

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE**



**FACULTAD DE DERECHO**

Con estudios incorporados a la  
Universidad Nacional Autónoma de México  
CLAVE: 8793-09

**Reparación del Daño por Parte del Estado  
al que Habiendo Sido Condenado en  
Sentencia Firme Resultare Inocente**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA:  
**MARIA DEL CARMEN RAMOS ZAMORA**

Asesor: LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GTO.

ABRIL 2005.

m344151

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA

# DEDICATORIAS

**A DIOS:**

POR DARME LA OPORTUNIDAD DE VIVIR, CON SALUD Y FUERZAS PARA CUMPLIR ESTA META DE LA VIDA.

**A MI UNIVERSIDAD Y CATEDRÁTICOS:**

LIC. RAMON CAMARENA GARCIA, LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE, A MI ASESOR LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS, A MIS SINODALES LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ, LIC. HECTOR GUSTAVO RAMÍREZ VALDEZ Y ACADA UNO DE MIS CATEDRÁTICOS, POR COMPARTIR CONMIGO TODOS SUS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA ASÍ COMO EL APOYO ACADEMICO Y MORAL QUE ME BRINDARON EN LOS CINCO AÑOS DE MI CARRERA, MUCHAS GRACIAS.

**A MIS PADRES :**

POR CADA UNO DE LOS CONSEJOS, REGAÑOS, ALIENTOS, ESFUERZOS Y SACRIFICIOS QUE REALIZARON PARA QUE YO PUDIERA SALIR ADELANTE, PERO PRINCIPALMENTE "gracias por su amor"

**A MIS HERMANAS:**

POR SER LAS NIÑAS A QUIENES MAS QUIERO, POR EL GRAN CARIÑO QUE ME DAN, ALENTÁNDOME SIEMPRE A SER MEJOR Y SERVIR COMO UN BUEN EJEMPLO PARA USTEDES.

**A MIS ABUELOS:**

SILVINA, CELERINA, ROSALIO POR SUS BENDICIONES, AMOR Y CUIDADO EN TODO MOMENTO, ASI COMO A MI ABUELO VENANCIO QUIEN ME DA SU BENDICIÓN DESDE EL CIELO.

**A MIS FAMILIARES:**

A MIS TIOS, A MIS PRIMOS, SOBRINOS; POR ESTAR A MI LADO EN TODO MOMENTO DÁNDOME ANIMOS PARA SER MEJOR CADA DIA.

**A MIS AMIGOS:**

POR TODO LOS MOMENTOS QUE COMPARTIMOS, POR SUS CONSEJOS, POR SU COMPAÑERISMO Y EN ESPECIAL POR SU AMISTAD.

**EN ESPECIAL:**

A EL LIC. VICENTE FOX QUESADA, YA QUE GRACIAS A LA CONFIANZA DEPOSITADA EN LOS ESTUDIANTES, CON SU PROGRAMA BECAS FOX, DURANTE SU PERIODO COMO GOBERNADOR DEL ESTADO DE GUANAJUATO, ME FUE POSIBLE REALIZAR MIS ESTUDIOS DE LICENCIATURA , POR LO CUAL LE ESTOY INMENSAMENTE AGRADECIDA , YA QUE SIN ESTE APOYO NO HUBIESE PODIDO CONCLUIR MIS ESTUDIOS.

ESTA ES UNA MANERA DE APRECIAR EL APOYO QUE ME FUE OTORGADO PARA PODER LLEGAR A ESTE MOMENTO, AUNQUE, NO SEA SUFICIENTE PARA EXPRESAR MI AGRADECIMIENTO.

# INDICE

**REPARACIÓN DEL DAÑO POR PARTE DEL ESTADO AL QUE HABIENDO  
SIDO CONDENADO EN SENTENCIA FIRME RESULTARE INOCENTE.**

**INDICE**

Pág.

**INTRODUCCION**

**CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES DEL DELITO.**

1.1.- GENERALIDADES	1
1.2 .- LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.	11
1.3.- EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES.	16

**CAPITULO SEGUNDO: EL DELITO EN GENERAL.**

2.1.- GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL DELITO.	19
2.2.- DEFINICIÓN DEL DELITO.	21
2.2.1.- NOCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DELITO.	24
2.2.2.- NOCIÓN JURÍDICO FORMAL DEL DELITO.	25
2.3.- DIVERSAS DEFINICIONES DEL DELITO.	25

**CAPITULO TERCERO: ELEMENTOS DEL DELITO.**

3.1.- NOCIÓN DE LA CONDUCTA.	27
3.1.1.- CONCEPTO DE LA CONDUCTA.	29
3.1.2.- EL SUJETO ACTIVO.	31
3.1.3.- EL SUJETO PASIVO.	34
3.2.- LA TIPICIDAD.	35
3.2.1.- ELEMENTOS DEL TIPO.	38

3.2.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.	44
3.2.3.- AUSENCIA DEL TIPO.	55
3.3.- ANTIJURIDICIDAD.	57
3.3.1.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	58
3.4.- IMPUTABILIDAD.	59
3.4.1.- CULPABILIDAD.	60
3.4.2.- IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.	61
3.4.3.- INIMPUTABILIDAD.	63

