fianza o sin ella los procesados, sin ser sometidos durante la causa a prisión preventiva.⁷⁰

La libertad provisional del procesado reviste dos formas: libertad provisional bajo protesta (Código de Procedimientos Penal para el Distrito Federal y transitorios artículo 552 y 555) y libertad provisional bajo caución del mismo Código en su artículo. 556 y 557.

Libertad bajo protesta o protestatoria es la que se concede al procesado bajo la palabra de honor, siempre que se llenen los requisitos preestablecidos al efecto.⁷¹

Es la que se concede al inculcado para los efectos de que goce de ella mientras dure el proceso penal que se le instruya. Es un derecho de los procesados cuando se den las condiciones establecidas por el legislador.⁷²

3. Definición de Libertad Provisional bajo Caución

La libertad provisional bajo caución es aquella a que tiene derecho todo acusado siempre que el delito imputado no sea calificado como grave por la ley adjetiva. "La libertad provisional bajo caución casi siempre presupone la prisión preventiva o provisional."

⁶⁹ *Bufete Jurídico* 2000. CD ROM.

⁷⁰ *Bufete Jurídico* 2000. CD ROM.

⁷¹ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 230.

⁷² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op., cit.* Página 1357.

Es la institución procesal por virtud de la cual, se otorga a una persona inculpada de la comisión de un delito el beneficio de evitar la prisión preventiva o, en su caso, de sustituirla por el otorgamiento de una caución, mientras dura su procesamiento.

“Esta manera la caución sustituye la restricción de la libertad y asegura el procesamiento hasta su culminación.

La regla es que se otorgue la libertad caucional cuando se trata de delitos calificados por la ley como no graves, si lo pide el Ministerio Público el juez podrá negarla en los siguientes casos:

- a) Cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad por delito grave o;
- b) Cuando pruebe el representante social que la libertad del inculcado importa un riesgo para el ofendido y para la sociedad, por su conducta precedente o por las circunstancias y características de delito cometido.”⁷³

4. Definición de Caución

Seguridad de que una persona da a otra de que cumplirá lo pactado, prometido o fundado.

En términos generales, cualquier forma de garantía de las obligaciones.⁷⁴

El Código de Procedimientos Penales Federal en su artículo 404 señala:

La caución consistente en depósito en efectivo, se hará por el inculcado o por terceras personas en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado correspondiente se depositará en la caja de valores del tribunal,

⁷³ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio. *Programa de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa. México, 1996. Página 301.

⁷⁴ DE PINA, Rafael. *Diccionario de derecho*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1973. Página 87.

asentándose constancia de ello en autos. Cuando por razón de la hora o por ser día inhábil no pueda constituirse el depósito directamente en la institución mencionada, el tribunal recibirá la cantidad exhibida y la mandará depositar en aquélla el primer día hábil.

• Cuando el inculpado no tengan recursos económicos suficientes para efectuar de una sola exhibición el depósito en efectivo, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas contenidas en la ley adjetiva:

- I. Que el inculpado tenga cuando menos un año de residir en forma efectiva en el lugar en que se siga el proceso, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitos que le provean medios de subsistencia;
- II. Que el inculpado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución;
- III. El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada, y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional; y
- IV. El inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el juez.

L) Definición de Pruebas

El vocablo prueba deriva del latín *probo*, bueno, honesto y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

“Actividad procesal encaminada a la demostración de la existencia de un hecho o acto de su existencia, resultado de la actividad de referencia cuando ha sido eficaz.”⁷⁵

La prueba es un imperativo de la razón; es un juicio que denota la necesidad intelectual de que se confirme todo aquello que se quiera considerar como cierto.

El maestro Marco Antonio Díaz de León opina que “prueba o proceso coincide, la prueba como requerimiento racional que implica unir al derecho con el hecho verificado de cierto, y el proceso como instrumento que lo satisface a manera de puente que permite el tránsito justo de lo jurídico hacia lo fáctico.”

“La prueba es juicio; juicio que se deriva de una operación dialéctica en la que el juicio de la prueba tiene realidad distinta de los demás juicios con lo cual guarda una estrecha relación por constituir no sólo con el contenido de todos ellos, sino que les permite su actualización y los conecta con la objetividad al satisfacer la necesidad del intelecto, de verificar todo aquello que requiere conocer para llegar a una síntesis de verdad.”⁷⁶

En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

⁷⁵ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 281.

⁷⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Op. cit.*, Página 1788.

Por último, las afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etcétera.

Para analizar el tema de la prueba, vamos a distinguir los siguientes rubros: El objeto de la prueba (*thema, probandum*), que son los hechos sobre los que versa la prueba;

- 1) La carga de la prueba (*onus probandi*), que es la atribución impuesta por la ley para que cada una de las partes proponga y proporcione los medios de prueba que confirmen sus propias afirmaciones de hecho;
- 2) El procedimiento probatorio, o sea la secuencia de actos desplegados por las partes, los terceros y el juzgador para lograr el cercioramiento judicial;
- 3) Los medios de prueba, que son los instrumentos, objetos o cosas y las conductas humanas con los cuales se trata de lograr dicho cercioramiento, y
- 4) Los sistemas consignados en la legislación para que los juzgadores aprecien o determinen el valor de las pruebas practicadas (sistemas de valoración de la prueba.

Objeto de la prueba. Sólo los ordenamientos del Derecho Procesal Civil y del Mercantil delimitan el objeto de la prueba con cierta precisión. El artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles dispone: "Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en usos o costumbres o se apoye en leyes o jurisprudencia extranjera." Este precepto recoge el principio *iura novit curia* y sólo exige la prueba del derecho cuando se trata de:

- a) Derecho consuetudinario, y
- b) Derecho extranjero.

En relación con este último, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que el medio más adecuado para probarlo consiste en la certificación que expida la Secretaría de Relaciones Exteriores después de consultar lo conducente con las legaciones y consulados acreditados en México.

El artículo 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles contiene una disposición similar a la transcrita, pero además de las dos hipótesis mencionadas, agrega la Jurisprudencia Nacional. Sin embargo, la doctrina mexicana considera que la jurisprudencia, cuyo conocimiento y acatamiento es obligatorio para todos los juzgadores, en los términos de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, no requiere en rigor que sea probada, sino que basta con que se le cite y que se precisen los datos de localización de la compilación en la cual puede ser consultada.

Al determinarse el objeto de la prueba por los hechos controvertidos, quedan excluidos de la prueba, por consiguiente, los hechos confesados o admitidos expresamente y aquellos que no hayan sido controvertidos o negados en forma explícita. Esta delimitación del objeto de la prueba por lo que se refiere a los hechos confesados, no puede ser tan sencilla en el enjuiciamiento criminal, en el que se relativiza cada vez más el valor de la confesión (artículo 279 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Pero el objeto de la prueba se delimita no sólo por los hechos discutidos, sino también, como lo ha puntualizado Alcalá Zamora, por los hechos discutibles; es decir, sólo son objeto de prueba los hechos que sean a la vez discutidos y discutibles. Por esta razón, el Código Federal de Procedimientos Civiles, (artículo 88) y el Código de Procedimientos Civiles (artículo 286), así como la Ley Orgánica del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal, (artículo 66) excluyen del objeto de la prueba a los hechos notorios. En términos generales, tampoco es objeto de prueba los hechos imposibles o notoriamente inverosímiles.

En cuanto a la carga de la prueba, en relación con el proceso penal, se debe aclarar que nuestra Carta Magna de 1917, a pesar de que trató de reconocer de la manera más completa los derechos fundamentales del inculpado, no recogió expresamente el principio fundamental del *in dubio pro reo*, si bien una interpretación amplia del artículo 14 podría conducirnos a la conclusión de que una de las "formalidades esenciales del procedimiento" exigidas por tal precepto consiste, precisamente, en el respeto del principio de que, en caso de duda, debe absolverse al inculpado. Este principio impone la carga de la prueba de los hechos delictuosos y de la participación y responsabilidad del inculpado al Ministerio Público.

Por otro lado, este principio no ha sido desarrollado en forma enteramente clara y coherente por la legislación ordinaria ni por la jurisprudencia. El artículo 247 del Código de Procedimientos Penales establece que, en caso de duda, debe absolverse al inculpado, y que "no podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa." Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha limitado el alcance del artículo 247 del Código de Procedimientos Penales, pues ha sostenido, por un lado, que el "estado de duda que implica la obligación legal al absolver al acusado, sólo produce efectos cuando la hesitación racionalmente fundada recae respecto a sí el acusado cometió o no el delito que se le imputa", pero si se refiere a la existencia de "circunstancias eximentes de responsabilidad" la duda no debe producir la absolución, sino la condena; y por otro lado, la propia Suprema Corte de Justicia se ha negado a revisar la aplicación del principio *in dubio pro reo*, con el argumento de que el "problema de la duda sobre si el acusado cometió o no el delito que se le imputa, es de la competencia de los tribunales de instancia y no de los de amparo, que sólo califican la constitucionalidad de los actos reclamados", cabe señalar que la reforma de 1983 al artículo 9 del Código Penal suprimió la presunción del dolo; y que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos firmados y ratificados por México, establecen el principio de la presunción de inocencia.

El artículo 248 del Código de Procedimientos Penales recoge la regla civilista de la carga de la prueba, que atribuye ésta a la parte que afirme y no a la que niegue, salvo que su negación sea contraria a alguna presunción legal o envuelva la afirmación expresa de un hecho. Esto significa que a través de las presunciones legales se puede invertir la carga de la prueba en contra del inculpado, cuando niegue algún hecho que la ley presuma.

Los artículos 600 y 602 del Código de Justicia Militar establecen las mismas reglas del Código de Procedimientos Penales sobre la carga de la prueba. En cambio, el Código Federal de Procedimientos Penales no contiene ninguna regla al respecto.

En términos generales, el procedimiento probatorio se compone de los siguientes actos:

- Ofrecimiento o proposición,
- Admisión o rechazo,
- Preparación, y
- Ejecución, práctica o desahogo.

La valoración de las pruebas se lleva a cabo en la sentencia, de la cual forma parte. En forma separada, concentrada o aun diluidos a lo largo del proceso, estos actos se manifiestan en todas las normas procesales.

En cuanto a los medios de prueba, son cuatro los sistemas que utilizan los ordenamientos procesales mexicanos para determinar cuáles son los medios de prueba admisibles en los respectivos procesos:

En primer lugar, el que consiste en precisar, en forma limitativa, los medios de prueba que la ley reconoce, como lo hacen el Código Federal de Procedimientos Civiles (artículo 93) y el Código de Comercio (artículo 1205).

En segundo término, el que consiste en enumerar en forma enunciativa algunos de los medios de prueba admisibles y dejar abierta la posibilidad para que el juzgador admita cualquier otro medio de prueba diferente de los enunciados, como lo hacen la Ley Federal del Trabajo (artículo 776) y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 135).

En tercer lugar, el que consiste en señalar que es admisible cualquier medio de prueba, sin enunciarlos, pero excluyendo expresamente alguno de ellos, como la confesión de las autoridades, tal como lo hacen el Código Fiscal de la Federación (artículo 230) y la Ley Orgánica del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal (artículo 65).

Por último, el sistema que se limita a señalar que es admisible cualquier medio de prueba sin hacer ninguna enunciación ni exclusión como ocurre en el Código de Procedimientos Civiles (artículo 289) y en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 206).

Con todo, tanto los ordenamientos que formulan la enumeración en forma limitativa, como los que lo hacen en forma meramente enunciativa, coinciden generalmente en señalar los siguientes medios de prueba:

- Confesión;
- Documentos (públicos y privados);
- Dictámenes periciales;
- Inspección judicial;
- Declaraciones de testigos (testimonios);
- Fotografías, copias fotostáticas, notas taquigráficas y, en general "todos los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia".

Por otro lado, los ordenamientos procesales penales regulan, en forma específica, algunas modalidades importantes de los medios de prueba, como son

el careo, el reconocimiento de objetos y la confrontación de personas en relación con la prueba testimonial; y la reconstrucción de los hechos relacionada con esta última prueba, la inspección judicial y los dictámenes periciales.

Por lo que hace a los sistemas de apreciación probatoria, en los ordenamientos procesales mexicanos han sido acogidas cuatro formas distintas a saber:

- a) En primer lugar, la mayor parte de los ordenamientos procesales se ha inclinado por el sistema mixto de valoración que combina la prueba tasada con la libre apreciación, aunque regularmente con un cierto predominio de la primera.

Acogen el sistema mixto el Código Federal de Procedimientos Civiles (artículos 197 y 218), el Código de Comercio (artículos 1287 y 1306), el Código de Procedimientos Penales (artículos 246 y 261), el Código Federal de Procedimientos Penales (artículos 279 y 290) y el Código de Justicia Militar (artículos 603 y 615).

Entre estos ordenamientos hay diferencias, pues, por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales, tasa el valor probatorio de casi todos los medios de prueba, en tanto el Código Federal de Procedimientos Penales, deja a la libre apreciación del juzgador la mayor parte de ellos y en su artículo 285 les confiere el valor de meros indicios, incluso a la confesión con ciertas excepciones.

- b) En una posición intermedia entre el sistema mixto y el de libre apreciación, el Código de Procedimientos Civiles (artículos 402 y 423) tasaba, en principio, algunos medios de prueba y dejaba a la libre apreciación del juzgador los demás; pero su artículo 424 permitía al juzgador, cuando se formase una convicción distinta a la que obtendría siguiendo las reglas de la prueba tasada, apartarse de éstas y basarse

exclusivamente en su propia convicción, con el deber de motivar cuidadosamente su valoración personal. Sin embargo, este sistema fue suprimido por la reforma de 1985 al Código de Procedimientos Civiles, que acogió directamente el sistema de libre apreciación o sana crítica, no obstante, sigue esta solución de transición el artículo 234 del Código Fiscal de la Federación, cuya fracción II, reproduce el contenido del anterior artículo 424 del Código de Procedimientos Civiles.

- c) Otros ordenamientos establecen abiertamente el sistema de la libre apreciación, que en México, por el contenido del artículo 16 constitucional, implica siempre el deber de motivar la valoración de cada uno de los medios de prueba.

Siguen el sistema de la libre apreciación, la Ley Federal del Trabajo (artículo 841), la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (artículo 137) y el título especial para la justicia de paz del Código de Procedimientos Civiles (artículo 21), la Ley Orgánica del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal (artículo 79, fracción I), también acoge el sistema de libre apreciación; pero excluye expresamente de éste a los documentos públicos y a la inspección judicial.

- d) Por último, para la valoración de las pruebas por el jurado popular en los juicios de su competencia, el Código de Procedimientos Penales (los artículos 349, 369 y 373) y el Código Federal de Procedimientos Penales (los artículos 320, 336 y 339), prevén el sistema de la íntima convicción, que permite también la libre apreciación, pero sin el deber de motivarla. Los jurados sólo responden al interrogatorio que sobre los hechos objeto del proceso que les formula el juez, en funciones de presidente de debates, y se limitan a responder votando afirmativa o negativamente a

cada una de las preguntas del interrogatorio, sin que se les exija que motiven sus respuestas.⁷⁷

El Código de Procedimientos Penales Federal en su artículo 206, dice:

“Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.”

M) Definición de Daños y Perjuicios

En cuanto al daño, este debe entenderse como pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Esta definición legal debe entenderse en el sentido de daño material. El daño puede ser también moral.//mal, perjuicio deterioro causado a una persona por otra u otras, o por el hecho de las cosas.⁷⁸

A diferencia del daño, el perjuicio es la ganancia o beneficio que racionalmente esperado, ha dejado de obtenerse, a partir del menoscabo patrimonial ocasionado.⁷⁹

N) Definición de Sanción Pecuniaria

En el ámbito penal debe entenderse por sanción, la pena o represión impuesta por el Estado.

⁷⁷ *Diccionario Jurídico 2000* Desarrollo Jurídico CD ROM.

⁷⁸ DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 132.

⁷⁹ DE PINA, Rafael. *Diccionario de derecho*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1973. Página 265.

El Código Penal Federal en su artículo 29 señala que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa (los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale) o en función del salario mínimo vigente al momento de cometerse el delito, según lo disponga la ley sustantiva. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación.

Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad.

Cada jornada de trabajo saldrá un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos.

Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.

En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión.

CAPÍTULO III

ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO QUE COMETEN ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES, ARTÍCULO 232 FRACCIÓN III

A) Elementos positivos y negativos del delito

1. Conducta

Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.⁸⁰

Según el autor López Gallo, la conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria, o no voluntaria en los delitos culposos por olvido, que producen un resultado con violación:

De una norma prohibitiva, en los delitos comisivos;

De una preceptiva en los omisivos; y

De ambas, en los delitos de comisión por omisión.⁸¹

"Para *Ranieri*, por conducta debe entenderse el modo en que se comporta el hombre dando expresión a su voluntad; por ello puede decirse que es la manifestación en el mundo exterior mediante el movimiento o inercia corpórea del sujeto."⁸²

La conducta es así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo

⁸⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1971. Página 137.

⁸¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985. Página 185.

⁸² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Op. cit.*, Página 186.

consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

“La conducta humana debe ser considerada por sí sola, en sí misma, como tal elemento básico, sin valoración atenuante a otros atributos, *Bindig* adujo que se trata de un elemento ‘incoloro’ o ‘acromático’, fijando así su autonomía radical. *Maggiore* en igual sentido, da a este elemento un valor céntrico, mientras en las otras ramas del Derecho el sujeto es considerado en su forma estática, más bien que dinámica, en su status (estado de libertad, de ciudadanía, de familia), el Derecho Penal lo considera siempre *sub specie actionis* (bajo el aspecto de la acción). Por el contrario otros autores consideran que la conducta no puede entenderse sino como un proceso finalista, o sea encaminado a una meta (*Welzel*, *Maurach*); lo que significaría una construcción monista del concepto de conducta, por ser aplicable tal proceso a los delitos dolosos, mas no a los culposos, que constituyen una ‘conducta causal ciega.’ Otros autores, partidarios de la ‘concepción sintomática del delito’, ven en la conducta ‘un medio de conocimiento de un estado interno del agente’ (*Kollmann*), lo que significa tanto como que el fundamento de la pena es la peligrosidad del delincuente y no la gravedad del resultado.”⁸³

a) Manifestación de la voluntad

“Es la actividad externa del hombre para los fines del presente estudio, no se trata de determinar la mera imputación de un resultado por la existencia de dolo o culpa, sino de establecer, con la mayor exactitud posible, la índole del exacto extremo y la voluntad que lo manifiesta. En este límite de la manifestación exterior se vincula la naturaleza liberal de las concepciones penales civilizadas. Al

⁸³ GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, *Teoría del Delito*. Antología. Facultad de Derecho. División de Universidad Abierta. U.N.A.M. México, 1994. Página 108.

respecto, Ulpiano afirmó que el pensamiento no delinque, se trata de un momento de la conducta humana. Así pues, en principio hay que destacar la responsabilidad penal de las personas morales. El maestro Jiménez Huerta dice: Los esfuerzos hechos para configurar el coeficiente interno de la conducta diverso de la voluntad han resultado fallidos.”⁸⁴

“La voluntad nada tiene que ver con creencias teológicas acerca de la naturaleza moral de la imputabilidad y la existencia del libre albedrío. *Franz Von Liszt* señala que la violación que caracteriza la manifestación de voluntad, y por consiguiente el acto, significa simplemente el impulso de la voluntad: físicamente es innervación y psicológicamente fenómeno de coherencia por el cual establecemos las causas.”⁸⁵

“Sin embargo, dicha voluntad ha de ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado. En su estructura dinámica aparecen:

- El motivo y la representación.
- Aquellos momentos de la voluntad puramente internos.
- Aquellos actos de manifestación externa que tiene un carácter físico a diferencia de lo señalado en segundo lugar, que son puramente psíquicos. Esta exteriorización se presenta como movimiento corporal (acción) *stricto sensu* o como inactividad del cuerpo del agente (omisión).

El profesor de *Innsbruck*, *Karl Wolf*, muy acertadamente dice que la conducta humana se manifiesta en la acción o en su correlativa omisión. El movimiento corporal caracteriza a la acción, que consiste en un movimiento corporal consistente y espontáneo; sin embargo, señala *Wolf*, la acción perfectamente diferenciable de otras nociones del movimiento corporal se

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

singulariza por tener un resultado, literalmente 'con el pensamiento en un efecto.' De aquí que dicho autor establezca estas diferencias entre la acción, actividad, aspecto y hecho. En segunda se define cada una de ellas:

Acción (*handlung*): Movimiento corporal, consiente y espontáneo, que persigue por sí y para sí."⁸⁶

b) Resultado

"El resultado no es sólo el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. El peligro corrido, de que habló elegantemente Carrara, es el resultado en la tentativa. No se produjo muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se alteró el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima."⁸⁷

Para nosotros no existe delito sin resultado. La vieja categoría de delitos formales era falsa. Lo que acontece en ciertas infracciones es que la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspectos inseparables. Así suele decirse: si se prohíbe bajo pena el paso por un puente, la manifestación de voluntad que consiste en el tránsito por encima de él y el resultado de pasar, son dos momentos coetáneos unidos inseparablemente, pero el resultado existe.

"El maestro Mayer trata de delitos con dos resultados: delitos con resultados casuísticos y acumulativos; delitos con resultado permanente; delitos con resultado presuntivo; delito sin resultado y según hemos dicho antes, delitos sin manifestación de voluntad y sin resultado.

Muy atrevida es la doctrina de Edmundo *Mezger*. Según el profesor de Munich, resultado es todo: hasta la manifestación de voluntad. La acción sin su

⁸⁶ GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, *Teoría del Delito*. Antología. Facultad de Derecho. División de Universidad Abierta. U.N.A.M. México, 1994. Página 109.

⁸⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. Página 139

efecto sería un querer interno. No podemos aceptar esta tesis de *Mezger* que acaba en confucionismo.”⁸⁸

c) Nexo causal

El nexo causal en el Derecho Penal, dice *Ranieri*, es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquella como a su causa. *Maggiore* manifiesta que en el concepto de acción se sugiere la idea de una relación existente entre la conducta (positiva o negativa) y el resultado, puesto que por aquella se entiende un hacer o un no hacer que producen un cambio en el mundo exterior. Dicha relación es dinámica y productiva, puesto que la acción produce el resultado al obrar como su causa.

Para Jiménez de Asúa, el resultado sólo puede ser incriminado si existe “un nexo causal o una relación de causalidad, entre el acto humano y el resultado producido. Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto (*conditio sine qua non*). Esta es la prueba hipotética negativamente formulada, más que una definición de la causalidad: *sublata causa tollitur effectus*.”

Este concepto de Jiménez de Asúa se basa en la aceptación de una teoría concreta, en la afirmación del carácter causal de la condición identificada con el acto humano, pues la prueba negativa, hipotéticamente verificada, sólo confirma el valor causal de todas las condiciones concurrentes en la producción del resultado.⁸⁹

2. Ausencia de la conducta

Hemos insistido en que si faltan algunos elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito, a pesar de las apariencias.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Op. cit.*, Página 212.

Es pues la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho un impedimento de la formación de la figura delictiva.⁹⁰

A continuación explicaremos la causas de ausencia de conducta que reconoce la doctrina iuspenalista:

a) *Vis absoluta*

Fuerza física exterior irresistible y ésta deriva del hombre.⁹¹

Fuerza física irresistible o *vis absoluta*. En primer término, es necesario dar el concepto de fuerza irresistible, debiéndose entender por ella, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible.

Por fuerza física exterior irresistible, nos dice la Suprema Corte, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediabilmente, lo que no ha querido ejecutar.

"De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella."⁹²

Se desprenden de la *vis absoluta*, los siguientes elementos:

- Una fuerza
- Física

⁹⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 149.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, *Teoría del Delito*. Antología. Facultad de Derecho. División de Universidad Abierta. U.N.A.M. México, 1994. Página 142.

- Humana
- Irresistible.⁹³

La *vis absoluta*, recogida como “excluyente de delito”, en el artículo 15, fracción I del Código Penal Federal, ha recibido en nuestro medio el nombre de fuerza física. En ella, el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad, pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir, su actuación física pero no su voluntad; actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla.

Carrancá y Trujillo, reconociendo en la fuerza física una ausencia de acción (a pesar de la cual la clasifica como causa de Inimputabilidad, por impedir la imputación del hecho), expresa con claridad y acierto: “El que por virtud de la violencia física que sufre sobre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; *non agit, sed agitur*, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quién ejercita sobre él la fuerza física. Así, mirando a los criterios clásicos falta la moralidad de la acción; y a los positivistas, es nula la temibilidad del sujeto medio, mientras patente la del sujeto causa. Por ello la acción no existe.”

La *vis absoluta* o fuerza irresistible supone, por lo tanto, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevantes para el Derecho; quién actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de la voluntad ajena, puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse.⁹⁴

⁹³ *Op. cit.*, Página 143.

⁹⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985. Página 254.

b) *Vis maior*

Fuerza mayor irresistible y ésta deriva de la naturaleza, es decir, es energía no humana.⁹⁵

La *vis maior* es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando un sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana.

En consecuencia, sus elementos son:

- Una fuerza
- Subhumana
- Física
- Irresistible.⁹⁶

En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la *vis absoluta*, actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales. Por lo tanto, se diferencia de la *vis absoluta* en que en ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquélla encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o subhumana.

La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta y por ello la fuerza mayor (*vis maior*), como la *vis absoluta*, conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de voluntad. Si el hacer o el no hacer son inatribuibles al sujeto por ausencia de voluntad, no puede integrarse la conducta y tampoco el hecho, siendo en consecuencia imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico.

⁹⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1971. Página 151.

⁹⁶ GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. *Op. cit.*, Página 143.

El Maestro Porte Petit declara: "Existe la fuerza mayor o *vis maior*, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad o un cambio en el mundo exterior, por una violencia física irresistible, natural o subhumana."⁹⁷

c) Movimientos reflejos

Son movimientos corporales involuntarios.⁹⁸

"Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay una forma de ésta: acción, porque falta la voluntad. 'Son movimientos reflejos, nos dice *Antón Oneca*, aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.'

Sin embargo, puede suceder que, a pesar de hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda forma o especie, por haber previsto el resultado, con la esperanza de que no se realizaría, o bien, que no lo previó, debiendo haberla previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación."⁹⁹

"Estos son al decir de Mezger, 'los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, para de un centro sensorio a un centro motor y produce un movimiento', en los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales más no la voluntad necesaria para integrar una conducta."¹⁰⁰

⁹⁷ PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Op. cit.*, Página 258.

⁹⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 151.

⁹⁹ GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, *Teoría del Delito*. Antología. Facultad de Derecho. División de Universidad Abierta. U.N.A.M. México, 1994. Página 144.

¹⁰⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Op. cit.*, Página 263.

3. Tipicidad

“Característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa.”¹⁰¹

“Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.”¹⁰²

“En *estricto sensu*. En sentido estricto, la tipicidad sería un elemento esencial del delito: la descripción hecha por el legislador. Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda, mejor dicho, están en el Código Penal en un libro de figuras. Sólo pueden añadir una nueva el legislador, ya que no hay delito sin tipicidad y la analogía se rechaza en el Derecho Penal.”¹⁰³

“El tipo es para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como la descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.”¹⁰⁴

La acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva, sólo hemos de añadir que la acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe.

¹⁰¹ *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Volumen IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 2002. Página 3091.

¹⁰² CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 154.

¹⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Página 162.

¹⁰⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 154.

Por esto puede decirse, asimismo que la antijuridicidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo; es *ratio cognoscendi* éste de aquélla, “como el humo del fuego” (Mayer), pero sin que se confunda con ella por no ser su *ratio essendi*.

Dada la imponderable magnitud de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, si su aplicación dependiera tan sólo de la cualidad antijurídica de la acción, todas las normas del Derecho en general se encontrarían protegidas por la excepcional tutela penal, con lo que otra vez la pena volvería a ser la necesaria consecuencia de todo acto ilícito.

Aquélla excepcional protección hace necesario que el Derecho Penal se limite a sí propio y ello se logra mediante los tipos legales de los delitos. El catálogo taxativo de las conductas que han de ser objeto de consideración jurídico-penal, debe confeccionarlo el legislador valiéndose de descripciones precisas que señalen las características puramente exteriores de aquellas conductas que en su concepto deben ser incluidas en dicho catálogo (Eduardo Novoa Monreal).

El tipo no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es, en otras palabras, un presupuesto de la pena (Mezger).

La conducta humana es configurada hipotéticamente por el precepto legal, tal hipótesis legal constituye el tipo. “El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito” (Jiménez de Asúa). Y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

“El segundo elemento del delito, dentro del sistema casualista, es la tipicidad, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto

Beling, a partir de 1906, en que publica por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo.

El concepto tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de 'cuerpo del delito', pero el mérito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizará el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado."¹⁰⁵

De esta suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del Derecho Penal moderno, el *nullum crimen, sine lege*, tal principio lo vemos en el artículo 14 de la Constitución Política mexicana cuando nos dice en su párrafo tercero lo siguiente:

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.

El tipo resulta ser expresado en forma simplista como la descripción legal de una conducta delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

"La teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling, la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad; a esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha llamado fase descriptiva o de independencia.

De esta forma Beling propugnaba que además, del respeto a la máxima *no hay pena sin ley*, debía consagrarse el principio *no hay delito sin tipicidad*, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y

¹⁰⁵ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001. Página 16.

antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso de que no sea antijurídica.”¹⁰⁶

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, la cual excede al marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta pretendemos atribuirle a un sujeto para reprochársela, esto correspondería la culpabilidad.

De esta manera, se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. Igualmente que la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, la tipicidad del acto.

“No se hace referencia al dolo o a la culpa, especies de la etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de antijuridicidad.

Mayer sostiene la separación de tipicidad y antijuridicidad, pero asigna a la primera el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad, cuando nos dice que son como el humo al fuego.

El maestro Jiménez de Asúa estima que en los elementos normativos del tipo aparece claramente la función indiciaria de la antijuridicidad, y nos ejemplifica el elemento ‘ajeno’ en el delito de robo, al que nosotros agregaríamos ‘sin derecho’ que aparecen en la descripción típica del delito de robo prevista en el artículo 367 del Código Penal Federal Mexicano, donde tales elementos son una referencia a la antijuridicidad, y de realizar una conducta típica el sujeto, ésta sería en principio indiciaria de antijuridicidad, pero tal valoración podría no darse plenamente, de aparecer una causa de justificación.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Op. cit.*, Página 17

¹⁰⁷ *Op. cit.*, Página 18

“La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos en el *Tratado de Derecho Penal* de Edmundo Mezger, y se refiere a que tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir, une los conceptos de tipicidad y la antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo típica.

Se critica a Mezger porque su teoría le otorga a la tipicidad una función desmesurada, y crea una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general.”¹⁰⁸

“Una cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad por Ernesto Beling en 1930.

Beling en su obra inicial *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906, había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos; en su obra *Die Lehre vom Verbestand* publicada en 1930, Beling, ya no habla de una especie delictiva, sino de una ‘imagen rectora’ compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa imagen rectora.”¹⁰⁹

El tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una “imagen rectora” que preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la “imagen rectora” no a la especie delictiva. De esta manera Beling busca dar solución a problemas como los de la tentativa, o la complicidad, que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la “imagen rectora.”

¹⁰⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001. Página 18

¹⁰⁹ *Op. cit.*, Página 19.

El catedrático Jiménez de Asúa apoyándose en esta nueva exposición de Beling nos hablará de tipo de delito, de tipo de injusto, de tipo de culpabilidad, de figura rectora, de adecuación típica y de tipicidad.¹¹⁰

“En consideración de Zaffaroni, otra de las objeciones iniciales hechas a Beling y que éste trata de resolver en 1930 es la necesidad de la congruencia del dolo en el tipo objetivo, y a partir de entonces se tienen dos caminos para resolver el problema: uno, casi intransitado, inaugurado por el mismo Beling, y el otro, que había sido señalado por Hellmut Van Weber en 1929, la concepción mixta del tipo. La dogmática alemana transitó este último camino, o bien se quedó con el anterior, tratando de remendarlo. La primera solución es la del finalismo y la segunda del actual causalismo.”¹¹¹

Algunos autores consideran que al hablar de tipo y tipicidad se llega a confundir dichos conceptos, por lo que debe distinguirse 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.¹¹²

Aparece una quinta fase sobre la teoría del tipo y se le llama destructiva, y se debe a las posiciones radicales del nacional-socialismo alemán, en la aciaga época de Hitler, donde el punto de partida del delito no es la acción, sino la voluntad del agente; donde se reprocha no el daño causado, sino la peligrosidad del agente, y sobre todo donde el orden jurídico parte de una “moral del pueblo” y el juez debe interpretar ese “orden moral del pueblo”, por lo que el juez no debe estar atado a consideraciones formales, así los principios *nullum crimen, nulla*

¹¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1976. Páginas. 766, 767.

¹¹¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Op. cit.*, Página 19.

¹¹² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal*. U.N.A.M. México, 1986, Página 165.

poma sine lege no existen para el Derecho nazista, lo que llegó a los excesos de todos conocidos, en que los principios del Derecho Penal liberal democrático fueron atropellados en aras de un estado totalitario.

Sin embargo, en la moderna teoría del tipo y la tipicidad impera la preocupación de que esta teoría sea una efectiva garantía de legalidad y libertad del individuo, para evitar que se repitan casos como el del nazismo, para que el tipo constituya la Carta Magna del inculgado.

Sin duda, otro de los temas más trascendentales para la teoría del tipo y que incide en forma capital en las concepciones causalistas y finalistas de la teoría del delito, son los llamados elementos subjetivos del injusto.

Ya habíamos apuntado que el tipo se conforma por elementos objetivos, pero que en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos, como cuando hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, como es el caso, cuando el tipo dice:

Al que con ánimo; ...al que con el propósito; ...al que engañando, etcétera. También puede suceder que el tipo haga alusión a los elementos normativos, llamados así porque el tipo consigna elementos que entrañan valores, sean jurídicas o culturales, como cuando señala; ...al que sin derecho; ...cosa ajena; ...casta y honesta; etcétera.

"La existencia de los elementos subjetivos y normativos, además de los objetivos primeramente considerados, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo los primeros aquellos tipos que sólo contenían elementos objetivos, y los segundos, los que además de contener, elementos objetivos, consignaban elementos subjetivos o normativos, o ambos.

Las repercusiones del reconocimiento de la existencia de los elementos subjetivos y normativos del tipo llevaron a varios penalistas a cuestionar la

posición belingiana de que al tipo debía concebirse como meramente descriptivo, que cualquier cuestión subjetiva o valorativa correspondía a la culpabilidad o a la antijuridicidad.

Beling niega la existencia de los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad y explica que cuando el tipo hace referencia a conceptos como "ajeno", "ejercicio legítimo" etcétera, son "referencias jurídicas de la conducta, que conservan su función descriptiva, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en el sentido de una especie de delito. De igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto la 'intención impúdica' o 'el ánimo de lucro' no son más que frases que se refieren a la descripción."¹¹³

Algunos tratadistas consideran que los elementos subjetivos del injusto deben tratarse al estudiar la antijuridicidad (Mayer, Mezger, Schmidt), otros penalistas lo ubican al estudiar la culpabilidad, o bien, en el dolo específicamente.

Ahora bien, en el sistema causalista se puede señalar que desde mediados del siglo pasado ya se apuntaba la problemática de los elementos subjetivos del injusto. Un autor alemán (Hegler en 1914) ya explicaba que no cualquier sustracción de la cosa mueble da lugar al robo, sino que tan sólo la sustracción de la cosa con "ánimo de apropiación" lo que obligaba al reconocimiento de elementos subjetivos.

"El maestro alemán, Max Ernesto Mayer, se le reconoce como el primer expositor sistemático de los llamados elementos subjetivos del injusto. Para Mayer siendo la antijuridicidad un concepto objetivo, los elementos subjetivos de la antijuridicidad son características que deben tomarse en cuenta al afirmarse lo injusto de un acto, pero que tales elementos no pertenecen a la culpabilidad; en

¹¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Página 824.

efecto, para este penalista el fin que persigue un sujeto al ejecutar un delito corresponde al injusto, el motivo que lo impulsa pertenece a la culpabilidad.”¹¹⁴

“Goldschmidt no comparte el punto de vista de Mayer, y para él los llamados elementos subjetivos del injusto, pertenecen lisa y llanamente a la culpabilidad, y podíamos agregar nosotros siguiendo el hilo de este pensador, que el fin, el motivo, son terrenos de la culpabilidad, derivándose de ello que no distingue entre fin y motivo a la manera de Mayer.”¹¹⁵

“Por su parte Edmundo Mezger, uno de los más destacados penalistas dentro del sistema causalista, consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto, con exclusiva referencia a lo injusto; posteriormente explicó que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos, da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho; en otros casos, podrán ser referencias anímicas subjetivas del inculpaado, y entonces ello, caerá en el campo de la culpabilidad.”¹¹⁶

El debate sobre los elementos subjetivos del injusto parece ser aún a la fecha, terreno de múltiples discusiones y matices, que desde luego, no se agotan en las posiciones de los tratadistas mencionados, pero que creemos resumen en buena medida las principales posiciones de los penalistas seguidores del sistema causalista.

Creemos pertinente indicar en este momento, que por su parte la corriente de la acción finalista, al ubicar en su sistema al dolo y la culpa dentro del terreno de la teoría del tipo, y no de la culpabilidad, es lógico que los llamados elementos subjetivos del injusto, se examinen de modo muy distinto al que lo hacen los causalistas.

¹¹⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001. Página 22

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*

a) Elementos descriptivos

Al definir los delitos la ley, es decir, al establecer los tipos legales, se limita a menudo a dar una mera descripción objetiva.

En la mayor parte de los códigos la definición del homicidio, es por demás, simple y puede ser paradigma de brevedad. Se limitan a decir las legislaciones que el homicidio consiste en privar de la vida a un hombre.

En cambio, son mucho más complicadas las nociones del hurto y del robo. El legislador argentino los caracteriza por el verbo apoderarse, que forma el núcleo del tipo, y añade una referencia al objeto cosa mueble; una alusión a las valoraciones jurídicas consistente en que la cosa sea ajena; y un elemento normativo apoderarse ilegítimamente, cuyo término interpreta Soler de modo subjetivo. Al definir el robo se habla, además, del medio: violencia contra las personas o fuerza en las cosas.

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo, por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etcétera, pero el tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio.

A veces, en ciertos delitos se exige un determinado sujeto activo, como por ejemplo, la función militar en los delitos castrenses, y la calidad de funcionario público en el peculado, en la concusión, en los numerosos delitos, de abusos de autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos, etcétera, y en otros casos sólo puede infringir la norma al que el delito se refiere: el empleado público, el empleado de correos o telégrafos, el ministro del culto, etcétera.

A un determinado sujeto pasivo, se refieren otros artículos de los códigos penales: ha de serlo el gobierno legítimo, el presidente, el vicepresidente; los jefes

de potencias extranjeras, o los representantes de ellas; los ministros de un culto; los funcionarios públicos o autoridades; los ascendientes o los cónyuges; la niña menor de doce años en cierta clase de violación; la mujer honesta en el estupro, la mujer en el rapto y en el aborto; los parientes dentro de grados consanguíneos en el homicidio calificado; el niño recién nacido en el infanticidio, etcétera.

A un determinado objeto aluden ciertos tipos de los códigos: cosas destinadas al culto, cadáver, el objeto mueble en el hurto, etcétera.

El tiempo se halla también determinado como una modalidad de la acción en ciertas infracciones, sea tiempo o caso de guerra entre naciones extranjeras, etcétera.

Al lugar se refieren estas modalidades de la acción: dentro o fuera del territorio nacional, territorio de la república, lugar público, lugares destinados al culto, reunión pública, etcétera.

En otros tipos se alude a las ocasiones: hallándose reunidas las corporaciones a las que el vilipendio se dirige, encontrándose en el ejercicio de sus funciones, ocasión de peligro para un mayor número de gentes, o calamidades o desastres públicos, abuso de confianza o calamidad o miseria en el hurto, etcétera.

También suelen expresarse determinados medios, clandestinamente o con engaño, violencias, amenazas, temor, tumultos, sevicias, regalos, promesas, armas, dinero u otras dádivas, medios fraudulentos, seducción o promesa matrimonial, veneno, incendio o sumersión, etcétera.

En caso de tipos de mera descripción objetiva, que no dejan de serlo por obtener las referencias y modalidades expuestas, la función del instructor es sencillas. Le basta con el proceso meramente cognoscitivo, es decir, con dejar establecidas en los autos las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal.

A esta clase de tipos los han denominado tipos normales, por creer que la función de la ley en la parte especial es ante todo hacer una mera descripción objetiva; en tanto que designamos como tipos anormales aquellos en que la impaciencia del legislador le ha hecho penetrar en el juicio valorativo de la antijuricidad, incluyendo en la descripción típica elementos normativos o excesivas alusiones a elementos subjetivos de lo injusto.

b) Elementos normativos

El legislador otras veces instala en el tipo elementos normativos, diversamente concebidos por Mayer y Mezger. Este último no sólo engloba bajo esa rúbrica los elementos de mera índole normativa en que el juez ha de desentrañar el verdadero sentido antijurídico, sino también los que exigen una valorización jurídica (como la ajenidad de la cosa en el hurto y en el robo), o una valoración cultural (como la honestidad exigida a la mujer en ciertas formas de los delitos sexuales). Dado el papel que, a nuestro juicio, desempeñan esos elementos normativos, lejos de ampliar su número nos interesa fijarlos restrictivamente. Es preciso separar los meros elementos valorativos, sea esta valoración jurídica como el concepto de documento, de funcionario, etcétera, o sea cultural como el desprecio en la difamación y la honestidad en la seducción.

“Los elementos propiamente normativos y que sólo por impaciencia del legislador se formulan en los tipos, suelen ser frecuentes en muchos códigos, si bien en algunos de los de Iberoamérica no lo son tanto. Se expresan con los calificativos de ilegítimo o ilegítimamente, indebidamente, sin autorización del gobierno, sin estar autorizado por la ley, ilícitamente, sin autoridad o derecho para ello, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, sin justo motivo, sin motivo justificado, o sin razón legal, sin el consentimiento o licencia de su dueño, matar un animal ajeno sin necesidad, etc.”¹¹⁷

¹¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. Página 169.

c) Elementos subjetivos

En diversos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en relación a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, como hemos dicho, los incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo.

Merkel y Von Ihering, desde al año 1867, aludieron a problemas que se relacionan íntimamente con estos elementos subjetivos de la antijuricidad. Después se refieren más o menos impropriamente a ellos, Thon, en 1878; Hertz, en 1880; Löefler, en 1901; Kolhrausch, en 1903; Von Ferneck, en 1905; Dohna, en igual fecha; Fischer, en 1911; Nagler, en el mismo año; Hegler, en 1914, y Mayeren 1915.

Este famoso autor ha insistido mucho en que las fronteras de lo antijurídico y de lo culpable no son coincidentes con los límites de lo objetivo y de lo subjetivo. Los ejemplos de los delitos de tendencia, a que luego aludiremos, lo demuestran. Mezger, desde 1923, da una importancia extraordinaria a estos elementos subjetivos, que también reconocen *Zimmerl y Wolf*.

Últimamente ha hablado el conde de *Dohna* del subjetivismo en la teoría de la antijuricidad, y Tierfelder, de elementos de la culpabilidad objetivamente concebida.

En la índole que debe atribuírseles radica el debate. Los vincula a la culpabilidad *Goldschmidt*, y la mayor parte de los autores a lo injusto. Por nuestra parte, dice: hubimos de integrarlos con la culpabilidad cuando escribimos, en 1931, sobre la *Teoría jurídica del delito*, posición que todavía sustentan algunos escritores, como acabamos de ver.

Ahora nos parece absolutamente preciso distinguir entre los elementos de culpabilidad que hacen alusión al dolo, y los elementos subjetivos de lo injusto propiamente dichos, que no son, como antes se decía, dolo específico, aunque aluden a veces a un propósito y a un fin.

Los elementos subjetivos concretamente referidos al dolo son expresados con las palabras: maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, etcétera, con cuyos vocablos se alude al dolo para diferenciar los casos de homicidio, de lesión o de aborto intencional, de aquellos otros de naturaleza culposa.

Son propiamente alusivas al fin o al móvil las expresiones siguientes, para alguno de estos fines: para derrocar al gobierno, para destruir la forma política republicana o para trastornar la paz de la República; con el objeto de, para deponer al gobierno o para cambiar la Constitución, para poner a los nacionales al servicio de otra nación, con un fin injurioso, retardar u omitir algún acto, para impedir el despacho de algún asunto, con el objeto de constreñir a hacer o a omitir algún acto a la autoridad, violencias o amenazas para impedir o perturbar las reuniones de cuerpos políticos, electorales, etcétera, o que tengan por objeto impedir la captura del autor de un delito, asociarse para cometer delitos, actos que tengan por objeto exponer alguna parte de la República a la devastación o al saqueo, secuestrar para obtener rescate; destruir cosa propia con el objeto de cobrar la prima de un seguro, etcétera.

“Son propiamente elementos subjetivos de lo injusto, a los que se alude en estos términos: por desprecio o por actos de menosprecio; por ofender por hostilidad, por espíritu de venganza o lucro con el fin o pretexto de religión; por interés privado; en daño de alguna persona; con el sólo objeto de producir terror; por favor; miras deshonestas o de matrimonio en el rapto; para satisfacer las pasiones de otro; para apropiarse de un objeto mueble, con el objeto de cobrar la prima de un seguro; para apoderarse de un inmueble; por venganza contra un funcionario público; abusar en provecho propio o de otro de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor. El móvil de evitar la deshonra figura en

ciertos tipos privilegiados de infracciones. Así, en muchos códigos se atenúa *honoris causa* la supresión del estado civil: el infanticidio, el aborto, el abandono de niño, etcétera.”¹¹⁸

4. Atipicidad

Es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.¹¹⁹

La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen, nulla pena sine lege*, que técnicamente se traduce: no hay delito sin tipicidad. Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente.

Podríamos ensayar una división al respecto:

Casos específicos de atipicidad y ausencia total de tipo:

Cuando un hecho de la vida diaria presenta ciertos aspectos que parecen hacerle subsumible con un tipo legal y explorado éste resulta que faltan las referencias del sujeto activo, por ejemplo, el protagonista de un pretendido delito que exige función pública no es funcionario; del sujeto pasivo, como cuando la mujer seducida no es honesta; del objeto, como cuando la cosa hurtada no es ajena, sino propia; del lugar, del medio o de la ocasión, entonces nos hallamos ante casos específicos de atipicidad, y por ende, no se puede proceder contra el autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan.

¹¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Páginas. 167, 168.

¹¹⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página. 159.

El caso de atipicidad general es el que, con más motivo, ha de quedar impune, conforme al apotegma, no hay delito sin tipo legislado. Así, por ejemplo, por muy injusta que sea la usura, puesto que en el código argentino o en el venezolano no se halla incriminada, es imposible perseguir al usurero.

“Basta para impedir esas persecuciones analógicas los preceptos de la constitución o de los códigos penales, pero no estaría de más que en él se insertara la concreta afirmación de que no hay delito sin tipicidad, que el código penal español había escrito en elegantísimo lenguaje con palabras indelebles y que ha pervivido en cuanto reformas se le han hecho, en el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal (artículo segundo del Código Penal español). El Código cubano, a pesar de ser de muy reciente fecha, no ha proscrito esta disposición española de su texto.

Cobra así la tipicidad un papel mucho más prestigioso que el de mera pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.”¹²⁰

En forma muy general podemos reiterar que el sistema casualista contempla en el delito una fase objetiva, en la que se ubica al tipo y la tipicidad.

De esta manera, algunos penalistas incluyen como elementos del tipo, aspectos que juzgan objetivos como:

1. El bien jurídico tutelado;
2. Los sujetos: activos y pasivos, sea en cuanto a su calidad o número;
3. La manifestación de la voluntad;
4. El resultado previsto en el tipo;
5. La relación de causalidad;
6. Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;

¹²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Página 173.

7. Las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo;
8. El objeto material.

En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento referido a las causas de atipicidad, lo encontraremos cuando falte alguno de los elementos del tipo, así se dará la atipicidad cuando se presente:

1. Falta del bien jurídico tutelado;
2. Falta de calidad, o del número, en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo;
3. No exista manifestación de voluntad;
4. No se dé el resultado previsto por el tipo;
5. No exista relación causal;
6. Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley;
7. Por falta de las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo;
8. Por falta de objeto material.

5. Antijuridicidad

“Como la antijuridicidad es un concepto negativo, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal. Tal es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.”¹²¹

¹²¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1971. Página 163.

"La valoración de una conducta típica como contraria al orden del derecho vigente, sin que concurra una causa de justificación.

'Una acción será típica si infringe una norma, y será antijurídica si no esta amparada por una causa de justificación', estas causas de justificación derivan de cualquier sector del ordenamiento jurídico.

'La Antijuridicidad es el presupuesto objetivo constitutivo de la oposición que imprescindiblemente debe darse, entre la conducta del inculpado y la norma sustantiva penal violada sin permiso legal'.

El hecho es antijurídico cuando además, de contradecir el orden de derecho, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley penal."¹²²

Puede decirse superficialmente que la antijuricidad es lo contrario al derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. Pero esto nada profundo nos expresa, y es una de tantas definiciones, es una de esas traducciones en frase distinta, como la respuesta que nos da el médico cuando le consultamos un dolor de cabeza: es una cefalalgia. No se ha hecho más que traducir al griego lo que el profano dijo en lenguaje corriente.

Esta definición superficial de lo antijurídico sólo nos sirve de punto de partida, pero dice porqué seguimos sin saber lo que es contrario al Derecho.

Siguiendo la evolución del concepto de la antijuridicidad, hallamos que esa definición nominal insuficiente se completa por negaciones, es decir, por el expreso enunciado de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes.

Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido así en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso.

¹²² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1986. Página 141.

En suma no se nos dice lo que es antijurídico aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejecución de un derecho, estado necesario, etcétera.

“Nueva etapa se abre por los esfuerzos de los escritores alemanes, que buscan conceptos materiales de la antijuricidad. Inician el camino Merkel en 1867, Hertz con sus estudios de lo injusto, publicados en 1880, y Kessler en una monografía sobre el consentimiento, de 1884, culminan estos trabajos en el opúsculo de Natbau, impreso en 1923. Hoy las monografías sobre el tema son numerosas y a partir de *Von Liszt*, los tratados y compendios alemanes, austriacos y suizos consignan largos capítulos a la *Rechtswidrigkeit*. Así, los de *Allfeld, Stoos, M.E Mayer, Gerland, Hafter, Schmidt, Paúl Merkel, R. Von Hippel, E. Mezger, etc.* En los libros de conjunto de Italia, Francia y España, solía estar ausente el problema, y carenciado de esta pared maestra la construcción penal, los tratados de idiomas latinos eran harto imperfectos que los de lengua alemana. Cuando los italianos reivindican la dogmática, ya con mayor acierto el tema antijurídico. Así, Vannini, en su obra publicada en 1932, y ahora *Antolisei, Petrocelli, etc.*”¹²³

Cabe clasificar las leyes en dos grandes órdenes: las físicas y las culturales. Las primeras expresan condiciones del ser, su cualidad es la permanencia, por lo que el hombre no puede sustraerse a ellas. Las culturales expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio, se inspiran tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana, son reglas de conducta denominada “normas”, para diferenciarlas de las leyes físicas, su finalidad específica es, como dice *Stammler*, “la comunidad de hombres libres”, y son obligatorias por exigencia de la vida en sociedad humana. Tales son las normas de cultura.

¹²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. Página 176.

Entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se le denomina también "ilicitud", palabra que también comprende el ámbito de la ética; "ilegalidad", palabra que tiene una estricta referencia a la ley; "entuerto", palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español, constituye un arcaísmo; e "injusto", preferida por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, equivalente a lo antijurídico. Es, en suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado; lo que ya fue señalado por Carrara.

Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley. Nos referimos a las normas de cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses, (Mayer). Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a ellas constituye lo antijurídico.

Como expresa Mezger, las leyes, emanación positiva del Derecho, sólo son posibles con arreglo a determinados presupuestos que constituyen el total complejo de la cultura.

Las normas de cultura son, por tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el Derecho como expresión de una cultura.

Entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que ésta ni manda, ni prohíbe. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; no órdenes ni prohibiciones. En el fondo, o debajo, o por encima del precepto, está la norma de cultura de que el precepto se nutre y con el que se vivifica. La norma "no matarás" del decálogo se halla subsumida en el artículo 302 del Código Penal Federal de 1931 ("comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro"); este precepto ni ordena ni prohíbe la conducta humana, causal de un homicidio, no lo infringe; lo que infringe o viola es la norma de cultura inmersa en el precepto, el "no matarás." La norma, como la raíz del árbol, no se ve; pero sin ella que lo alimenta no existiría

el precepto, como sin la raíz el árbol, cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma.

La norma crea lo antijurídico; la ley el delito. "La ley, hija de un estado de hecho, expone el maestro Jiménez de Asúa, tiene un celo y valora fines. Nace de una serie de hechos y por ello tiene una base fáctica. Supone un estado de cultura que la norma dirige y encauza, siendo ésta su base axiológica." Frente al ser, a la realidad como proposición predicativa, existe el Derecho, el deber ser, como proposición normativa. Frente a la realidad de la vida las normas de cultura imponen el deber ser por Derecho y por medio del Derecho Penal imponen la sanción para quien las viola. No es, por esto, el Derecho Penal, reparador (no jurídico; mientras que la acción misma valorada como contraria al Derecho, puede devolver la vida al que ha sido muerto en delito de homicidio) sino sancionador y para sancionar una conducta se la somete a un juicio de valor, a una valoración, o sea al juicio que se propone definir si es antijurídico.

Por ser la antijuridicidad oposición a las normas de cultura, no puede ser más que una, pero toda vez que las reglas de conducta están recogidas en el Derecho, con sus varias especialidades, puede hablarse de una antijuridicidad en la especie penal, lo mismo que en otras. En atención a ello *Welzel* entiende que la antijuridicidad es la relación de discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico, lo que es válido para todo el orden constituye el "injusto."

Para ser incriminable la acción ha de ser antijurídica. Normativamente considerado el delito, es la conducta antijurídica por cuanto contradice una norma o ley cultural establecida para regular la vida en la comunidad de hombres libres. La lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, lesión del orden objetivo del derecho, perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el derecho mismo (*Mezger*), es lo que da antijuridicidad a la acción, y porque una acción es opuesta a la norma cultural, es antijurídica. Sólo es antijurídica la acción que lesiona normas de cultura, reconocidas por el Estado (*Mayer*). Este

último concepto puede ampliarse más: la lesión o riesgo de un bien jurídico, sólo será materialmente contrario al Derecho cuando esté en contradicción con los fines de orden jurídico, que regulan la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana (Liszt). De aquí la profunda distinción entre lo legítimo y lo legal, así como la justificación en algunos casos de acciones típicamente penales.

En nuestro derecho, la estricta legalidad consagrada por el artículo 14, tercer párrafo, Constitucional, mira a la interpretación del precepto positivo y a su consecuencia en la aplicación de las sanciones; pero por ello mismo hace necesario examinar la antijuridicidad, de la acción o elemento del delito y presupuesto de la pena.

Vigorosamente se suma a esta posición Jiménez de Asúa, cuando expresa que lo contrario al derecho no puede ser entendido como lo contrario a la ley; detrás de la ley penal, de la sanción punitiva, más que un precepto escuetamente jurídico reside un concepto social; aunque este criterio repugne a los que creen que en derecho sólo tiene relevancia lo jurídico, es indubitable por ser el único que soluciona los problemas de la justificación. Como consecuencia, modernamente se trata de dar a las causas de justificación mayor campo, entendiéndose que sólo hay delito (antijuridicidad de la acción), cuando se obra opuestamente a los fines de la convivencia humana.

6. Causas de justificación

“Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.”¹²⁴

¹²⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 169.

A pesar de que las causas de justificación son conocidísimas desde tiempos antiguos en alguna de sus especies (valga la legítima defensa como ejemplo), sólo en estos últimos años adquieren exacta significación técnica, que aún no han logrado captar como hemos podido ver los escritores de Francia y de Italia.

“Son causas de justificación, las excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del injusto penal.

En suma: las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al Derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad...”¹²⁵

a) Defensa legítima

Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual inminente, e injusta, mediante un acto que lesionen bienes jurídicamente tutelados del agresor; según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante.

Para el letrado Jiménez de Asúa, es la repulsa de una agresión antijurídica, actual e inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.¹²⁶

Procederemos a caracterizar a la defensa legítima:

¹²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Páginas 186,187.

¹²⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 175.

I. En Derecho Penal, rechazo por medios racionales de una agresión antijurídica, actual o inminente y no provocada, contra bienes jurídicos del propio defensor o de un tercero.

Hoy existe acuerdo unánime en que la legítima defensa es, por su naturaleza, una causa de justificación, cuyo fundamento es la preservación del orden jurídico. Esto significa que quien se defiende legítimamente obra conforme a Derecho, aunque su acto corresponda al descrito en una figura legal de delito. Ese acto no es sólo lícito para el Derecho Penal, sino también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico. En razón de su licitud, no procede legítima defensa contra legítima defensa, obran conforme a Derecho todos los que toman parte en el acto defensivo aunque no sean los personalmente agredidos, y no hay lugar a responsabilidad civil por la materialidad dañina que pueda dejar el ejercicio del derecho de defenderse.

II. Objeto de la defensa puede ser todo bien jurídicamente protegido. Este bien puede ser la vida, la integridad física, la seguridad personal, la libertad, la inviolabilidad de la moradas, el honor, la propiedad, la posesión. Se ha sostenido que no hay límite a los derechos defendibles, siempre que el medio elegido para defenderse sea el racional. Así, al borracho que perturba la tranquilidad nocturna podría repelérsele con un balde de agua.

III. Constituye agresión todo acto que lesiona o expone a peligro un bien jurídicamente protegido de otro. En consecuencia, no procede legítima defensa en contra de un animal, pues no realiza acto, y la repulsa a su ataque, si se le ha utilizado por otro como arma agresiva, queda cubierta por el estado de necesidad, mas no por la defensa legítima. Lo mismo cabe afirmar del rechazo a los ataques provenientes de personas que sólo obran movidas por fuerzas naturales, como el viento, un aluvión o una corriente de agua, que también generan en el atacado un estado de necesidad y no una situación de legítima defensa.

La agresión debe ser antijurídica ("sin derecho", dice el Código Penal), es decir, contravenir las normas del derecho. Ello no significa que deba ser punible ni que deba corresponder a una acción descrita por la Ley Penal. Tampoco se requiere que sea dolosa y ni siquiera que sea imprudente. Puede la agresión ilegítima haberse generado incluso en un error y hasta provenir de personas inimputables y de quienes obran inculpablemente.

La agresión debe ser actual, es decir consistir en un ataque que ha comenzado o inminente, esto es, de uno que puede desencadenarse en cualquier momento. Así sea actual o inminente, la agresión ilegítima debe crear una real situación de necesidad para el bien jurídico amagado.

Para que la agresión ilegítima pueda originar una repulsa amparada por la justificante en examen es menester, todavía, que ella no sea provocada por el defensor. El Código Penal, en efecto, niega eficacia justificante a la defensa frente a una agresión que provocó el agredido o la persona a quien se defiende, dando causa inmediata y suficiente para ella (artículo 15, fracción. III, segunda, parte, regla primera). La apreciación de esa suficiencia parece deber guiarse por el principio de la proporcionalidad entre provocación y agresión, de manera de tener por provocación suficiente la que no torna desproporcionada del todo la conducta del agresor frente a la conducta provocadora del agredido. No constituye defensa legítima, por tanto, la acción defensiva frente a una agresión suficientemente provocada, aunque acarree la inculpabilidad por no ser exigible otra conducta conforme a Derecho.

IV. Ante una agresión que reúna las características antedichas, la defensa, para ser legítima y justificar el hecho, debe satisfacer, a su vez, ciertas exigencias legales:

I. Debe estar precedida de la voluntad de defensa, aunque con esa voluntad concurren eventualmente otros motivos, como el odio, el resentimiento o el deseo de venganza, y

II. Debe ser racionalmente necesaria, lo que significa que el defensor, atendidas las circunstancias, ha de usar, entre los medios de que dispone, los más adecuados y menos drásticos en relación con la magnitud de la agresión, a la peligrosidad del atacante y al valor del bien amenazado. Quien excede, en efecto, consciente o inconscientemente los límites impuestos a la necesidad en el caso concreto deben responder por ese exceso. El Código Penal dispone para esa eventualidad el castigo a título de imprudencia (artículo 16). Entre los códigos penales locales más modernos, el del Estado de Guanajuato atenúa la pena según el exceso sea doloso o culposo, y exime de ella si proviene de una excitación o perturbación mental que las circunstancias hicieron excusable (artículo 34).

La exigencia legal de que la defensa emple los medios racionalmente necesarios, plantea el problema de las defensas mecánicas predispuestas (vidrios, electrificación de cercas), que sólo serán lícitos en la medida en que su efecto material disuasivo se adecue a la magnitud de los bienes u objetos que se trata de preservar.

El error sobre la concreta situación de peligro, que lleva a defenderse de una agresión que no es real sino aparente, debe conducir a una disminución de la responsabilidad, si es vencible, o a no responder en grado alguno, si es invencible. Otra es la consecuencia, si en esa clase de equivocación se reconoce un error sobre el tipo, en cuyo caso la vencibilidad del error conduciría al castigo por delito culposo y su invencibilidad a la absolución.

V. El Código Penal prevé todavía una situación en que, salvo prueba en contrario, se presume la concurrencia de todos los requisitos de la defensa legítima. En esa situación se halla aquel que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependientes o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren

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

Esta disposición conforma una legítima defensa privilegiada, para la afirmación de cuyo efecto justificante, se prescinde de la concurrencia real de todos los requisitos que, por lo regular exige para ello la ley. El privilegio se funda, sin duda, en la imposibilidad o dificultad en que el sujeto agredido se halla de percibir la índole, magnitud y riesgo del ataque. Esto, sin embargo, no priva a esas presunciones de su carácter de presunciones *iuris tantum*, como ahora lo deja la ley claramente establecido.¹²⁷

“La legítima defensa ha sido definida como la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, cuando no traspase la medida necesaria para la protección (Kohler); o como la defensa que se estima necesaria, para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor (Liszt). La defensa es legítima, cuando se contra ataca a fin de que una agresión grave, no consume el daño con que amenaza inminentemente.”¹²⁸

“Innovando en nuestra legislación, cuya fórmula de la legítima defensa está amparada por el tradicional prestigio del Código de Martínez de Castro (1871), el Proyecto de 1949, articula la excluyente en forma positiva, a nuestro juicio ejemplarmente certera. Dice, en efecto, el artículo 15 fracción II. ‘Son causas excluyentes de responsabilidad penal: obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual e injusta y de la que resulte un peligro inminente, siempre que no haya podido ser evitada, exista necesidad racional del medio empleado para repelerla y falte provocación suficiente por parte del que se defiende, y que el daño que iba a causar el agresor no sea fácilmente reparable después por medios

¹²⁷ *Diccionario Jurídico 2000 CD ROM.*

¹²⁸ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Op. cit.*, Página 323

legales'. El artículo 16 dice, a su vez: al que se exceda de los límites impuestos por la legítima defensa se le impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de cien a diez mil pesos. 'La misma sanción es aplicable al exceso debido a un proceso emocional explicable a juicio del juez'.¹²⁹

De las anteriores nociones se desprende que la legítima defensa se integra con los siguientes elementos: existencia de una agresión, peligro de daño derivado de ésta y existencia de una reacción, rechazo de la agresión o contraataque, para repeler la misma agresión. Las calificativas propias de cada uno de estos tres inexcusables elementos dan, en las legislaciones positivas, fisonomía propia a la excluyente según los sistemas adoptados.

En nuestro Derecho, también la legítima defensa tiene una fisonomía propia, una nota diferencial que hace de la construcción jurídica que la contiene un tipo especial y propio, con nueva juridicidad. Por esto debe ser considerada la legítima defensa como una de las causas de justificación.

b) Estado de necesidad

"Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona (Cuello Calón). Es una situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico (Sebastián Soler). Von Liszt, en su *Lehrbuch* afirma que el estado de necesidad es, 'una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos'.¹³⁰

La mayor parte de los tratadistas suelen adoptar la definición de Von Liszt: el estado de necesidad es una situación de peligro actual, de los intereses

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1971. Página 187.

protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro bien jurídico ajeno, dice Alfred, jurídicamente protegidos.

Abandonemos, para no hacer interminables estas páginas, la tentación de hacer una reseña histórica de este instituto, que tiene antecedentes hasta en la India y en Judea. El Derecho Romano no fue, al legislar esa institución, tan perfecto como cuando reguló la legítima defensa; pero en cambio, en el Derecho Germánico tiene amplísimas normas que después repercuten en la Edad Media. Fueron los escritores de los siglos XVI y XVII, quienes hablaron del estado de necesidad con prolija maestría. En cuanto a España, el padre Pereda los ha recordado en una monografía sugestiva.

Después caen en el olvido disposiciones, comentarios y doctrinas sobre el estado de necesidad, hasta el punto de que los glosadores de nuestro Código Penal no supieron hallar la esencia del precepto que a él se refería, aunque embrionariamente, al autorizar la ejecución de un daño para evitar un mal mayor.

En la actualidad, los códigos suelen tratar de él imponiéndole las condiciones necesarias.¹³¹

Estado de necesidad opera cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión típicas, para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo (Garraud). El estado de necesidad se presenta como una situación individual jurídicamente recomendada, por la cual el que se encuentra en ella, se halla determinado, sin estar coartado absolutamente, a violar una norma penal en propia o ajena salvaguarda, y que tiene como efecto hacer impune o menos punible el delito, cuando la causa de aquella situación no puede atribuirse a la voluntad del agente (Manzini). El estado de necesidad es una situación de peligro, actual de los intereses protegidos por el derecho, a la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro

¹³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Página 200.

jurídicamente protegidos; es, por consiguiente, un caso de colisión de intereses (Liszt). En consecuencia, en el estado de necesidad está justificado, dentro de ciertos límites precisos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los propios, de igual o mayor valor. La justificación permite hablar de un derecho de necesidad.

Relacionado intrínsecamente con la legítima defensa, el estado de necesidad se diferencia de ella fundamentalmente en que constituye en sí mismo una acción o ataque, mientras que la defensa es reacción contra el ataque. Por eso ha sido, penetrantemente, denominado ataque legitimado (Gautier), por oposición a la legítima defensa o contra-ataque (Moriaud), radiados del estado de necesidad escribe el profesor Mariano Jiménez Huerta, los peligros emanados de actos agresivos o amenazantes del hombre, que sirven de base a otras situaciones jurídicas integradoras de institutos penales diversos, legítima defensa y *vis compulsiva*, restan como materia propia del estado de necesidad, las situaciones oriundas de un hecho de la naturaleza o de un acto humano adventicio.

Estos conflictos pueden entablarse entre bienes de desigual valor, como por ejemplo acontece cuando un hombre que se encuentra en absoluta necesidad de alimentarse, se apodera de una modesta suma de dinero para adquirir un poco de pan; o entre bienes de valor semejante, como en el dramático caso en que entran en conflicto dos vidas humanas; en el del naufrago que, para salvarse echa al mar al compañero de desgracia agarrado a la misma *tabula unius capax*; el del alpinista que precipita al abismo al compañero suspendido de la misma cuerda que, amenaza romperse con el peso de los dos cuerpos, el del espectador del teatro incendiado que, para salvarse lanza a las llamas a las personas que obstruyen el paso.

c) Cumplimiento de un deber

En el uso común, cumplir es ejecutar, llevar a efecto. Hacer uno aquello que debe o a que está obligado.

Deber es aquello a que está obligado el hombre por algún tipo de normas, particularmente jurídicas o religiosas. También se entiende por deber, desempeñar el oficio o ministerio de que está encargado.

"El Código Penal, utiliza la expresión en el artículo 15, fracción V: 'Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley'.¹³²

El cumplimiento de un deber, como causa de justificación, supone que la acción cuya realización constituye el deber, es penalmente típica o, en otra sistemática (Mezger), un elemento negativo del tipo. La separación entre cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho es correcta, ya que en este sentido es debido todo acto cuya omisión es sancionada, mientras que la segunda hipótesis se refiere a aquellos actos permitidos pero no obligatorios.

Según el Código, el deber a de estar consignado en la ley, pero ello no significa que su fundamento de validez esté constituido por un acto del poder legislativo consistente en una Ley en sentido formal, sino que el deber deriva en cuanto a su fundamento de validez, directa o indirectamente de una ley en sentido formal. Por ello, un reglamento puede constituir un deber que ha de ser cumplido. Lo que se pretende al señalar que el deber esté consignado en la ley, es subrayar el aspecto jurídico positivo del mismo, frente a otro orden de normas morales o religiosas, por ejemplo, no integrantes de aquél.

¹³² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985. Página 341.

d) Ejercicio de un derecho

Consiste básicamente en la opción que tiene el sujeto para actuar aparentemente de manera ilícita, sin que por ello se encuentre obligado a actuar de esta forma. Dicha opción debe estar forzosamente considerada por la ley.

“El multicitado artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, en su fracción VI, se refiere a esta causa de justificación, señalando como causa de exclusión del delito el hecho de que ‘la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro;’...”¹³³

e) Consentimiento del titular del bien jurídico afectado

Es el consentimiento del interesado. Al decir de Gustavo Labatut, la operancia del consentimiento del interesado está íntimamente relacionada con los motivos de la Ley Penal para tutelar un interés jurídico determinado.

Desde el derecho romano, con limitaciones, se aceptó la exclusión de pena para ciertos hechos delictuosos realizados con el consentimiento del interesado, siempre que los mismos no influyan en un Derecho Público. Aunque la fórmula *volenti non fiat iniuria* fue posteriormente desconocida por derechos sucesivos y sólo excepcionalmente aparece el consentimiento consignado como motivo de supresión de pena (artículo 123, *in fine*, del Código de Baviera de 1821, cuando se trataba de la destrucción de la propiedad sin peligro alguno, para la cosa pública), modernamente la doctrina ha puesto interés en determinar su naturaleza y alcance.¹³⁴

¹³³ GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. *Teoría del Delito*, Op. cit., Página 85.

¹³⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. cit., Página 355.

“Mezger se ha encargado de poner en claro que si la lesión de intereses representa el contenido de toda conducta antijurídica, dos son las causas determinantes para la admisión de todo justificante: la ausencia de interés y el interés preponderante. La primera surge ‘cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto.’ Tomando en consideración la forma consciente de la producción de esa voluntad, o su inferencia de la ‘especial situación de hecho’, para el autor alemán son dos las causas de justificación apoyadas en el principio de la ausencia del interés: el consentimiento del ofendido y el llamado consentimiento presunto, terminología incorrecta e inaceptable, pues la inexistencia del delito hace impropio el término ‘ofendido’, el cual ha sido substituido por el más adecuado de interesado.”¹³⁵

“Soler, al ocuparse de los fundamentos del consentimiento, señala como razón de su eficacia que los bienes jurídicos a los cuales los considera, y trata como valiosos, de modo que al otorgar ‘permiso’, para su destrucción, ellos se tornan ‘idóneos como objeto de una valoración jurídica’, ya que no son protegidos en su materialidad por el Derecho, sino que en cuanto son objeto de interés del titular hace permitida la conducta, por permanecer en el ámbito de lo ‘no prohibido’, constituyendo en esa virtud una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad.”¹³⁶

Efectos del consentimiento.

En la actualidad se acepta ya, por muchos, la doble función del consentimiento, que puede originar una causa de atipicidad de la conducta o una causa de justificación. Llegar al conocimiento de cuándo se está en una u otra hipótesis, escribe Porte Petit, hace necesario indagar si el tipo exige una conducta contra la voluntad del sujeto pasivo, ya que en tal situación el efecto del consentimiento es el de impedir la adecuación al tipo. Jiménez de Asúa reconoce, en tal caso, que el

¹³⁵ *Ibidem.*

¹³⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985. Página 356.

consentimiento constituye un obstáculo para realizar los elementos de la figura delictiva: "La afirmación de que el consentimiento tiene nulo valor justificante, no se desplaza por el reconocimiento de que existen ciertos delitos que llevan, como elemento esencial, el supuesto de que acontece contra la voluntad del sujeto pasivo. No habrá, en efecto, robo, violación, rapto de fuerza, detención ilegal, etcétera, si la persona robada, violada, raptada o secuestrada ha consentido. Lo que acontece realmente es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trata."

"Hans Welzel comparte el criterio de esa doble función al considerar que puede el consentimiento tener, en Derecho Penal, distinta significación: puede excluir el tipo, lo cual ocurre cuando la norma penal se construye tomando en cuenta un actuar contra la voluntad del afectado, impidiendo en tales casos el consentimiento la integración de ese elemento del tipo: no hay falsificación de documento si el interesado hace poner su nombre en el mismo por conducto de un tercero; puede excluir la antijuridicidad, lo cual supone la adecuación de la conducta o del hecho a la norma, pero no su ilicitud."¹³⁷

Requisitos del consentimiento

Maggiore, al hacer el análisis del artículo 50 del Código Penal Italiano, señala como requisitos del consentimiento los siguientes:

- a) Un sujeto que consienta, o sea el titular del derecho violado o puesto en peligro, lo que presupone tanto la existencia del derecho como del poder de disposición mediante el reconocimiento, a tal efecto, del ordenamiento jurídico, además de la capacidad de hacer valer su consentimiento. La representación excluye el consentimiento por ser inconciliable con el carácter personal del interés protegido penalmente.

¹³⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Op. cit.*, Página 357

- b) Un acto de consentimiento. Siendo éste una manifestación de la voluntad del titular del derecho, no precisa acuerdo, resultado eficaz aun cuando lo ignore el autor del hecho típico. Son válidas, por tanto, todas las formas para expresarlo, ya sean reconocidas por la ley o por la costumbre, bastando en ocasiones el simple silencio cuando, en la situación concreta. Impondríase el deber de hablar. Por ello dicese que el consentimiento puede ser expreso o tácito. La ratificación, precisa Maggiore, no es consentimiento, lo cual equivale a negar su operancia *post factum*.
- c) Un derecho violado o puesto en peligro, como objeto del consentimiento. La determinación del derecho disponible traspasa las fronteras de la disciplina punitiva y el criterio orientador debe buscarse en el total ordenamiento jurídico. Manzini opina, con referencia a los intereses privados, que los derechos patrimoniales, cuya renuncia o transferencia son permitidas, constituyen normalmente bienes disponibles. “Los límites señalados por la Ley Penal y la potestad de disponer de derechos o intereses privados están determinados por la convivencia (interés público) de impedir que el poder de la voluntad privada llegue hasta invadir funciones reservadas a la potestad pública; o bien de la oportunidad de prohibir penalmente ciertos negocios privados o ciertos hechos dañosos al interés general o en oposición con disciplinas impuestas por el bien común.”

“Maggiore considera, como bienes disponibles, tanto los derechos reales (salvo cuando se limite su disponibilidad por razones de carácter público) como los derechos de obligación (a menos que la ley los estime ilícitos, como en el contrato usurario); en cambio, estima bienes indisponibles, los derechos no patrimoniales, típica o medianamente públicos, como los pertenecientes al Estado o a entidades públicas, o a los referidos a intereses de naturaleza colectiva o social (derechos de familia, integridad y salud de la estirpe, fe pública, etcétera), así como los

derechos personalísimos o derechos sobre la propia persona. 'Puede hablarse de un derecho a la vida, a la integridad personal, al honor, al nombre, a la imagen, pero no un derecho sobre la vida, sobre la integridad, sobre el honor, sobre el nombre, sobre la imagen, etcétera, y la expresión no puede tener otro sentido que el derecho a la tutela del Estado contra las acciones ofensivas de esos bienes.'

Un efecto del consentimiento, el cual no es otro que el de imposibilitar la integración del delito, al no originarse la ilicitud o la tipicidad de la conducta o del hecho, por ausencia, en la última hipótesis, de la falta de consentimiento expresamente requerida como un elemento específico de la figura legal.¹³⁸

Siendo casi unánime el criterio de que el consentimiento *post factum* no origina la inexistencia del delito, pues en todo caso equivaldría a la renuncia del derecho de querrela, en los excepcionales casos en que ésta es necesaria para el ejercicio de la acción penal, el consentimiento debe otorgarse antes de ejecutarse la conducta o bien simultáneamente a ella. En cambio, la renovación del consentimiento sólo puede operar antes de la actividad o inactividad corporal (conducta), dado que la "ratificación posterior" o consentimiento *post factum* no produce efectos jurídicos de ninguna especie.¹³⁹

"La proposición *nulla in-iniuria est, quae in volentem fiat*, debida a Ulpiano, y la antigua locución *volenti non fit iniuria*, muestran claramente que desde hace muchos siglos se reconoce significación jurídica al consentimiento del ofendido. Con ello no quiere decirse que se haya admitido siempre, y que cuando así haya sido el caso, se la haya admitido irrestrictamente. Los autores influidos por la doctrina del Derecho Natural, luego los juristas hegelianos y, en general, la dogmática moderna, le han acordado eficacia cuando ha importado renuncia a los derechos subjetivos, y en tanto tal renuncia haya estado comprendida en la facultad de disposición del individuo y no haya contrariado la voluntad objetiva de la comunidad, la escuela histórica, en cambio, desconoció al consentimiento influjo

¹³⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985. Página 357.

¹³⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Op. cit.*, Página 359.

sobre la punibilidad, en razón de que no podía quedar subordinado el Derecho Penal, como forma histórica de manifestación del orden estatal, a un acto individual de disposición. Por el contrario, la escuela sociológica del Derecho, que concibió el delito como lesión de intereses, rehusó admitir que el consentimiento pudiera significar por parte del agente, una violación al Derecho, así recayese la conducta de aquél sobre el cuerpo o la vida de la víctima (Roxin).¹⁴⁰

Las legislaciones modernas, sin embargo, no han sido unánimes en incluir un precepto desincriminante expreso de la conducta consentida por el ofendido. Entre las varias que no la hacían contábase, hasta el 10 de enero de 1994, el Código Penal Mexicano, que en ésta ha pasado a consagrar de modo formal la desincriminación en la fracción III de su artículo 15, a modo de puente entre las causas de atipicidad y las de justificación.

El texto patrio excluye el delito si se actúa con;

- a) El consentimiento del titular del bien jurídico afectado;
- b) Siendo éste disponible;
- c) teniendo aquél la capacidad jurídica de disponer libremente del mismo, y
- d) Dándose expresa o tácitamente el consentimiento sin mediar vicio, o realizándose circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que de haberse consultado al titular, ese consentimiento se hubiera otorgado. El texto da base sólida para dejar resueltas algunas cuestiones, y mantiene otras en la penumbra.

No es, por cierto cometido de la ley, dirimir en su texto todo problema dogmático, totalidad que, por otra parte, es imposible plantear y dejar resuelta en los límites exigüos de una voz de diccionario. Y ello porque respecto del eje del asunto, a saber: el número acotado de bienes jurídicos cuya disponibilidad deja el

¹⁴⁰ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2002. Página 486.

Derecho al titular de los mismos, no brinda el ordenamiento demasiados asideros para dejarlo firmemente precisado.

No se cuenta entre los bienes jurídicos disponibles, por cierto, los que no pueden tener por titular a un individuo, como la seguridad pública, ni puede disponerse de aquellos que, si admiten un titular individual, como la propiedad, aparece en concreto en la titularidad de varias personas no decididas, todas ellas, a disponer de la cuota que les corresponde. Enseguida, entre estos bienes jurídicos que pueden tener por titular a un individuo, la ley ha tutelado penalmente a algunos frente a atentados cuyo sentido penal es el obrar *invito domino*, y donde, al no procederse contra la voluntad del dueño o sin ella, sino con su acuerdo, según es el caso de la coacción, de la violación, del allanamiento de morada y del robo, entre otros, no puede darse la tipicidad, por hallarse respecto de todos ellos de antemano excluida la afectación del bien jurídico situado penalmente bajo tutela. Es tan notoria en estos casos la falta de tipo que, en numerosas fuentes doctrinales italianas, por ejemplo, deja de aludirseles, por su obviedad, cuando se trata del consentimiento del ofendido.

Pero es a partir de esa línea cuando se entra en Honduras. ¿Posee allí eficacia el consentimiento del ofendido?, y ¿hasta dónde? Si la posee ¿es que ello ocurre por exclusión de la tipicidad de la conducta o porque ésta queda justificada?

Hay una tendencia doctrinal, sobre bases liberales, a sostener que todo consentimiento eficaz excluye la tipicidad de la conducta consentida. Para tal tendencia, puesto que los bienes jurídicos están al servicio del libre desarrollo de la personalidad, no puede haber afectación alguna del bien jurídico cuando una acción descansa en un acto de disposición por parte del titular, que no afecta el libre despliegue de su personalidad, sino que es, por el contrario, expresión suya. Se basa esto, para los países en donde la Constitución ha dejado claramente el principio de reserva, en la libertad de actuar u omitir que la Carta Magna garantiza. Esto no significa, sin embargo, que como en parte hemos mostrado, se pueda

consentir el sacrificio de todos los bienes jurídicos que la ley penal tutela. Concretémonos sólo, por razones de espacio, amén de las reservas que hayamos formulado, al bien jurídico de la vida humana, cuya eventual disposición por parte de su titular suscita tan agudos y acalorados debates.

“Los propios partidarios de fundamentar el efecto discriminante del consentimiento del ofendido, en la atipicidad de la conducta se detienen en este punto, por motivos diversos: ya porque un consentimiento dado apresuradamente o influido por una desconocida enfermedad, puede causar daños irreparables, lo que torna imperativo defender a la víctima incluso de sí misma (Roxin), “ya porque la seguridad jurídica sufriría un menoscabo en tal entidad, que haría intolerables las conductas cuya aquiescencia se pretende”, (Zaffaroni).”¹⁴¹

Esto por lo que hace, en general, a la disponibilidad del bien jurídico.

“Por lo que concierne a la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, exigida por la ley para la eficacia del consentimiento, cabe inclinarse, atendido el tenor literal, a la capacidad civil y no al discernimiento real, que en este punto en México, como en otros países, parecería deber fijarse en el límite de edad sobre el cual es dable mantener relaciones sexuales atípicas, y bajo el cual no hay capacidad jurídica, sino simplemente violación impropia, vale decir, la edad de doce años (Zaffaroni). Es sabio, como se percibe, que la ley se haya atendido a la capacidad jurídica entendida como capacidad civil y no al discernimiento real.”¹⁴²

Dice la ley, enseguida, que el consentimiento puede ser expreso o tácito, y formula con amplitud la declaración de que éste debe también entenderse existente si por las circunstancias, queda fundadamente presumir que, consultado el titular, habría éste consentido. Estamos, por supuesto, ante lo que la doctrina llama consentimiento presunto, que desemboca, como es fácil advertir, en el

¹⁴¹ *Op. cit.*, Página 487.

¹⁴² *Op. cit.*, Página 488

estado de necesidad. Todavía alude el texto legal a que no medie algún vicio en la emisión del consentimiento. El vicio puede ser el engaño, la violencia, el error; este último como ente independiente si no procede del engaño.¹⁴³

7. Imputabilidad

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad interviene el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de esas facultades, para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego de amplitud (intelectual y volitiva), constituye el supuesto necesario de la culpabilidad, por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito según, pretenden algunos especialistas.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en el Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción, en pocas palabras, podemos definir la imputabilidad la capacidad de querer y entender frente al Derecho Penal.¹⁴⁴

Doctrinalmente, se ha dicho que la imputabilidad es “la capacidad de conducirse socialmente”, o bien, “la facultad de determinación normal”, y que ella supone, que la psique del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal; que la base afectiva (*gefuhsbetonung*) de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza

¹⁴³ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2002. Página 148.

¹⁴⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 200.

motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etcétera, corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad (*willensimpulse*), no ofrezcan nada esencialmente anormal.

En la escuela de la defensa social, "la imputabilidad es el presupuesto de la responsabilidad y sinónimo de capacidad, como conjunto de determinadas condiciones que hacen posible referir una acción u omisión a un individuo, como autor consistente y voluntario de un hecho"; en otros términos, para la misma escuela, tal capacidad es el conjunto de condiciones bio-psíquicas que determina la posibilidad, desde el punto de vista legal, de declarar a un individuo antisocial; es decir, es el estado de madurez e integridad que convierte en relevante, desde el punto de vista jurídico, la conducta del individuo la declaración de antisocialidad.

La imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente de comprender la antijuridicidad de su conducta. También se sostiene que imputabilidad es capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente, en fin, se dice que "la imputabilidad es la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad, y que equivale a la afirmación positiva de la posibilidad de motivarse en la norma y, por ende, de actuar conforme a ella, o sea, la reprochabilidad o la culpabilidad."¹⁴⁵

8. Inimputabilidad

Si se contara con una noción positiva de la imputabilidad, no sería necesario, en rigor, mencionar taxativamente las causas de Inimputabilidad. En efecto, de la definición positiva cabría desprender que toda causa de exclusión de la capacidad de entender el deber y de conducirse automáticamente conforme a esa

¹⁴⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1981. Página 14.

inteligencia, constituiría una excluyente de imputabilidad pero la legislación marcha por otro rumbo, indispensable por la ausencia de una aceptación unánime de la imputabilidad.

Así las cosas, un estudio sistemático de las eximentes que nos ocupan, y del fundamento que las apoya, lleva a un doble supuesto de imputabilidad: por falta de suficiente desarrollo intelectual (insuficiente para los fines de la capacidad de entender y de querer) y por graves anomalías psíquicas. Sobre esta base, las legislaciones suelen concretar cuatro hipótesis: minoridad y sordomudez, por lo que respecta a la falta de desarrollo mental; y trastornos mentales permanente y transitorio (desde luego denominación y extensión del estado anormal varían). por lo que atañe a la falta de salud psíquica. Creemos indicado incorporar al trastorno mental transitorio, la falta de salud pasajera en aquel caso, establecida en éste.

Tres fórmulas existen para fijar las eximentes de imputabilidad, de esta suerte, se ha empleado un giro sólo biológico o psiquiátrico, extrayendo la eximente el mero supuesto de trastorno, sordomudez o minoridad, sin referencia alguna a las consecuencias psicológicas de ese estado, o se ha utilizado, también, una fórmula psicológica, aludiendo a la exclusión de la voluntad, o, por último, se ha echado mano de la formulación bio-psicológica o psiquiátrico-psicológico, en que se hace constar "que la enfermedad de la mente o el estado de inconsciencia, para tener eficacia eximente, han de privar de la conciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a derecho." Más perfecta esta última fórmula, estrecha convenientemente las mallas que en demasía abrió la psiquiátrica; esto, sobre todo, por lo que respecta a sordomudez y trastorno mental transitorio.

Las fórmulas anteriores se han acuñado, sobre todo, pero no exclusivamente, ante las eximentes del trastorno mental. De ahí que se suela hablar de criterio "psiquiátrico": Lógicamente, sin embargo, son trasladables a las otras excluyentes, a condición de que escapen al vínculo estricto con la enfermedad o la anomalía mentales. Por eso es preferible hablar de criterio "biológico" o psiquiátrico, donde entrarían los supuestos de la minoridad, la

sordomudez y la ceguera y aun, suponemos, el de la personalidad psicopática, que no implican, en sí mismas, enfermedad mental.¹⁴⁶

a) Minoría de edad

La edad infancia, adolescencia, juventud y vejez reviste importancia indudable para la imputabilidad penal. Este principio, afianzado por la historia, se informa en la razonada convicción de que la falta de desarrollo psíquico, característica de la infancia, impide discernir el carácter antijurídico de la conducta e inhibir el impulso delictivo. Por otra parte, el imperfecto desarrollo psíquico del adolescente y la involución que se presenta en la vejez (al menos por regla general), han dado origen a ciertas concreciones de imputabilidad disminuida o condicionada, y a medidas de seguridad.

En todo caso, modernamente se ha abierto camino a la idea de que los menores deben salir, para siempre, del ámbito de la represión penal, como propugnó Dorado Montero y enfáticamente postula la doctrina de estos días. Pero excluir a los menores de la represión no debe significar ignorarlos en el Código Penal, como en México lo hacen las leyes penales de San Luis Potosí, Veracruz y Yucatán; ni establecer remisiones a otros ordenamientos, según es el sistema del Código de Nayarit. Al menor se le excluye del horizonte penal porque es inimputable; por tanto, lo adecuado es destinarle un inciso entre los que señalan las causas de Inimputabilidad, y con ese inciso declarable inimputable, *iuris et de iure*, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen a su tratamiento. Por lo demás, silenciar la edad de minoría penal (que, considerada desde otra perspectiva, es también la de mayoría, la de capacidad de culpabilidad penal), equivale a librar a un texto diverso del código punitivo la determinación de una buena parte del ámbito de validez personal de ese mismo código; esto es, no sería ya el Código Penal el que señalase a sus destinatarios, sino una ley para menores, interpretada contrario *sensu*.

¹⁴⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op. cit.*, Página 23.

En cuanto a la formulación de esta eximente, sólo es aceptable el criterio biológico puro (a menos que se contemplen situaciones de imputabilidad disminuida o condicional); las consideraciones psicológicas deben preceder a la formulación normativa, y fundarla científicamente. Lo contrario sería semillero de disputas y vía de regreso del menor al Derecho Penal.¹⁴⁷

b) Trastorno mental

Las hipótesis de inimputabilidad fundadas en alteración de la salud psíquica, se analizan en dos supuestos: el trastorno mental transitorio, uno de ellos; la enajenación, alienación o trastorno mental permanente, el otro. En ambos supuestos se está, pues, ante falta de salud, psíquica, transitoria, o permanente, que impide al sujeto definir el carácter antijurídico de su conducta o inhibir sus impulsos delictivos.

Por lo que hace a la pericia, indispensable, cabe subrayar que bien poco se consigue si la ley está impecablemente hecha, pero quienes tienen que aplicarla carecen de los conocimientos especializados. Si los médicos no tienen especialización médico-forense y psiquiátrica, igualmente imprecisos y vagos - cuando no equivocados- serán sus diagnósticos sobre estados de inconsciencia y sobre trastorno mental transitorio; más por la índole de la preparación médica, estamos convencidos de que mayores dificultades y confusiones surgen cuando los médicos se ven obligados a trabajar con la fórmula estados de inconsciencia, que cuando opinan de lo que el médico normalmente sabe: "trastornos o enfermedades mentales."

Por último el trastornado mental transitorio no ha de estar excluido, por fuerza, de medida asegurativa. El examen casuístico revelará los requerimientos de la defensa social.¹⁴⁸

¹⁴⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1981. Página 27.

¹⁴⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op. cit.*, Página 30.

Trastorno mental permanente. El trastorno mental permanente plantea un problema inmediato, ¿debe considerarse inimputable, penalmente, a quien lo sufre? ¿Debe, por el contrario, declararse su imputabilidad, o al menos no eximirlo, para luego someterlo a especiales medidas asegurativas?. El código vigente se inclinó por esta última solución, menos científica según creemos, y peor todavía, si se tiene en cuenta que no es indispensable declarar inimputable al enajenado para acordar una medida asegurativa que prevenga ulteriores conductas delictivas.

El enajenado delincuente debe quedar sujeto a medidas de seguridad, sin duda (y aún el simplemente peligroso, en temibilidad predelictual; como lo hizo la ley española de vagos y maleantes, de 1933, por ejemplo); pero declararle inimputable, esto es, dueño de capacidad de entender la naturaleza antijurídica de su conducta y de conducirse autónomamente, es un evidente absurdo. Con todo, es preciso reconocer que aquí, como en otros puntos, la solución del legislador se ve forzada por el régimen constitucional prevaleciente.

En efecto, nuestra Constitución sólo conoce delitos, delincuentes y penas; no, en cambio, estados de peligro, individuos peligrosos y medidas de seguridad. De ahí que algunos legisladores y entre ellos el de 1931, hayan preferido entender que el enajenado sí delinque, como condición para luego fijar, como si se tratase de pena, una medida de seguridad.

También en este terreno se ha suscitado el encuentro entre las escuelas: responsabilidad social, propugnan los positivistas; irresponsabilidad penal del que carece de responsabilidad moral, pretenden los clásicos.

Con reservas cabe decir que a pesar de su divergencia científica, como los positivistas y los secuaces de otras escuelas proponen identificar medidas respecto de los locos delincuentes, la oposición reinante en este punto es más bien doctrinal que de carácter práctico.

Es inconveniente e innecesario enumerar las enfermedades mentales en el Código Penal. Lo primero, porque se corre el riesgo de no contemplar entidades relevantes; lo segundo, porque una sola fórmula, suficientemente fundada, puede

amparar todas las hipótesis del caso y con o sin duda, el juez recurrirá siempre a la pericia médico legal; el empleo de nuevos y mejores giros, hemos escrito, no cancelará la necesidad de una pericia que satisfaga con suficiencia, las necesidades del aplicador de la ley, desde luego, ofrece problemas serios la elección de la palabra acertada para designar al trastornado mental permanente. Empero, parece cierto que el jurista debe emplear, para no incidir en confusiones ni afiliarse a sistemas psicológicos o psiquiátricos determinados, una expresión breve y procedente de la lengua popular, más que de la técnica, tal como enajenación, *Sanchis Banús* saludó el empleo de la palabra enajenado en el Código hispano de 1932: esta fórmula está destinada a sembrar concordia entre médicos y juristas, otros autores han preferido hablar, mejor, de alienado mental.

Se ha dicho que el correcto funcionamiento de esta excluyente hace preferible su extensión en forma no limitada al giro biológico: lo hacen ya, por ejemplo, los artículos 88 del Código Penal italiano, y 51, párrafo primero, del Código Penal alemán.¹⁴⁹

c) Desarrollo intelectual retardado

Los sujetos que se encuentran perturbados de sus facultades psíquicas, no podrán ser responsabilizados penalmente ya que esa condición les impide tener la capacidad y la aptitud que exige la imputabilidad, es el caso de aquellos que no hayan alcanzado la madurez en el desarrollo de su intelecto. Esta condición hipotética se halla contenida en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal fracción VII, considerando el legislador que dicho desarrollo retardado debe presentarse en tal magnitud, que impida al sujeto comprender el carácter antijurídico de su conducta.

¹⁴⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op. cit.*, Página 31.

9. Culpabilidad

Valoración negativa de las causas por las cuales el agente se orientó en la formación de su voluntad, por lo cual se hace acreedor a que se le reproche el hecho.

Es la reprochabilidad de la creación de la voluntad.

Es un elemento del delito que comprende el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.¹⁵⁰

En el más amplio sentido, puede definirse la culpabilidad, como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

La imputabilidad suele quedar encerrada, en los tratados alemanes, en el amplio capítulo de la culpabilidad *lato sensu*. Ora estimada como parte o elemento de la culpabilidad, según hace Mezger, o bien como problema previo de capacidad, conforme aparece en la mayoría de los tratadistas germánicos. La imputabilidad figura pues, no en una sección correspondiente al título del hombre criminal, sino como pieza dogmática del concepto del delito.

Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, es preciso resucitar esa noción de imputabilidad que creyeron haber enterrado los positivistas, concebida como presupuesto, como capacidad penal de acción, dijo Binding, tal vez erróneamente. La imputabilidad psicológica es, por tanto, la facultad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente, según la concibe Max Ernesto Mayer.

En suma: la culpabilidad, en el más amplio sentido, comprende la imputabilidad, salvo cuando, como hizo Mayer, se invierten los términos, denominando imputación a la noción amplia, comprensiva de la culpabilidad.¹⁵¹

¹⁵⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1986. Página 565.

a) Dolo

Dolo. Mala fe// maquinación o artificio de que se sirve un contratante para engañar a otro.¹⁵²

El Código Penal Federal en su artículo 9 dice:

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Dolo existe cuando se produce 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.¹⁵³

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso, Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consistencia de hecho y del curso de las relaciones de causalidad existente, entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y la representación del resultado que se quiere o ratifica.

¹⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. Página 234.

¹⁵² DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, Página 159.

¹⁵³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Página 243.

En resumen, el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.¹⁵⁴

El dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser voluntaria la acción, deberá estar calificada por la dañada intención para reputársela dolosa. Obrará, pues, con dañada intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción. Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionadamente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo. De aquí que se le defina como la conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito (Jiménez de Asúa); como la voluntad consciente del sujeto, dirigida a un hecho incriminado como delito (Florián); como conocimiento y querer, de la concreción del tipo (Weltzel); o como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso (Cuello Calón), aunque entendemos con Manzini, que la valoración legal del fin no tiene que ser necesariamente prevista por el agente, pues puede ignorar que sea realmente ilegal ya que el delincuente dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica, de “dañada intención o intención criminal” hablan los comentaristas autorizados del Código Penal. Ceniceros y Garrido cuando se refieren al dolo. Es decir, de *animus necanái*. Como elementos del dolo, unas teorías subrayan como el más importante la voluntad (teorías de la voluntad) y otras el conocimiento que se tenga del hecho querido (teorías de la representación).

Elementos constitutivos del dolo son, en todo caso, la previsión del resultado ilícito o sea de las consecuencias de la acción, y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado. En suma, elementos intelectuales y emocionales. “No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin previsión. La voluntad sin previsión es ciega; la previsión sin voluntad es vana. El Derecho no puede prescindir de ninguna de las dos” (Maggiore).¹⁵⁵

¹⁵⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. cit.*, Página 220.

¹⁵⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I, 10ª. Edición Editorial Porrúa, México, 1974. Página 238.

b) Culpa

Para el sistema causalista, la culpa es la segunda e inferior especie de la culpabilidad.

El concepto de culpa ha sido todavía más debatido que el del dolo, inclusive antaño no faltaron penalistas que como Binding, designaron a la culpa como la hijastra del Derecho Penal, por ser un tema despreciado y desdeñado durante siglos.

La culpa no siempre ha sido aceptada como especie de la culpabilidad, pues se afirma que nadie puede ser penado por una acción no querida por él; y si la distinción fundamental entre el dolo y la culpa, consiste en que en la primera el agente sí quiere la conducta y su resultado, en cambio, en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas. A pesar de este argumento, lo lesivo que pueden resultar las conductas culposas han inclinado a la mayoría de los penalistas a aceptar a la culpa como una especie de la culpabilidad, y por ende punir dichas conductas culposas.

El concepto de culpa admite varias acepciones, pero entendida como especie de la culpabilidad, la podemos definir en un sentido más amplio y general, como la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia, o impericia del agente, causa un efecto dañoso.

De la definición anterior podemos derivar la idea, generalmente admitida, de que el individuo en la esfera social debe conducirse con la debida prudencia y diligencia para evitar daños a terceros, sea a las personas o en sus bienes; ya lo decía Carrara en elegante frase:

El individuo tiene derecho a ser defendido no sólo contra los malvados, sino también contra los Imprudentes.

“El reproche al agente de un evento culposo, radica en la obligación que tiene éste de conducirse con prudencia, previsión, etcétera, a fin de no afectar a sus semejantes. Sin embargo, el fundamento en que se apoya este reproche ha sido considerado de distintas maneras, así Maggiore nos dice:

Rossi colocó esos motivos en el hecho de que el hombre descuida el procurarse, las consecuencias necesarias para que su acción no sea ilegítima; Carmignani, en la sospecha del dolo, Nicolini, en la trasgresión el deber de prever y calcular; Morí, en su carácter excepcional; Carrara, en el daño mediato con el inmediato, con tal que el ciudadano, aun por hechos independientes, sienta disminuida la opinión de su seguridad; Pessina, en no haber previsto el individuo las siniestras consecuencias, que hubiera podido prever, de un hecho voluntario, demostrando así que no ha querido prestarle a su acción la atención que tenía que prestarle; Impallomeni, Alimena y Manzini, en el fin de crear con la pena motivos de diligencia; Ferri, en la personalidad antisocial y en la peligrosidad de los medios, aunque no se dirijan a un fin antijurídico; y Tosti, en la utilidad social.”¹⁵⁶

Al lado de los penalistas italianos mencionados, encontramos a los alemanes, franceses, iberoamericanos, que han venido exponiendo numerosas teorías sobre la naturaleza de la culpa, y de ellas podemos destacar las siguientes:

- a) Teoría del defecto de inteligencia;
- b) Teoría de la previsibilidad y prevenibilidad;
- c) Teoría del vicio de la voluntad;
- d) Teoría de la voluntad indirecta;
- e) Teoría integral;
- f) Teoría de la falta de atención;
- g) Teoría de la referencia anímica;
- h) Teoría del error; etcétera.

¹⁵⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001. Página 55.

Pasamos a exponer los puntos básicos de las teorías que han tenido más aceptación:

a) La teoría de la previsibilidad está expuesta en la obra de Carrara. Para el ilustre maestro de la Universidad de Pisa, la culpa se conforma:

Cuando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó esa consecuencia, sino que sólo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida era previsible, hay culpa; si tampoco era previsible por el agente, se tiene el caso fortuito.

Para Carrara la noción de la culpa se da en la voluntariedad y previsibilidad del actuar criminoso del agente, quien debía conducirse con diligencia, pero al omitir ésta da lugar a la consecuencia culpable de su proceder. Esta omisión voluntaria, para Carrara, constituye un vicio del intelecto, por no prever el agente los alcances de su hecho, vicio que debemos buscar en la voluntad, pues el sujeto está obligado a emplear la reflexión y evitar las consecuencias dañosas de su proceder. Este vicio, lo es en razón de su negligencia en la expresión de la voluntad. Concluye el ilustre clásico, que la esencia de la culpa reside en la previsibilidad, y de no darse ésta sería precisamente por el vicio de la voluntad, que da lugar a la culpa.¹⁵⁷

10. Inculpabilidad

De acuerdo al esquema de los elementos positivos y los aspectos negativos del delito ideado por Sauer, corresponde ahora estudiar las causas de inculpabilidad, o sea aquella causa que impide integrar la culpabilidad.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, Página 56.

Es indudable que las causas de inculpabilidad tienen que dirigirse a la no configuración, sea del dolo, la culpa o la preterintención, porque no se reúnan los elementos que para cada una de esas especies se requieren.

En el sistema casualista, como ya hemos visto, en torno a la culpabilidad encontramos las teorías psicologista y normativista, y según sea la posición que adopte cada penalista respecto a estas teorías serán las causas que admita como posibles para impedir que nazca la culpabilidad.

En general se aceptan como causas genéricas que excluyen la culpabilidad el error, y la no exigibilidad de otra conducta.

Anticipamos que para la teoría psicologista sólo sería posible admitir el error; en cambio, la normativista acepta el error e incluye la no exigibilidad de otra conducta, como veremos más adelante con mayor detalle.

Algunos autores distinguen entre el error y la ignorancia, situaciones diversas, pues en la primera el sujeto tiene una concepción equivocada, supone una realidad que no concuerda con ésta; en la ignorancia, existe el desconocimiento total, el sujeto ni siquiera concibe una idea falsa respecto del objeto, cosa o situación.

Sin embargo, en general se acepta que para los efectos del Derecho, el error y la ignorancia, son conceptos que se identifican.

Los dos conceptos se reúnen, pues, en uno sólo y los códigos suelen hacer uso de la expresión error, si bien el derogado código italiano prefirió decir ignorancia en su artículo 44, acaso más en lo cierto ya que con este concepto general abarca también el del error.

El error, concepción equivocada de la realidad, se clasifica en error de hecho y error de derecho.

El sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto en virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, en cambio, rechaza el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el Derecho ampara su actuar no releva de responsabilidad.

El principio, hasta hace poco universalmente admitido por los causalistas, de que la ignorancia de la ley a nadie excusa de su cumplimiento, los lleva a concluir que el llamado error de derecho es irrelevante, es decir, un sujeto creyendo que una conducta es lícita, o ignorando que es punible, la ejecuta, su actuar, desde luego, de acuerdo al principio ya señalado resultaría culpable porque su error no destruiría el dolo o la culpa. Así el Código Penal Federal en su artículo noveno, antes de su reforma, prescribía que la intención delictuosa no se destruiría, aun cuando el sujeto llegase a probar que creía que era legítimo el fin que se propuso, consagrando así la culpabilidad del llamado error de derecho.

También se habla, al tratar el tema del error de Derecho, de los llamados estados putativos que se presentan cuando el sujeto cree realizar una conducta lícita que en realidad no existe, y produce un resultado típico; evidentemente un error esencial e invencible no debe producir ninguna consecuencia de carácter penal.¹⁵⁸

a) Error invencible

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. A su vez el error esencial se clasifica en error esencial invencible y error esencial vencible.

El error de hecho accidental, por su parte, se clasifica en error en el golpe (*aberratio ictus*) y error en la persona (*aberratio in persona*).

El error esencial de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía superar, su equívoco puede recaer sobre elementos del delito, sobre

¹⁵⁸ Op. cit., Página 67.

circunstancias agravantes de penalidad, y en ese caso se presenta el error como causa de inculpabilidad. A título de ejemplo podemos citar a quien en un coto de caza, y donde se la ha asegurado no circula ninguna persona, en la espesura dispara contra lo que cree es una pieza cinegética, y resulta ser un intruso al que ha confundido con un animal. Así pues, el error debe caer sobre el aspecto cognoscitivo del sujeto, y debe darse sobre los elementos fácticos del delito.

Dentro del estudio del error de hecho esencial invencible se habla de los estados o eximentes putativas, que ya apuntábamos.

“Las eximentes putativas las define Fernando Castellanos Tena, diciendo que son las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo.”¹⁵⁹

“Algunos autores designan a las eximentes putativas como ‘justificantes putativas’, ya que los supuestos de causas de justificación a su vez pueden presentarse como causas ‘putativas’, si el sujeto cree fundadamente encontrarse obrando lícitamente y en realidad no es así. Jiménez de Asúa critica la denominación de ‘justificantes putativas’ porque la conducta del agente en realidad no está justificada, es decir, resulta que es antijurídica, pero no culpable en razón del error esencial que da lugar a una ‘eximente’ pero no a una ‘justificante’.”¹⁶⁰

Se aceptan generalmente como eximentes putativas las siguientes:

- a) La defensa putativa;
- b) El estado de necesidad putativo;
- c) El ejercicio de un derecho putativo;
- d) El cumplimiento de un deber putativo.

¹⁵⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001. Página 68.

¹⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1976. Página 304.

En todos los casos mencionados, la nota común, es que se apoyan en un error de hecho esencial e invencible.

La corriente psicologista de la culpabilidad, al limitarse al nexo psicológico del agente con su resultado, considera que el error, la equivocación del agente en forma esencial, insuperable, afecta de raíz esa relación psicológica presentándose el error como causa de inculpabilidad.

En cambio, el error de hecho esencial vencible, es aquél en que la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equívoco que se formó. Este tipo de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa. El ejemplo mencionado del cazador nos puede servir para ilustrar este tipo de error, en efecto, el cazador se dirige a cazar una pieza, pero no toma precauciones, o no se asegura de que al disparar vaya a lesionar o matar a otra persona, y al hacerlo, si bien creyendo que dispara sobre un animal, lo hace sobre una persona, ha obrado bajo el error, pero éste era vencible, pues la prudencia, una medida normal de precaución, debió evitar ese resultado.

Por otra parte, el error de hecho accidental se presenta cuando el sujeto se equivoca, pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas, etcétera, que son accidentales. En estos casos de error, la conducta es culpable, a título de dolo, ya que su error se refiere a accidentes de la conducta típica. Los casos de error de hecho accidental se agrupan en error en el golpe y error en la persona.

El error de hecho accidental en el golpe, radica en que el sujeto se propone un resultado delictivo en contra de un bien jurídico tutelado, pero su acción, por su error, daña precisamente el bien jurídico tutelado que quería, si bien en una persona o cosa distinta. Tal conducta es punible totalmente, pues es irrelevante que quiera dañar a una persona y dañe a otra si resulta dañado el bien jurídico tutelado. Así por ejemplo, un sujeto dispara su arma de fuego para matar a Pedro, pero por su mala puntería a quien priva de la vida es a Juan, va a resultar

indiferente que alegue que no quería matar a Juan sí tenía el propósito de privar de la vida, y la destrucción del bien jurídico tutelado por el Derecho se dio.

El error de hecho accidental en la persona, es semejante al anterior; el sujeto activo pretende privar de la vida a Pedro, dispara sobre éste, creyendo haberlo privado de la vida, pero por su equivocación ha disparado sobre Juan creyendo que era Pedro. Su conducta resulta punible a título de dolo, porque es evidente que se propuso dañar un bien jurídico tutelado y lo logró, siendo indiferente que haya sido Juan y no Pedro como se lo había propuesto.¹⁶¹

b) No exigibilidad de otra conducta

Como causa de inculpabilidad se plantea en el sistema casualista únicamente para quienes aceptan la teoría normativa de la culpabilidad, pues esta causa de inculpabilidad se apoya en la imposibilidad de "reprochar" al sujeto su conducta.

El psicologismo no puede aceptar la no exigibilidad de otra conducta, porque tal situación no está referida al proceso psicológico, sino a una valoración, al reproche que se realiza de ese proceso, situación que cae fuera de esa relación psicológica.

El fundamento de la inexigibilidad lo encontramos en que el Derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas, alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.

"El maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a este tema indica que la culpabilidad normativa se distingue por exigir una conducta conforme a Derecho, por lo que, en todas las causas de inculpabilidad está ínsito que no puede exigirse esa conducta adecuada, sea por error esencial e invencible o por no exigibilidad

¹⁶¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Op. cit.*, Página 70.

de otra conducta en estricto sentido. A juicio del maestro español son causas de inexigibilidad las siguientes:

- a) Violencia moral y miedo;
- b) Exceso en los eximentes;
- c) Estado de necesidad en qué colisionan bienes iguales;
- d) Abono sentimental y económico;
- e) Encubrimiento de próximos parientes, de seres queridos;
- f) Inexigibilidad en otros casos (falso testimonio, omisión de socorro, etcétera).¹⁶²

Agrega este tratadista que pueden darse casos de no-exigibilidad de otra conducta, como causas supraleales.

Abordar cada una de las causas de inculpabilidad por no-exigibilidad de otra conducta, excede a los límites de este trabajo, y por ahora nos limitamos a señalarlos y expresar que son temas muy interesantes y debatidos.

11. Condiciones objetivas de punibilidad

Podemos mencionar que el Código Penal Federal vigente acepta los casos de error de hecho esencial e invencible, así como la no exigibilidad de otra conducta.

De entrada el maestro Jiménez de Asúa, niega que la condicionalidad objetiva constituya una característica del delito, si bien, aparece en su clasificación heptatómica de los elementos del delito. La mayoría de los penalistas concuerdan que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan a considerar que por su falta de generalidad no son esenciales a la estructura del delito.

¹⁶² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Op. cit.*, Página 71.

Ahora bien, para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo e independientes de la acción delictiva.¹⁶³

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellos el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se cuentan, en el Código Penal Español, la sentencia condenatoria en el delito de testimonio en contra del reo; la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra.

Por su parte Zaffaroni niega terminantemente existencia y valor a las condiciones objetivas de punibilidad, ya que ellas son a su juicio el último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva, pues al referirse a cuestiones objetivas que van a incidir en la pena, evidentemente rompen con el principio de que “no hay pena sin culpa”, sí este autor escribe:

La ubicación de estas supuestas condiciones objetivas de punibilidad es un problema dudoso, pues mientras unos pretenden que forman parte del tipo pero que no son alcanzados por el dolo ni por la culpa, es decir, por ningún conocimiento, pero los dejan navegando en una zona neutra, fuera del tipo y del delito, siendo esta última la tesis que prevalece actualmente. Lo cierto es que cualquiera que fuese la posición que se le asigne, como se conviene en que no necesitan ser abarcados por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad representan una severa restricción al principio de culpabilidad, en la forma en que implica que todo evento del que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o por la culpa.

¹⁶³ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001. Página 72.

Convenimos con este pensador argentino en que generalmente las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, se refieren a condiciones de procedibilidad (la querrela de la parte ofendida en los delitos que se persiguen a instancia de parte), o bien, a cuestiones prejudiciales, (la declaración previa de quiebra, en el delito de quiebra); la declaración previa de perjuicio (en los delitos fiscales).¹⁶⁴

12. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad

Para quienes aceptan estas condiciones objetivas de punibilidad, sea como requisito de procedibilidad, o cuestiones prejudiciales, la falta de las mismas impiden que pueda procederse contra el agente, aun cuando los elementos del delito estén plenamente configurados. Esto último nos reafirma la idea de negar su existencia en la teoría del delito, pues el ilícito se da con independencia de tales condiciones objetivas, que son referibles a aspectos procesales, no de derecho sustantivo penal.¹⁶⁵

El aspecto negativo es la ausencia de la condicionalidad objetiva de punibilidad, consistente en la carencia de la exigencia hecha por la ley para el cabal perfeccionamiento del aspecto persecutorio.

Este aspecto negativo se manifiesta cuando se da la exigencia de la condición objetiva de punibilidad y ésta no ha sido ejecutada o no cumple con las formalidades legales. Pensemos en el caso de la querrela interpuesta conforme a la ley, pero que carece de la debida ratificación a través de la impregnación de la rúbrica o de la huella digital del querellante.

13. Punibilidad

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

¹⁶⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Op. cit.*, Página 73.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, Página 74.

Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a una pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción; también se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, punibilidad es a) merecimiento de penas; b) amenaza estatal de imposiciones de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.¹⁶⁶

Si algo teme el ciudadano es al poder punitivo del Estado, cuando al ejecutar conductas típicas, que por su gravedad, el legislador les ha señalado consecuencias de carácter punitivo.

El Código Penal Federal, al definir el delito en su artículo séptimo, señala que es la acción u omisión que sancionan las leyes penales, y este concepto es clara demostración del carácter punitivo de las leyes penales, las que intimidan al ciudadano.

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

La punibilidad, es pues, la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando; de esta manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma, se le deberá imponer la pena prevista en la ley.

En torno a la punibilidad se ha discutido si es uno de los elementos esenciales del delito, o bien, si es una consecuencia del mismo.

Entre los destacados penalistas que en nuestro país se afilian a la consideración de que la punibilidad es un elemento del delito, destaca Francisco Pavón Vasconcelos, quien argumenta que la punibilidad es un elemento del delito.

¹⁶⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1971. Página 245.

"Otros penalistas mexicanos, Villalobos, Castellanos Tena, se inclinan por considerar a la punibilidad una consecuencia del delito, no un elemento del mismo. El primero expone que una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren ese carácter porque se les sancione penalmente."¹⁶⁷

Castellanos Tena, por su parte argumenta que el propio código penal nos da la respuesta, no como lo entiende Pavón Vasconcelos, pues por ejemplo opera la excusa absolutoria para el robo entre ascendientes y descendientes, pero si un tercero interviene en la comisión del ilícito, éste sí es sancionable; de ahí deduce que si fuera la punibilidad un elemento, tendrá que ser la excusa una causa que la anulara para ambos, o el delito será para ambos, por ende, es sólo consecuencia.

Algunos autores opinan que debe distinguirse entre la punibilidad en sentido abstracto como la sanción prevista en el tipo y como una situación concreta, individualizada a un hecho delictivo que se ha cometido.

En síntesis escribe este autor que hay dos sentidos de la palabra punibilidad (merecimiento de penalidad y posibilidades de aplicar la penalidad merecida). La pregunta sobre el merecimiento de penalidad queda respondida con la afirmación de que hay un delito; la pregunta sobre si esa penalidad puede operar, debe resolverse dentro de la teoría de la coerción penal, que es a la que corresponde tratar su propia operatividad; siguiendo el hilo de la argumentación del tratadista argentino podríamos agregar que la aparición de una causa que excluye la penalidad, las excusas absolutorias, estas causas que atienden el carácter personal del agente, que pueden ser anteriores (como la relación de parentesco en el caso de robo entre ascendientes y descendientes), o concomitantes (como el caso del aborto por imprudencia de la mujer), pero que advienen con posterioridad al hecho, dejando intacta a la punibilidad como

¹⁶⁷ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001 Página 74.

merecimiento de penalidad, pero al operar tales causas impiden la punibilidad “como posibilidad de aplicar la penalidad merecida.”

La corriente mayoritaria niega a la punibilidad carácter de elemento del delito y sostiene que el delito se integra una vez que está en presencia de una conducta, típica, antijurídica y culpable, y la punibilidad, sea en sentido abstracto, o con mayor razón en sentido concreto, es una consecuencia del delito.

El concepto de “merecimiento de pena” que manejan autores como Zaffaroni es, desde un punto de vista político-criminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente, un componente de justicia y otro puramente unitario. Este concepto entraña la problemática de la naturaleza y fundamentación de la pena, tema por demás debatido.

Parece ser, como se apunta, que la pena debe apoyarse en una doble vertiente: en los principios de justicia y de utilidad.

Los principios de justicia deben vincularse a los bienes jurídicos tutelados desde la Constitución, para salvaguardar los derechos fundamentales del individuo y la sociedad, consagrados en la libertad, la integridad corporal, el patrimonio, etcétera, que a su vez se deben regir por los principios de dañosidad social, (sólo punir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de la más alta jerarquía); del principio de subsidiaridad (únicamente acudir a sanciones penales cuando los otros mecanismos del derecho sean insuficientes); del principio de proporcionalidad y adecuación a la culpabilidad); del principio *in dubio pro libertat* y (en caso de duda optar por la despenalización o la descriminalización); del principio de tolerancia y de respeto de dignidad humana (no invadir esferas íntimas o morales del individuo); del principio exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*); el criterio de utilidad debe tomarse en cuenta, por la implicación retroactiva sólo en beneficio (plena vigencia del principio *in dubio pro reo*).

Una concepción del merecimiento de pena puede ser inútil, aunque sea justa cuando, por ejemplo, puede tener más consecuencias negativas que positivas. Sólo quien pretende valorar la corrección de las decisiones político criminales, desde un punto de vista puramente normativo y sin considerar las consecuencias políticas, puede rechazar este criterio de la utilidad, lo que desde luego sería desde el punto de vista político criminal. Al respecto, y según nuestro muy particular punto de vista, en este tema, por ejemplo, punir al aborto provocado puede resultar justo pero no útil, pues es bien sabido que esta figura delictiva amén de que prácticamente no se aplica (a pesar de tener este delito uno de los más altos índices de cifra negra de la criminalidad), crea incontables efectos negativos, como la muerte, lesiones, etcétera, a las mujeres que por sí, o en manos inexpertas, se provocan abortos.

Por otra parte desde la antigüedad se ha planteado el problema del fin que debe perseguir la pena. Tal vez en forma arbitraria podemos agrupar a los muy diversos pensadores sobre este tópico, en dos grandes teorías:

“Las teorías absolutistas, en donde la pena cumple únicamente un propósito de castigo, son las represivas; por decirlo de otra manera, se agota la pena en sí misma. Destaca en este terreno el pensamiento de Kant, famoso por su rigidez.”¹⁶⁸

Otros pensadores de corte absolutista atemperan tan drástico punto de vista, pero conceden primordial importancia al aspecto represivo.

Las teorías relativas, que son las que dominan actualmente en el campo de la doctrina, se caracterizan por otorgar a la pena fines preventivos, sea de carácter general, como la amenaza de la misma pena (punibilidad en abstracto), sea de carácter particular, cuando se refiere a su índole rehabilitadora o readaptadora (punibilidad en concreto).

¹⁶⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Op. cit.*, Página 78.

Las teorías relativas encuentran su expresión desde el antiguo pensamiento de Platón, cuando señala que ninguna persona responsable castiga por el pecado (delito) cometido, sino para evitar que se cometan en lo futuro.¹⁶⁹

“El requisito de la amenaza penal como elemento constitutivo del concepto de delito, ha sido criticado por decirse que está contenido en el tipo de acción punible, antijurídica y culpable (Beling); o bien porque, si la pena es consecuencia del delito, no puede constituir elemento integrante de él, pues todo lo que se hace es dar al delito un sello externo y distintivo de las demás acciones.”¹⁷⁰

Debe reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la Ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. De donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica del delito. Puede decirse que en todos los casos la ley exige para que exista punibilidad de la acción un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos, pero en ocasiones también fija otras condiciones objetivas; así las tenemos en el caso de delincuentes que hayan cometido infracción en el extranjero y que deban ser sancionados en la República, para lo cual es requisito que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República (artículo 4 fracción tercera Código Penal). En ocasiones también la punibilidad está cualificada por el resultado mismo, más o menos grave, no causado por el infractor; y así tenemos cierta sanción para el que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de él o de algún vicio, si el delito no se ejecutare, pues en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito contenido (artículo 209 Código Penal). Todas estas son condiciones objetivas de punibilidad de la acción, ajenas a la acción misma en su aspecto causal físico y pueden ser consideradas como anexos del tipo (Mezger), como

¹⁶⁹ *Op. cit.*, Página 79.

¹⁷⁰ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Op. cit.*, Página 219.

condicionantes de la penalidad o como condicionantes de la procedibilidad de la acción penal.

En ciertos delitos, los llamados privados, es condición de procedibilidad de la acción penal, que prácticamente entraña condición de punibilidad, la querella del ofendido o de sus representantes legales. El Código de Procedimientos Penales, dispone que cuando el ofendido sea menor de edad, puede querellarse por sí mismo, y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querella si no hay oposición del ofendido (artículo 114); y el Código de Justicia Militar dice que el querellante que se haya desistido no podrá en ningún caso renovar su querella sobre el mismo hecho delictuoso a que la anterior se refería (artículo 440); que se nutre se funda prácticamente la excepción a la persecución de oficio en los graves daños, apreciables por el ofendido mejor que por nadie más, que se causarían sobre determinados bienes (verbigracia adulterio), o en la escasa cuantía de los intereses lesionados y el escaso aprecio que de ellos puede hacer el propio ofendido (verbigracia injurias); desde un punto de vista jurídico cabe establecer que en ciertos delitos, su condición de punibilidad radica en el agravio o injuria que la acción causa; y la ausencia de querella del ofendido es prueba de tácito consentimiento del agravio o la injuria, cualesquiera que sean los motivos prácticos en que ese consentimiento se funde, lo que jurídicamente debe producir la consecuencia de impunidad.

En nuestro derecho se señala la condición de la querella previa del ofendido, para que pueda haber ejercicio de la acción penal, a los delitos que generalmente son considerados como privados: estupro, adulterio, daño en propiedad ajena por imprudencia y valorado en menos de \$10,000.00 y que no haya causado lesiones ("cuando por imprudencia artículo 62 Código Penal, Párrafo segundo y con motivo del tránsito de vehículos se causen lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290 de este Código o daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su valor, o ambos, sólo se procederá a petición de parte, siempre que el presunto responsable no se hubiere encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan

efectos similares"); peligro de contagio venéreo, difamación, calumnia, adulterio y golpes simples; pero además de estos delitos ha reconocido idéntica condición de procedibilidad de la acción nuestro derecho al abuso de confianza, innovando de este modo en la materia con relación a nuestras anteriores legislaciones penales (artículo 62, 199 bis, 263, 274, 360, 361, 377, 378, 385 y 390 Código Penal).¹⁷¹

Mención somera merecen los llamados delitos putativos o imaginarios, en los que el agente realiza una acción que cree delictuosa no siéndolo en realidad, o cuando la acción es idónea para producir el resultado previsto, no estando considerada por la ley como delictuosa (verbigracia apoderarse de cosa propia creyéndola ajena, el empleo de exorcismos para producir la muerte de alguien). Si la acción no es punible, no podrá integrar delito; sólo lo integrará cuando quepa en la amplia fórmula adoptada en nuestro Derecho para la tentativa que incluye el delito imposible.¹⁷²

14. Excusas absolutorias

"Las excusas absolutorias llamadas así en España, se reconocen por los escritores alemanes, aunque no les den este nombre y varíe su repertorio; Franz Von Liszt, las denomina causas personales que liberan de la pena (*persanliche Stroffreiheitsgründe*), Wachenfeld, M. E. Mayer y Kohler las nombran, de consumo, causas personales que excluyen la pena (*persónliche Straffausschließungsgründe*). Figuran entre estas causas con referencia al Código Penal alemán, dos, entre otras, que coinciden con la que existen en otros Códigos: exención de pena para el encubridor de próximos parientes (artículo 557, párrafo segundo), e impunidad del robo o de la estafa cometidos por parientes en línea recta ascendente o entre esposos (artículo 247, párrafo segundo)."¹⁷³

¹⁷¹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Op. cit.*, Página 220.

¹⁷² *Op. cit.*, Página 221.

¹⁷³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. Página 289.

Los franceses tratan también de estas causas de impunidad, denominadas excusas absolutorias por *Vidal, Degois* y muchos otros. Precisamente de la técnica francesa se tomó en España, el título de excusas absolutorias. Varias de las que citan los autores, en orden al Código francés, se hallan también en muchos Códigos iberoamericanos. Así, las exenciones en favor de los sediciosos o rebeldes que se retiran al primer aviso de la autoridad y en pro de los encubridores de parientes próximos.¹⁷⁴

Las excusas absolutorias son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

En el caso de las excusas absolutorias opera el criterio de utilidad mencionado en el punto anterior, pues dichas causas revelan que el legislador prefirió aplicar medidas de política criminal, a pesar de que el principio de justicia reclamara la imposición de una pena.

Pavón Vasconcelos, después de analizar con cuidado varios supuestos de "excusas absolutorias" en la legislación penal federal, descarta la mayoría de ellas (encubrimiento entre parientes, o ligados por el afecto o amistad; favorecimiento a la evasión por parientes; el aborto en el caso de embarazo con motivo de una violación).

Agrupar las excusas absolutorias de la siguiente manera:

En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente; artículo 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 robo cuyo valor no exceda de veinticinco pesos.

En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor; artículo 333, primera parte (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada).

¹⁷⁴ *Ibidem*.

En razón de la conservación de las relaciones familiares: artículos 377, 385, 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra sus descendientes o por éstos contra aquellos).

Cabe aclarar que por reformas que ha sufrido el Código Penal Federal, el artículo 139 que menciona el penalista Pavón Vasconcelos, es actualmente el 138; que en el caso del artículo 375, actualmente se refiere a que el monto del valor de lo robado no exceda de diez veces el salario mínimo, en lugar de veinticinco pesos; por lo que hace a la excusa absoluta de robo, abuso de confianza y fraude, cometidos por ascendiente contra sus descendientes, o por éstos contra aquellos, tales disposiciones ya fueron derogadas, y ahora, en el caso de cometerse ilícitos por las personas mencionadas se requiere de la querrela de la parte ofendida, ya que no se persiguen de oficio.¹⁷⁵

B) Análisis Dogmático del delito que cometen Abogados Patronos y Litigantes contenido en el Artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal vigente

1. Conducta y Ausencia de conducta

Recordemos que la conducta es el comportamiento voluntario (acción u omisión) dirigido a la producción de un resultado material, por lo que en el delito que cometen abogados, patronos y litigantes señalado en el artículo 232 fracción III del Código Federal Penal a la letra dice:

Artículo 232 “Además de las penas mencionadas, se impondrán de tres meses a tres años de prisión...”

¹⁷⁵ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Op. cit.*, Página 80.

Fracción III.- Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que se menciona en el artículo 20 de la Constitución, sin promover mas pruebas ni dirigirlo en su defensa...”

Del contenido del tipo penal, se desprende que el delito es de omisión ya que la expresión: “..sin promover más pruebas...”, entraña una conducta de omisión, de igual manera la expresión “.. ni dirigirlo en su defensa...”, implica, también una conducta de omisión.

En relación con la conducta se manifiesta en el momento en que el sujeto activo, no aporta pruebas para la defensa y deja de dirigir la defensa del sujeto pasivo.

Tanto en la forma de no aportar pruebas como en la forma de no dirigirlo en su defensa, el sujeto activo manifiesta una voluntad, omisiva referida a un motivo determinado, que en este caso sería precisamente el de no promover pruebas y no dirigir la defensa; independientemente del resultado.

Así, partiendo de la base que el delito que nos ocupa, es un delito de omisión y tomando en cuenta que la omisión, consta de tres elementos: manifestación de voluntad, resultado y nexa causal; debemos analizar primeramente dichos elementos, para poder comprender mejor como es que se concreta la conducta en el delito.

La manifestación de voluntad en este caso se presenta en el momento en que el sujeto activo acepta el cargo de defensor y no hace nada por la defensa del sujeto pasivo.

Cabe aclarar que independientemente del resultado que se produzca, el no aportar pruebas y no dirigir la defensa del sujeto pasivo existirá un resultado formal, lesionando el bien jurídico consistente en la seguridad jurídica.

Pero, además, para que se integre perfectamente la conducta, debe existir el tercer elemento de la acción, el nexo causal.

Asimismo, para que el dejar de aportar pruebas y no dirigir su defensa pueda ser incriminado es necesario que exista un nexo causal entre la forma en que dejó de actuar, debiéndose establecer la concatenación causal de la manera en que dejó de aportar pruebas y dirigir su defensa para poder llegar al concepto de imputación, ya que antes de proceder a imputar una conducta a un sujeto determinado, se necesita haber establecido la relación causal entre los hechos y el resultado.

Pero surge la interrogante: ¿cómo se establece esta concatenación causal en el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal vigente?

Con relación al no aportar pruebas se debe comprobar el hecho de que el agente no haya proporcionado los medios necesarios para la defensa, deberá existir relación entre dichos medios proporcionados, es decir, determinar en qué forma ha influido la conducta del sujeto activo para que el pasivo sea afectado en su defensa, además, de que será necesario establecer que el sujeto activo actuaba con el fin de que se produjera un daño en perjuicio del sujeto pasivo.

Con relación a la omisión, señalaremos que se trata de una simple omisión ya que en la omisión, en general, es preciso que la norma penal ordene al omitente que ejecute determinada acción; en el delito que nos ocupa basta la abstención de obrar para la producción del resultado delictivo.

En cuanto a la posible presencia de algún aspecto negativo de este elemento, tenemos que se pueden descartar todas ellas, con las reservas del caso respecto de la ejecución de la conducta omisiva a través de una vis absoluta.

2. Tipicidad y Atipicidad

El delito que cometen abogados patronos y litigantes, se encuentra descrito en el tipo penal contenido en el artículo 232, fracción III, del Código Penal Federal vigente, que a la letra señala:

Artículo 232.- “Además de las penas mencionadas, se impondrá de tres meses a tres años de prisión...”

Fracción III.- Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y solicitar la libertad caucional que se menciona en la fracción I del artículo 20 constitucional, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa...”

Como nos podemos dar cuenta, este delito cuenta con el elemento de descripción objetiva, ya que describe perfectamente la conducta que deberá realizar el sujeto activo, consistiendo dicha conducta en no promover pruebas y no dirigir su defensa, integrándose la conducta en el momento en que no promueve pruebas ni dirige su defensa, son directas y afectan de cualquier forma al sujeto pasivo (reo), independientemente del resultado que se produzca.

En este delito no existen los elementos normativos y subjetivos, ya que el legislador es claro al señalar una descripción adecuada, la cual, por su claridad intrínseca, no admite un ejercicio de interpretación más profundo.

Asimismo, en relación con los sujetos que intervienen en este tipo legal (activo y pasivo), el legislador no hace referencia a calidades específicas, debiendo actuar como sujeto activo el defensor y como pasivo el reo, que debe entenderse a su vez también como el sujeto pasivo de la relación procesal.

El bien jurídico que se protege es la seguridad jurídica del sujeto pasivo.

De acuerdo a la clasificación de los tipos que realiza el maestro Fernando Castellanos Tena, el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal, vigente se puede clasificar de la siguiente forma: es un tipo normal ya que la descripción que realiza el legislador del tipo legal se refiere a situaciones objetivas; es también un tipo fundamental, ya que tiene vida por sí mismo.

Es autónomo, ya que el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal vigente, no depende de otro tipo penal para su existencia.

Este tipo penal también es de formulación casuística en virtud de que el legislador manifiesta que se puede realizar por medio de dos conductas ilícitas: ya sea el no promover pruebas, y no dirigirlo en su defensa ya que se protege un bien jurídico.

Así bien, entendiendo la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo penal, en este delito deberá observarse el caso concreto para determinar si la conducta ilícita encuadra exactamente en lo señalado por el tipo penal a que nos hemos referido.

Las causas de atipicidad en el caso el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal vigente, podrían ser:

- Por faltar el objeto jurídico;
- Por faltar el nexo causal entre la conducta y el resultado;
- Por ausencia en los medios efectivos en el no aportar pruebas y no dirigirlo en su defensa;
- Por falta de alguna de las calidades específicas exigidas por el tipo.

3. Antijuridicidad y Causas de justificación

Como hemos señalado en páginas anteriores, la antijuridicidad es la violación de los bienes protegidos en el tipo penal respectivo, así bien, en el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal vigente, el bien jurídico que se protege es la seguridad jurídica del sujeto pasivo, por lo que la conducta de quien lo defiende será antijurídica, en el momento en que se obtiene como resultado sentencia desfavorable para el sujeto pasivo, sin que exista ninguna causa que justifique dicha conducta.

Pero esta conducta debe encuadrarse en lo señalado por el tipo penal que señala el artículo 232, fracción III, del Código Penal Federal vigente, es decir, debe existir por parte del sujeto activo la conducta específica de abandonar la defensa del sujeto pasivo con el fin de que éste tenga una sentencia desfavorable.

La antijuridicidad en este tipo penal se constituye al estar reglamentado el mismo tipo en la Ley, es decir, al describirse la conducta en el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal vigente, con este precepto se está protegiendo el bien jurídico consistente en la seguridad jurídica, sancionándose a quien atente en contra de ella por omisión, por lo que será antijurídica la conducta de quien abandone la defensa de un reo ya sea abogado patrono o litigante, habiéndola aceptado, violando así el bien jurídico protegido.

Pero existen casos en los que a pesar de que la conducta se adecue al tipo penal referido, la antijuridicidad se excluye por la existencia de alguna de las causas de justificación señaladas en la ley, ya que cuando la conducta realizada se encuentra permitida por el Derecho, tal conducta no puede ser antijurídica, ya que no viola ninguna norma penal, operando el amparo por medio de alguna de las causas de justificación.

Con relación a las causas de licitud o de justificación, constituyen el aspecto negativo del delito, o de lo que la antijuridicidad se refiere.

Por lo que respecta al estado de necesidad, la defensa legítima, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho no operan en este delito.

En este delito podría el consentimiento del ofendido, ser una causa de justificación siempre que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

4. Imputabilidad e Inimputabilidad

En el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal, la imputabilidad se refiere únicamente a la conducta delictiva que realiza el sujeto activo; por lo que se considerará imputable aquel sujeto que reúna las condiciones psíquicas de madurez y salud mental para comprender la ilicitud de su conducta.

Así bien, para que se pueda comprobar la imputabilidad de un sujeto en el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal, no basta que se reúnan las condiciones antes señaladas, sino además, es necesario que el sujeto se encuentre consciente y cuente con la capacidad de entender que la conducta de no aportar pruebas ni dirigirlo en su defensa, con el fin de que tenga una condena desfavorable, es una conducta considerada antijurídica por violar el bien jurídico tutelado, que es la seguridad jurídica.

El sujeto para ser considerado imputable en este delito necesita comprender mentalmente que el no aportar pruebas ni dirigirlo en su defensa, es contrario a las normas penales; en este caso el sujeto activo por ser un

profesional del derecho, sabe que el no actuar traerá consecuencias para el sujeto pasivo, además, de que debe existir el elemento volitivo, es decir, querer que el sujeto pasivo sea perjudicado por su no actuar, y sólo así el Estado podrá exigir que responda por su conducta en virtud de que es una persona capaz de entender y comprender el significado de su conducta y aun así la ha realizado.

Aclaremos que un sujeto puede tener el desarrollo mental e intelectual apropiado de una persona considerada normal y nunca cometer un delito, su conducta podrá ser lícita y no adecuarse a ningún tipo penal; por lo que a pesar de que reúna las características psíquicas y de salud mental, faltaría que alguna de las conductas que realice, sea considerada antijurídica, es decir, contraria a las normas penales establecidas en la Ley; por lo que obviamente no podrá considerársele un sujeto imputable, ya que como hemos mencionado para que un sujeto sea imputable es necesario que tenga las condiciones mentales suficientes y además que su conducta sea considerada contraria a la Ley.

Un sujeto que ha sido considerado imputable ante el derecho penal, por haber reunido las características señaladas, tiene la obligación de responder de sus actos; en el delito que cometen abogados, patronos y litigantes señalado en el artículo 232, fracción III, del Código Penal Federal, deberá responder ante el Estado y ante la sociedad de su conducta, ya que ha obrado culpablemente por no haber aportado pruebas ni dirigirlo en su defensa, para obtener un resultado favorable.

Pero existen circunstancias en que un sujeto es considerado inimputable, con lo cual la conducta delictiva se excluye y se nulifica el delito, estas causas pueden ser minoría de edad, trastorno mental (permanente o transitorio) y desarrollo intelectual retardado.

Así, por ejemplo, en el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal, sufre de algún trastorno mental y se comprueba que en el momento de realizar esta conducta el sujeto no tenía la capacidad suficiente para comprender su actuar, el

Estado lo declarará inimputable, por lo que no podrá ser responsable de su conducta; pero, entonces, el Estado tendrá la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que dicho sujeto no pueda seguir cometiendo hechos ilícitos.

Las causas de inimputabilidad no pueden excluir el delito que cometen abogados, patronos y litigantes del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal, ya que faltaría la comprensión o entendimiento por parte del sujeto por carecer ya sea de una capacidad jurídica (minoría de edad) o de un desarrollo mental adecuado, pero en este caso no se da porque el sujeto activo comprende y entiende y tiene capacidad de ejercicio independientemente de que la conducta efectuada por el sujeto se adecue al tipo penal referido, sustentado ello también en la calidad específica del sujeto activo.

5. Culpabilidad e Inculpabilidad

La acción que realiza el sujeto activo consistente en no aportar pruebas ni dirigirlo en su defensa, debe contener una relación entre dicha acción y el sujeto pasivo, para que pueda serle reprochada.

El dolo se configura plenamente en este delito, en virtud de que el sujeto activo tiene toda la intención y la voluntad de no aportar pruebas ni dirigir al reo en su defensa, no proporcionando los medios necesarios para la defensa, actúa dolosamente para que sea perjudicado el sujeto pasivo.

Tanto en el supuesto de no aportar pruebas como ni dirigir la defensa el dolo está manifestado, desde el momento en que decide ser omiso de manera consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Dependiendo del caso concreto, el dolo se puede presentar, ya sea como dolo directo, indirecto, indeterminado o eventual; sucediendo que normalmente el

delito que cometen abogados patronos y litigantes artículo 232 fracción III del Código Penal Federal, sería el dolo directo, ya que el resultado corresponde al fin que se había previsto el sujeto activo.

Así bien, la culpa no se presenta en ninguno de los dos supuestos de no aportar pruebas ni dirigir su defensa, ya que el sujeto activo desea plenamente que se produzca el resultado delictivo, existiendo la conciencia de que se está violando un deber y la voluntad de realizar la conducta omisiva al no aportar pruebas ni dirigir su defensa.

Asimismo, el temor fundado o *vis compulsiva* se podría contemplar como una causa de inculpabilidad en el caso de que el abogado patrono o litigante se vea amenazado por un factor externo que lo obliga a realizar dicha conducta ilícita.

Como hemos mencionado, para que exista la culpabilidad es necesario que el abogado patrono o litigante, tenga pleno conocimiento y voluntad de que está realizando una conducta antijurídica, obteniendo un resultado prohibido por la ley.

6. Condiciones objetivas de punibilidad

En relación con las condiciones objetivas de punibilidad, en este delito no operan en virtud de que no existen circunstancias ni ajenas ni externas, independientes de la voluntad del agente, para que el hecho sea punible. El legislador no establece requisito especial alguno para que se integre la punibilidad.

En este caso la ley es clara al señalar la calidad de los sujetos que pueden cometer este ilícito, es decir, especifica claramente que los únicos que pueden cometer este delito son abogados, patronos y litigantes sin hacer referencia a algún tipo de requisito especial para que se configure el delito.

Y al no existir en este delito condiciones objetivas de punibilidad, es lógico pensar que tampoco se presenta su aspecto negativo, ya que no puede estar ausente lo que no existe.

7. Punibilidad y Excusas Absolutorias

En el delito que cometen abogados, patronos y litigantes, del artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal señalado en el artículo que se analiza se presenta la punibilidad cuando la conducta se adecua a lo descrito en el artículo 232 del Código Penal vigente, que en la parte en su estudio, dice:

Artículo 232.- “Además de las penas mencionadas, se impondrán de tres meses a tres años de prisión...”

Fracción III.- Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que se menciona en el artículo 20 de la Constitución, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa se presenta una omisión.

Cuando se hayan demostrado los demás elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad); por lo que al concretarse la conducta de no aportar pruebas ni dirigirlo en su defensa, con el fin de que el sujeto pasivo tenga una condena desfavorable, el sujeto activo se hará acreedor a la pena señalada en el precepto anterior (de tres meses a tres años de prisión).

Debemos diferenciar la punibilidad de la pena; la primera consiste en el merecimiento de una pena, en función de la realización de cierta conducta y, la segunda es una forma de reacción que emplea el Estado para reprimir y prevenir las conductas delictuosas.

Por lo que en este delito la punibilidad se conforma al encuadrarse la conducta específica de no aportar pruebas ni dirigir su defensa, a fin de que el sujeto pasivo sea afectado en su defensa

Asimismo, lo descrito en el tipo legal, como mencionamos anteriormente, contiene la amenaza que realiza el Estado sobre quien cometa delito que cometen abogados, patronos y litigantes, referido por el artículo en estudio, será castigado con la pena de tres meses a tres años de prisión. En cuanto al delito que nos ocupa, es preciso señalar que no existen reconocidas por la ley excusas absolutorias aplicables de manera directa al caso.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS SOCIOLÓGICOS Y PSICOLÓGICOS DEL DELITO QUE COMETEN ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES DEL ARTÍCULO 232, FRACCIÓN III, CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL VIGENTE

A) Aspecto Social

En Roma las palabras *Ad vocatus* se aplicaban al varón distinguido que, por su gran capacidad y sus conocimientos, podía llevar la voz de otra persona para defenderla ante los Tribunales, o ante el Senado.

Recordamos las “catilinarias” del famoso Marco Tulio Cicerón, así como sus múltiples intervenciones para defender la justicia y la equidad.

Así fue estructurándose la profesión del abogado que en España, durante los siglos XV y XVI obtuvo un gran prestigio. No olvidemos que en el Fuero Juzgo, Ley Segunda, del Título Cuarto de la Tercera Partida, no podía ser abogado el que hubiera sido condenado por adulterio, falsedad u homicidio. Era tal la dignidad de los catedráticos del derecho que tenían entrada libre para ver al soberano y al cabo de veinticinco años de enseñanza recibían el título de condes.

Entre nosotros la figura del Licenciado en Derecho tenía un prestigio tan grande que, con el siglo pasado nuestros políticos más destacados eran profesionales de esa disciplina. Basta mencionar el nombre del licenciado Benito Juárez para confirmar la aseveración anterior.

A principio del siglo pasado se confiaban al abogado, además de los asuntos jurídicos, que naturalmente le correspondían, problemas de economía, política, de sociología, de administración pública y privada, de relaciones diplomáticas. En fin, casi todas las materias relacionadas con la vida social del país.

Es por esta razón que hemos tenido la convicción de que, si por una parte la humanidad ha venido realizando un avance extraordinario con la revolución industrial, por otra parte, a medida que los nuevos inventos y descubrimientos vinieron creando tecnología extraordinaria, que nos permite incursionar en el espacio sideral y ha dado nacimiento al maquinismo en que la producción abarrotó los mercados de los países del mundo, la "materia" ha venido cobrando un valor de primera fila y en cambio los valores espirituales han ido declinando paulatinamente.

El afán de riqueza del hombre es insaciable y la economía de consumo se apodera de todos los países. Es natural que algunos jóvenes, que empezaron a vivir dentro del medio a que me hemos referido, vieran como un objetivo principal y no un medio, atesorar riquezas y disfrutar de todos los placeres materiales que la vida moderna ofrece, sin importar los medios empleados para obtener esas riquezas.

Los principios de Ética han palidecido, pues su acatamiento impediría apropiarse de bienes materiales de manera no legítima. El dinero, como medio para obtener todas las cosas, inclusive el poder, aparece como el objetivo codiciado por todos estos hombres contemporáneos. Esta actitud ha hecho que las diferencias entre los hombres económicamente poderosos y las clases paupérrimas, sean cada vez más tajantes. Los medios de comunicación facilitan el conocimiento de las ofertas que los productores y los comerciantes ofrecen y entonces se convierten en presión incontenible, el deseo de obtener tales bienes para ser más importante, para ser más poderosos, e inclusive, para obtener una felicidad, que realmente es falsa. Es mucho mayor el goce cuando se obtiene el

objeto que se anheló por mucho tiempo y que se adquirió el día en que, ahorrando se obtuvo la suma necesaria para comprarlo.

Los jóvenes a veces no pensamos que la juventud es transitoria y que en unos cuantos años ya seremos adultos y después ancianos. El placer material vivamente anhelado es efímero en los años juveniles y a veces deja amargos resabios. Cuando pasa la vida y se contempla el pasado los goces materiales caen como piedrecillas que se lanzan al vacío, en tanto que los valores del espíritu se van engrandeciendo y dan a la conciencia la mejor de las satisfacciones.

Pues bien, dentro de este orden de ideas, la profesión del abogado ha venido sufriendo un gran demérito. Entendemos que la especialización provocó el separar de las actividades de la abogacía, materias que han sido objeto de nuevas carreras, como han sido las licenciaturas en economía, en administración pública, de empresas, de relaciones industriales, en ciencias políticas, o diplomáticas entre otra muchas tantas. Consecuencia: que el abogado tenga que ser cada día más abogado, mejor jurista, y un mejor profesional, para luchar por un valor eterno que ha sido objeto del anhelo del hombre, desde que habita este planeta: la justicia. Sin embargo, la realidad ha mostrado un panorama desolador en la actualidad, pero aún con honrosas excepciones. La carrera del abogado va sufriendo un desprestigio gradual y al parecer irreversible. La aparente facilidad para implantarla hace que proliferen en todas partes supuestas escuelas de leyes.

Para algunos es una carrera muy sencilla y que pueden desarrollarla en tres o cuatro años. En ciertas escuelas se pretende reducir el número de semestres para cursarla. Estudiantes y algunos profesores equivocados se inclinan por el pase automático, para inscribir alumnos en el primer año. Otros casos consideran que el alumno en el sexto o séptimo semestre debe especializarse en alguna rama del Derecho, cuando todavía no se conoce el amplio campo de la Ciencia Jurídica, en lugar de esperar a estudios profesionales superiores o de postgrado. Existen casos de maestros que aconsejan al alumno seguir el camino más fácil, el de la chicana, algún medio ilícito para ganar los

pleitos; maestros irresponsables faltan a sus cátedras de modo sistemático y muchos alumnos buscan pasar y no aprender. Todo esto da pábulo a que el estudiante que ingresa a la carrera del Derecho la vea sólo como un medio para ganar dinero. He presenciado ejemplos de litigantes y abogados que se vanaglorian de los procedimientos ilícitos que siguieron. En tales condiciones es explicable que nuestra carrera de abogados haya sufrido un notable desprestigio y que a veces la gente tenga miedo de acudir a ver a un abogado, creyendo que va a aprovecharse de su caso y que a la postre resultará perdiendo de todas formas.

Se considera al abogado como experto en instrumentar trampas, para inventar litigios, para llevar a la cárcel a cualquier persona, dando aspecto penal a lo que esencialmente es civil. Los juicios se eternizan y para lograr reactivarlos se tiene que recurrir, en muchos casos a las influencias o al dinero.

Este panorama me ha llevado a meditar que se han olvidado las normas de la Ética profesional; que sé esta perdiendo de vista la nobleza tan grande de nuestra carrera de Derecho; que no se toma en cuenta que la carrera es muy difícil y compleja cuando se pretende ser un buen Licenciado en Derecho y abogado y, que la meta suprema por la que debemos luchar constantemente es por la obtención de la justicia.

Las normas de Ética de la Federación Argentina del Colegio de Abogados, recalcan el hecho de que el abogado, como auxiliar principal de la administración de justicia, debe ser desinteresado y llegan hasta considerar la repercusión que puede tener en su actuación social la vida privada que observe. A este respecto creo que, siendo un ideal de rectitud, como forma de actuar de cualquier hombre, cobra mayor importancia cuando se trata de personas que se destacan en la colectividad, como son en primer lugar, los funcionarios públicos que hemos visto desfilar en los medios de difusión masiva en marzo y abril del año en curso y que desgraciadamente son licenciados en Derecho, abogados connotados que supuestamente ofrecen sus servicios a la sociedad.

Dadas las condiciones que he venido observando, ahora debería de recomendarse, que cuando menos, que el licenciado en Derecho no diera lugar a escándalos sociales, principalmente en lo que se refiere a cuestiones de honradez, pues un cliente no puede tener confianza para que lo patrocine en quien ha sido señalado por la opinión pública como un hombre o mujer deshonestos.

Osorio sostiene que: En el abogado la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno, luego ser firme, después ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en el último."¹⁷⁶

Se ha dicho que es más importante en el Juez la rectitud que la sabiduría, y que efectivamente se hace extensivo a todos los abogados y licenciados en Derecho en cualquier función, que el obrar rectamente es más valioso que ser un pozo de ciencia, pues a veces el mayor acopio de conocimientos, para quien no actúa honestamente, le da más elementos para realizar sus malos manejos.

"Calamandrei afirma: 'En el Juez no cuenta la inteligencia; le basta poseer la normal para poder llevar a comprender, como encarnación del hombre medio, lo que todos entienden; importa, sobre todo, la superioridad moral, la cual debe ser tal elevada en el Juez, que llegue hasta a perdonarle al Licenciado en Derecho o abogado que sea más inteligente que él'."¹⁷⁷

Se considera además que debe ser primordialmente un deber en el licenciado en Derecho respetar y hacer respetar la Ley, y las autoridades públicas. Radbruch sostiene: "nadie sabe manejar tan virtuosamente como el abogado o licenciado en derecho las formas a través de las cuales se desarrolla el pensamiento en todos los campos científicos." Jiménez de Asúa nos indica "El abogado, licenciado en Derecho debe ser derecho, pero principalmente debe ser un hombre recto. Norma característica ayer y hoy."

¹⁷⁶ GUERRERO, Euquerio. L. *Algunas consideraciones de ética profesional para los abogados*, Editorial Porrúa, México, 1974. Página 18.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

En las condiciones citadas, cuando el licenciado en Derecho, litigante o abogado recibe la petición de un cliente para que patrocine un negocio, debe ser Juez, antes que defensor de la causa que se le confía. Solamente el absoluto convencimiento de que se va a patrocinar un asunto perfectamente limpio, podría llevar al litigante, abogado, a no traicionar sus convicciones y a poner un enorme esfuerzo para triunfar en el negocio de que se trate.

Se aconseja al litigante, licenciado en Derecho, que al resolver si acepta el patrocinio de un negocio: "Debe prescindir de su interés personal y cuidar que no influyan en su ánimo el monto pecuniario del negocio, ni el poder o la fortuna del adversario. No aceptará un asunto en que haya de sostener tesis contrarias a sus convicciones, inclusive en la forma de plantearlo o desenvolverlo, o en caso de que pudiera ver menoscabada su independencia por motivos de amistad, parentesco u otros..."

"Nos dice Couture en su mandamiento tercero: 'Que la abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia', y efectivamente, en el estudio del Derecho encontramos cuestiones difíciles. No se trata de hacer un catálogo de las disposiciones legales, sino de escudriñar más a fondo en el espíritu que las informa."¹⁷⁸

Debemos borrar definitivamente de las mentes de la abogacía, la idea de que es una fácil profesión; pero que en cambio al obtener el título, tendrán "una patente de corso" para lanzarse a la vida a obtener dinero. En la academia se aprende a avizorar, a estudiar el enorme campo de la Ciencia Jurídica. Es en la vida práctica cuando van apareciendo los escollos de la interpretación y cuando los artículos de las leyes no son tan fáciles como se vieron, en el primer momento, en la cátedra. Por otra parte, como se sostiene en este mandamiento, la ardua fatiga que implica el estudio incesante del Derecho, debe ser puesta al servicio de la justicia.

¹⁷⁸ GUERRERO, Euquerio, L. *Op. cit.*, Página 19.

“Con absoluta razón sostiene Roscoe Pound, en su *Introducción a la filosofía del Derecho*, que la primera y más simple finalidad es que el Derecho existe para mantener la paz en una sociedad determinada.

Bielsa afirma: ‘...el litigante, abogado debe ser defensor de la Ley y soldado de la libertad’ y aquí encontramos un nuevo concepto de enorme trascendencia, como es precisamente la libertad, a la que por otra parte se refiere Couture en su octavo mandamiento cuando dice: ‘tener fe en el Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo tener fe en la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz’.¹⁷⁹

En relación con los conceptos de Bielsa, recordamos cómo Marco Antonio exhibía gozoso, desde la tribuna, la cabeza, las manos ensangrentadas de Cicerón, pues este gran tribuno combatió a los tiranos y defendió las causas de la justicia. Dícese que Napoleón se negó a reconocer la orden de los abogados porque, según la Enciclopedia Jurídica Omeba, la lengua de los abogados era más temible que la bayoneta de sus enemigos.

Por lo que hace al pensamiento de Couture, todos sabemos que la norma jurídica debe tener coercitividad para garantizar la convivencia entre los hombres, o sea que si tal forma no es obedecida se alterará el orden social, por lo que el Estado debe imponerla. En ocasiones, por ejemplo, en los casos de prescripción negativa en que el mantenimiento indefinido de una situación, que en sus orígenes pudo ser justa; pero que en su ejercicio se debilita, requiere en beneficio del orden y la paz, reconocer alguna situación de hecho: la posesión pública, pacífica y de buena fe, genera derechos de propiedad sobre un bien, si el dueño inicial consiente y tolera esa situación. Lo mismo observamos procesalmente con la aplicación de la caducidad, pues un litigio puede estar perfectamente bien fundado, la demanda y la contestación pueden ser correctas; pero sí los litigantes abandonan los trámites que a ellos corresponde, en la marcha del proceso, opera

¹⁷⁹ GUERRERO, Euquerio. L. *Algunas consideraciones de ética profesional para los abogados*, Editorial Porrúa, México, 1974 Página 20

la caducidad que deja sin efecto todo el procedimiento anterior. Esto podrá ser injusto, con un criterio muy ortodoxo; pero es necesario en bien de la seguridad jurídica, o sea de la paz social.

Nada de lo anterior puede obtenerse si no existe la libertad, el mayor bien que tiene el hombre y que afortunadamente disfrutamos en nuestro país, a tal grado que, en ocasiones se incurre en el libertinaje.

Si el abogado representa en la sociedad al defensor de los valores superiores a los que acabo de hacer referencia, es necesario que se mantenga en un estudio constante, pues como reza el primer Mandamiento de Couture: "El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues su paso serás cada día un poco menos abogado."¹⁸⁰

El concepto de rectitud se puede tomar en dos sentidos: como elección de un medio adecuado para un fin particular cualquiera; en este sentido, por ejemplo, obra rectamente el ladrón que consigue robar sin ser detenido, e incorrectamente el que lo hace de tal modo que es apresado.

La otra acepción o sentido la obtenemos cuando se prescinde de éste o aquel fin concreto, que a su vez puede ser medio para otros fines y éstos a su vez para otros y así sucesivamente, y se mira a un fin total unitivo inmanente y absoluto que no sea ya a su vez medio para ningún otro, pues constituye el fin último.

Así, pues, las categorías recto o correcto, no recto o incorrecto, pueden ser tomadas en dos sentidos:

- a) Hipotéticamente o sea en relación a una particularidad.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, Página 22.

- b) Categóricamente, o sea de un modo fundamental y absoluto, sin consideración alguna a objeto concreto.¹⁸¹

La justicia es la idea de la rectitud aplicada al querer entrelazante, a lo social. Consiste en el pensamiento de una armonía permanente y absoluta del querer social, en todas sus posibilidades habidas y por haber. Todas las manifestaciones de la vida mental del hombre y por lo tanto también el querer entrelazante o social, pueden dirigirse u ordenarse de dos maneras: a) Partiendo del sujeto; y b) dejándose guiar por un criterio objetivo.

En el primer caso se toma como ley suprema el *yo* empírico casual, *hic et nunc*, con lo que se llega sólo a proposiciones desordenadas y confusas. En el segundo caso, partimos de la idea de una armonía absoluta entre las pretensiones o afanes particulares; al tenor de ella, se trata de encuadrar sin contradicción todos estos elementos empíricos individuales, en el todo ideal de la existencia habida y por haber, de lo real y de lo posible.

La idea de la justicia consiste, pues, en una absoluta armonía, conforme a la cual ordenamos la materia jurídica: se puede denominar a esta absoluta armonía, idea de la comunidad pura. Una comunidad pura es el enlace entre los fines de diversos hombres, no tomando jamás como criterio un afán con validez sólo subjetiva.

Conforme a esta idea los hombres se ligan unos a otros conservando en todo momento el carácter de fines autónomos, esto es, ningún hombre debe ser considerado en su calidad de persona moral, como mero medio para otro. Un querer entrelazante de tal tipo representa una comunidad de hombres libres, o expresando de modo más riguroso, la comunidad de hombres librevolentes o sea

¹⁸¹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico*. Editora Nacional, México, 1974. Página 70.

que quieren la armonía objetiva, exentos de motivaciones meramente individuales y concretas.¹⁸²

B) Aspecto Legal

Puede hallarse el origen del delito en el conjunto de factores que impulsan o determinan a un individuo a cometerlo. En esta consideración, el delito es un producto de fuerzas biológicas y sociales que escapan al control de la razón.

De esta manera, el delito es un fenómeno de inadaptación social que proviene bien de anormalidades del individuo, bien de falta de educación y de conocimientos de las reglas de convivencia.

Este fenómeno, como todos los fenómenos naturales y sociales, no está aislado, sufre la interdependencia de otros fenómenos naturales y sociales, y por eso no puede estudiarse como un acto autónomo, sino conectado con las demás leyes de relación humana y social.

En primer término, influye la propia personalidad de la que aparece como autor. Este es el protagonista del delito que presenta una solución bien a su propio drama interno, bien a un choque de su drama con una situación emergente de la sociedad. El delito es la resultante de ese drama propio ante ese choque social.

Por esto, en segundo término, es imprescindible examinar el ambiente social en que el individuo nació y se desarrolló. Muchas veces la situación social es causa prevalente del delito.

Clasificación de los factores.- La escuela alemana hace una clasificación bimembre. Von Listz opina que cada delito particular resulta de la cooperación de

¹⁸² RECASÉNS SICHES, Luis. *Op. cit.*, Página 73.

dos grupos de condiciones: de una parte, la propia naturaleza individual del delincuente; de otra parte, las condiciones físicas y sociales, sobre todo económicas, que lo rodean. Según las relaciones recíprocas de los dos grupos, varía el aspecto y también la significación del delito. Si prevalece el impulso es por que una excitación momentánea o una necesidad imperiosa arrastran al crimen al individuo, hasta entonces irreprochable; ese crimen queda extraño a su personalidad permanente, el autor se arrepiente de haberlo ejecutado, y este delito denominase ocasional.

Clasificación trimembre.- Ya se ha explicado, al estudiar la doctrina de Enrique Ferri, que la escuela italiana señala tres órdenes de factores: antropológicos, físicos y sociales, que Colajani aumenta a cuatro por la triple colaboración de la naturaleza, la historia y la sociedad con el factor personal. La inclusión de los factores físicos, en la división de Ferri, ha sido criticada por Tarde, que se suma a la escuela alemana y considera que no deben constituir una categoría aparte si se estima que no actúan más que identificándose los factores antropológicos con los sociales.¹⁸³

C) Aspecto Psicológico

Dos campos aparentemente diferentes, la conducta anormal y la conducta delictiva, poseen características importantes en común.

En ambos, el número de individuos que muestran conductas desviadas y que aparecen en las estadísticas oficiales, es menor al número verdadero, debido a que las investigaciones sobre sectores de la población con aquellas características han tendido a realizarse en instituciones especiales, tales como prisiones y hospitales para enfermos mentales.

¹⁸³ MENDOZA, José Rafael. *Curso de criminología*. Gráficas Marsiega, S.A., Madrid, 1951. Páginas 303 y 304.

Otra similitud es que ambos campos se han afirmado, particularmente por los teóricos de la identificación, que ningún acto es intrínsecamente desviados; el grado en la conducta es anormal, esta función del punto de vista es sostenida por los expertos socialmente autorizados: Jueces, psiquiatras y otros profesionales. El corolario de esta afirmación es que lo se considera psicológicamente anormal varía según las culturas.

En el campo del delito, el punto de vista de la identificación tiene como suposición básica que la conducta prescrita legalmente como delictuosos varía de cultura a cultura; además, las etiquetas de "delito" se aplican por el poderoso para fomentar sus propios fines económicas y políticos y para controlar al menos poderoso.

"De hecho, de acuerdo con Lemert (1972), prácticamente todas las sociedades desaprueban ciertas formas de conducta entre las que destacan el asesinato, la violación y el robo. *Hoebel* (1954) llegó a una conclusión similar al revisar la legislación penal. *Welford* (1975) divide los actos delictivos en aquellos que poseen consistencia temporal e intercultural y aquellos cuya categorización como delitos se encuentran en discusión y se han dado intentos por abolirlos como conducta proscrita (esto es, la dominada despenalización); los primeros, de acuerdo con *Welford*, corresponden realmente al derecho penal y sería deseable que constituyeran el objetivo principal de los estudios criminológicos. Son los que refieren a las 'violaciones por partes de terceros a la propiedad de las personas, 'en lo que una o varias personas causan daño a otras u otras personas. El delincuente y la víctima son individuos diferentes."¹⁸⁴

Los daños que ocasionan los delitos son incalculables.

¹⁸⁴ FELDMAN, M. Philip. *Comportamiento criminal: un análisis psicológico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989. Pagina 15.

En primer término, están los atentados contra la vida, que destruyen innumerables existencias y dejan en la orfandad, la miseria, tanto a la familia del autor como a los parientes de la víctima. Los atentados contra la salud se cuentan por millares.

En segundo término, la propiedad sufre un menoscabo considerable. Los robos figuran como causas de incontables pérdidas, siendo de notar que muchos menoscabos de la propiedad no son denunciados a la policía.

Centenares de millares operaciones ilegales, dice Von Hentig, son ejecutadas en el curso de un año. Los falsificadores se complacen en hacer pasar dinero en casa de mala fama. Ocho delitos principales: homicidio, violación, asalto, robo con violencia, robos de automóvil y pequeños robos constituyen la mayor parte de la criminalidad en los países. Y de estos ocho delitos, muchos también quedan impunes, como casos no resueltos.

En tercer término, el Estado, para prevenir los daños y para castigar los hechos delictuosos, está obligado a mantener un cuerpo de policía y de seguridad y un sistema de procesamiento que exige toda una institución y poder: el poder judicial. Luego, otra serie de instituciones administrativas: las prisiones y penitenciarías. Por tanto, el costo que ocasiona al gobierno la máquina preventiva y represiva de la delincuencia es enorme, traducido en ese aspecto económico.¹⁸⁵

Los factores criminológicos que se sitúan en la sociedad, o factores sociales derivados del medio o ambiente en el cual se desarrolla la personalidad, y que los criminólogos alemanes denominan mundo circundante, destacando el mundo circundante general y también el mundo circundante del hecho, con una influencia decisiva sobre el movimiento de la criminalidad de un pueblo, explicativo del propio suceso concreto.

¹⁸⁵ MENDOZA, José Rafael. *Op. cit.*, Página 306.

Exner establece, como una conclusión de sus observaciones, que las variaciones temporales en la criminalidad de un pueblo son determinadas por variaciones habidas en su mundo circundante.

El concepto del mundo circundante general puede fundamentarse en dos aspectos:

Tomando el pueblo como una unidad en las relaciones externas que rodean a su país, por ejemplo, el comportamiento histórico de Inglaterra por su situación insular; el de Alemania, por su posición continental con dos frentes.

Prescindiendo de las influencias ambientales de dentro o fuera del país y considerando el mundo circundante personal o de un grupo de habitantes.

Hechos hay que influyen, en general, sobre el grupo, mas no sobre el individuo aislado. Exner cita la influencia de un fuerte verano, de una desocupación general de trabajadores, de la introducción de la radio sobre el grupo, que determina algo común entre los individuos, distinto de la influencia que puede tener sobre cada individuo en particular, y por esto distingue un mundo circundante de la criminalidad, distinto del mundo circundante del delincuente.

En este último coloca el influjo de la educación, de la escuela, de la profesión, que sólo mira al desarrollo de la personalidad del delincuente, más no al movimiento del grupo. De aquí induce otra conclusión: un suceso del mundo circundante general influye en la criminalidad de un pueblo sólo cuando interviene en el destino individual de un número considerable de habitantes de la nación.

Existen, por lo tanto, relaciones marcadas entre el mundo circundante general y el mundo circundante personal, que ocasionan variaciones en uno o en otro. Por ejemplo: La educación, que es circunstancia del mundo circundante personal, puede traducirse en una influencia sobre el mundo circundante general

cuando se trata de un defecto de educación de tipo determinado que se refleja sobre el grupo.

Por estas mismas razones, las circunstancias del mundo circundante general, influyen bien sobre el mundo que conforma a la persona, y también, en otro aspecto, sobre el mundo circundante del hecho mismo. Una desocupación de muchos trabajadores acumula causas que tienen su consecuencia tanto en los hechos como en la persona, en esta última debido a la influencia del desamparo.

Ferri señala como factores criminológicos sociales:

- La densidad diferente de la población;
- El estado de la opinión pública;
- El estado de la religión;
- La constitución de la familia;
- El sistema de educación;
- La producción industrial;
- El alcoholismo;
- La organización económica;
- La organización política;
- La organización de la administración de justicia;
- La organización de la administración pública;
- La organización de la policía judicial; y
- El sistema legislativo civil o penal.

Todos estos factores se complementan, enlazan y combinan en todas las funciones, aun con las menos aparente de la vida social.

La densidad de la población aumenta las relaciones, acrece el vicio y las facilidades de comisión de los delitos. Ciertos delitos no pueden realizarse en medios despoblados, necesitan gran cantidad de personas. Así, por ejemplo, las

raterías sólo son frecuentes en los sitios en donde se aglomera la gente. En ciertos sitios hay una afluencia inusitada de población, como en los campos petroleros, en ciertos lugares que inician una explotación industrial o minera. Este crecimiento anormal y rápido va acompañado de un aumento de criminalidad también.¹⁸⁶

“La conducta antisocial es todo aquel comportamiento humano que va contra el bien común; para evitar malentendidos, que su concepción del bien común es la clásica tomista, actualizada por los pontífices Juan XXIII y Pablo VI, en las encíclicas *Mater et magistra* y *Pacem in ferris*, del primero, y con una consideración magistral del bien común, a escala universal, de toda la humanidad, en la *populorum progressio* del segundo, y definitivamente concretamente en el Concilio Vaticano II.

“Rodríguez Manzanera añade que el bien común puede diferir de los bienes particulares, apartándose tanto de las teorías como de los pronunciamientos marxistas o de los grupos, y se proyecta a la generalidad de los hombres; de ahí sigue el maestro, que el orden social se constituya en necesidad para la consecución del mismo. Pero ese orden social sólo se justifica en función del beneficio de la colectividad.”¹⁸⁷

“La distinción para Rodríguez Manzanera es importante, porque la criminología ha estudiado, a veces, únicamente conductas atentatorias contra determinada clase o grupo, olvidando el análisis de las actividades de estas agrupaciones contra el bien común.

El delito es la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley. La cosa tiene su importancia, porque ni todo delito es una conducta antisocial, ni toda conducta antisocial es delito.”¹⁸⁸

¹⁸⁶ MENDOZA, José Rafael. *Op. cit.*, Página 308.

¹⁸⁷ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Criminología*. Editorial Trillas, México, 1991. Página 23.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

Y aquí se impone la aclaración correspondiente: hay conductas antisociales que no están tipificadas en los códigos penales. Así la homosexualidad, la prostitución, el alcoholismo, y otras de mayor antisociabilidad aún, tampoco contempladas en los ordenamientos jurídicopunitivos; contaminación, propaganda o publicidad perniciosas, etcétera, pero junto a ello hay tipos delictivos francamente desubicados de toda conducta antisocial, como por ejemplo la vagancia y el no trabajar, que puede ser una conducta antisocial, pero también puede no serla.

Las conclusiones son sencillas: no puede confundirse el hecho antisocial con el delito. Por consiguiente, el Derecho Penal se ocupa del delito en cuanto ente y figura jurídica; la criminología tiene su objeto de estudio en el hecho antisocial, fenómeno y producto de la naturaleza.

Todo ello nos lleva de la mano, señala Rodríguez Manzanera, a la necesidad de precisar el objeto de estudio de la criminología y, consiguientemente, de distinguir cuatro tipos de conducta:

- a) Conducta social. Es aquella que se ajusta a las normas adecuadas de convivencia que, de ninguna manera arremete a la colectividad; es la que se encarga de cumplir con el bien común. La comunidad social es la conducta mayoritaria.
- b) Conducta asocial. Es aquella que carece de contenido social y que no está relacionada con las normas de convivencia ni con el bien común. Suelen ser conductas en soledad y aisladas.
- c) Conducta parasocial. Se producen en el ambiente social, es diferente a las conductas que siguen la mayoría de los integrantes del conglomerado: no acepta los valores reconocidos por la colectividad, aunque tampoco los ataca ni intenta destruirlos: no busca el bien común, pero no lo arremete. Su

diferencia con la conducta asocial es que la parasocial no es aislada; es una conducta que se relaciona con los otros.

- d) Conducta antisocial. Se dirige abiertamente contra el bien común, ataca sus valores esenciales y vulnera las normas elementales de convivencia.¹⁸⁹

¹⁸⁹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Criminología*. Editorial Trillas, México, 1991. Páginas 23, 24.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La profesión del abogado ha sido regulada desde la época prehispánica con conocimientos y procedimientos que se requerían para ser abogado; durante la colonia, se tenía que cumplir con requisitos muy solemnes, ya en el siglo diecinueve, la profesión de abogado sufrió cambios profundos, dejando los actos solemnes.

SEGUNDA. El 14 de diciembre de 1864, los legisladores sentaron las bases de nuestro derecho penal, al darse cuenta que se requería una codificación calificada; el proyecto de código fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871; tomando como ejemplo el código español, se establecieron como base las responsabilidades penal y moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad.

TERCERA. El Código Penal de 1929, en comparación con el código de 1871, padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de duplicidad de conceptos y hasta contradicciones, esto da pie a una revisión y teniendo como resultado el Código Penal de 1931, ley de una sencilla y correcta redacción.

CUARTA. El artículo 232, fracción III, contemplado en el Código Penal Federal vigente no ha sido reformado desde el 28 de enero de 1931 y es obsoleto, ya que no se adecua al momento histórico actual, por lo que se requieren reformas al mismo.

QUINTA. Del estudio de los elementos del delito contenido en el artículo 232 fracción III del Código Penal Federal vigente, existe una conducta, típica, antijurídica, en el cual las causas de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho no operan en este delito, pero el consentimiento del titular

del bien jurídico afectado si podría ser una causa de justificación: para que se pueda comprobar la imputabilidad del sujeto no basta que reúna las condiciones, sino además es necesario que el sujeto se encuentre consciente y cuente con capacidad de entender; respecto de la culpabilidad, el dolo se configura en este delito y en cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad no operan en virtud de que no existen circunstancias ajenas ni externas.

SEXTA. En el aspecto social, los licenciados en derecho tenían tanto prestigio, que nuestros presidentes de la República eran licenciados en derecho, en la actualidad se ha desprestigiado la profesión de abogado, por la omisión de algunos profesionales del Derecho.

SÉPTIMA. En el aspecto psicológico, los daños que ocasiona el artículo 232, fracción III son incalculables para el reo, ya que el defensor particular carece de un órgano de vigilancia, que tutele y regule sus actividades profesionales.

OCTAVA. El artículo 232, fracción III carece de una norma dirigida al resarcimiento de los daños para quien fue víctima de esta omisión.

NOVENA. En la actualidad no se aplica este artículo por carecer de utilidad práctica.

DÉCIMA. El defensor de oficio actualmente se encuentra normado y regulado por el Instituto Federal de la Defensora de Oficio de reciente creación, para modernizar esta figura jurídica, la creación de esta institución obliga a reestructurar la fracción III del artículo 232 del Código Penal Federal vigente porque no se le puede dar el mismo trato a un defensor de oficio que a uno de tipo particular.

PROPUESTAS

PRIMERA. La realización de un minucioso estudio legislativo, acerca de la actualización del artículo 232 que el Código Penal Federal vigente menciona; para lo anterior es necesario turnar a la comisión competente en la Cámara de Diputados, en la que se invite a la participación de nuestra Casa de Estudios, específicamente a los especialistas en materia penal y constitucional, para elaborar un proyecto de modificación del artículo 232 del Código Penal Federal, adecuado a la época y momento político, económico y social actual del país.

SEGUNDA. La reforma del artículo 232, fracción III del Código Penal Federal vigente, proponiendo la siguiente redacción:

Artículo 232. Se impondrán penas de tres meses a tres años de prisión e inhabilitación:

Fracción III. Al defensor de oficio que acepte la defensa de un indiciado y sólo tramite la libertad caucional que se menciona en el artículo 20 fracción I de la Constitución, sin promover más pruebas y abandonar su defensa.

Si se trata de un defensor particular de un indiciado, la pena será de dos a cinco años de prisión y estará obligado a la reparación del daño si resulta condenado.

TERCERA. Es necesaria la formación de una institución, similar a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que aún no siendo de estricta aplicación ejecutiva, representa un avance en materia normativa a la conducta de los profesionales del Derecho en México.

CUARTA. Que cuando los sujetos objeto de la pena, sean condenados por el Poder Judicial de la Federación se incluya en una base de datos, donde se publique la sentencia de estos sujetos y sus actividades antiéticas para así lograr uniformar un criterio de ética entre los practicantes del Derecho.

FUENTES CONSULTADAS

1. Bibliografía general

- ARILLA BLAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. Editores Unidos, México, 1976.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Editorial McGraw Hill, México, 1999.
- BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. *Segundo Curso de Derecho Romano*. 10ª. Edición, Editorial Pax, México, 1984.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. 10ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1974.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Tomo I*, 10ª. Edición Editorial Porrúa, México, 1974.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1971.
- COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa, México, 1993.
- DE LA CRUZ AGÜERO, L. *Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Gedisa, España, 1992.
- FELDMAN, M. Philip. *Comportamiento criminal: un análisis psicológico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal penal*. Editorial Porrúa, México, 1989.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1981.

- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José Juan. *Principios de Derecho Procesal Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1985.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El código penal comentado*. 2ª. Edición, Impresores Unidos, México, 1939.
- GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, *Teoría del Delito*. Antología. Facultad de Derecho. División de Universidad Abierta. U.N.A.M. México, 1994.
- GUERRERO, Euquerio. L. *Algunas consideraciones de ética profesional para los abogados*, Editorial Porrúa, México, 1974
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio. *Programa de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa. México, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1976
- JOFRES, Tomas. *Manual de Procedimientos Civil y Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina, 1985.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El tipo penal*. U.N.A.M. México, 1986.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Criminología*. Editorial Trillas, México, 1991.
- MENDOZA, José Rafael. *Curso de criminología*. Gráficas Marsiega, S.A., Madrid, 1951.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Editorial Porrúa. México, 2001.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico*. Editora Nacional, México, 1974.
- RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*. Editorial Porrúa, México, 1992.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Harla, México, 1990.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Cárdenas Editores. México, 1988.

2. Legislación

Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, México, 2004.

Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2004.

Código Penal Federal. Editorial Porrúa, México, 2004.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 2004.

Diario Oficial de la Federación.

3. Diccionarios y Enciclopedias

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II 12ª. Edición, Editorial Helicistas S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo IV 12ª. Edición, Editorial Helicistas S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo V. 12ª. Edición, Editorial Helicistas S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979.

DE PINA, Rafael. *Diccionario de derecho*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1973.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1986.

- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho procesal penal y de términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 1986.
- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Esparsa, Madrid, 1974.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Tomo IV, Editorial Porrúa, México, 2002
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Tomo V, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Volumen III. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 2002.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Volumen IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Editorial Porrúa, México, 2002

4. Otras fuentes.

Bufete Jurídico 2000. CD ROM.

Diccionario Jurídico 2000. Desarrollo Jurídico. CD ROM.