#### **CAPITULO CUARTO: CULPABILIDAD.**

4.1.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD.	64
4.2.- FORMAS DE CULPABILIDAD.	65
4.3.- EL DOLO Y SUS ELEMENTOS.	66
4.4.- LA INCULPABILIDAD.	75

#### **CAPITULO QUINTO: PUNIBILIDAD.**

5.1.- CONCEPTO JURÍDICO.	81
5.2.- COMO ELEMENTO DEL DELITO.	83
5.3.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	85

#### **CAPITULO SEXTO: CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.**

6.1.- POR SU GRAVEDAD.	89
6.2.- POR LA FORMA.	90
6.3.- POR EL RESULTADO.	91
6.4.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.	94
6.5.- POR SU DURACIÓN.	95

6.6.- CLASIFICACIÓN LEGAL.	97
----------------------------	----

### **CAPITULO SEPTIMO: EL DELITO Y SUS FORMAS.**

7.1.- TENTATIVA.	102
------------------	-----

7.2.- CONCURSO DE DELITOS.	109
----------------------------	-----

### **CAPITULO OCTAVO: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

8.1.- PENA.	115
-------------	-----

8.2.- MULTA.	120
--------------	-----

8.3.- PRISIÓN.	121
----------------	-----

8.4.- MEDIDAS DE SEGURIDAD CURATIVAS.	122
---------------------------------------	-----

### **CAPITULO NOVENO: EXTINCIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

9.1.- CAUSAS DE EXTINCIÓN DE RESPONSABILIDAD.	130
---	-----

9.2.- AMNISTÍA.	135
-----------------	-----

9.3.- INDULTO.	137
----------------	-----

9.4.- PERDON DEL OFENDIDO.	138
----------------------------	-----

9.5.- RECONOCIMIENTO DE LA INOCENCIA DE UN SENTENCIADO.	140
---	-----

### **CAPITULO DECIMO: REPARACIÓN DEL DAÑO.**

10.1.- FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO.	141
---------------------------------------	-----

10.2.- INDEMNIZACIÓN.	144
-----------------------	-----

### **CONCLUSIONES.**

### **BIBLIOGRAFÍA.**

# INTRODUCCION

## **INTRODUCCIÓN.**

El Derecho Penal nació con la humanidad, y tuvo desde su origen un desarrollo muy superior al de las otras ramas del derecho. El estudio comparativo de sus orígenes y antecedentes, así como su evolución, es importante para comprender cuales han sido los pasos que ha seguido el Derecho para su elaboración, acumulando la experiencia obtenida durante varios siglos.

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

Esto significa que el concepto del objeto del Derecho Penal se entiende de dos maneras: Como el conjunto de normas que lo conforman, lo que constituye su universo jurídico total y como el estudio e interpretación de la ley penal.

Es decir, el Derecho Penal forma parte del Derecho Positivo Mexicano; es derecho vigente. Es de carácter público, porque las sanciones impuestas por el Estado, son en razón de un interés público, el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado, en cuanto aquella facultad exclusiva del Estado de determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

En ese sentido la descripción que el legislador hace de una conducta como acreedora de pena, podemos considerarla dentro de la idea fundamental de

tipo. Cuando se ha cometido un delito, cuando hay responsabilidad penal, la consecuencia natural es la imposición de una pena.

Establecida la pena al sentenciado resulta procedente la reparación del daño a favor del ofendido por parte de este, sin embargo en ocasiones y por razones ajenas, aparecen una o varias pruebas que del análisis legal realizado con posterioridad se tuviere como efecto acreditar la inocencia del sentenciado, procedería en forma inmediata la extinción de la responsabilidad penal al reconocimiento de la inocencia del sentenciado, lo que a esté le ocasionaría un perjuicio en todos los sentidos tanto del punto de vista familiar moral como social y económico, sin que en nuestro ordenamiento jurídico penal exista como una obligación del Estado garantizarle la reparación de los perjuicios ocasionados, es decir todos los daños causados al ahora inocente, es por ello que dentro del presente trabajo se analizara lo tocante a esta problemática que se suscita en la vida ordinaria y que se encuentra al margen de una realidad social en dónde el Derecho Penal y el Estado no han cumplido con sus fines de justicia igualdad y equidad.

# CAPITULO PRIMERO

## **CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES DEL DELITO.**

### **1.1.- GENERALIDADES**

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad.

El crimen nace con el hombre; cuando aún no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, ya el delito se manifestaba en su forma más rudimentaria.

El hombre todavía no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros; por ejemplo, el apoderamiento ilegítimo del animal cazado por otro, la violencia física ejercida sobre la mujer, etc. De ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.

En esta parte interesa, sobre todo, destacar las etapas de evolución por las que han pasado esta disciplina jurídica, y aclarar que la división por etapas o fases, que más adelante se verá, es más didáctica que real, pues éstas no se pueden separar tajantemente y de manera exacta una de otra.

Venganza.

La venganza significa que el hombre, ante una agresión recibida, obtiene satisfacción mediante otro acto violento. En esta fase cabe distinguir cuatro sub-fases: venganza privada, venganza familiar, venganza divina y venganza pública.

### Privada.

La venganza privada también se conoce como venganza de sangre y consiste en que el ofendido se hace justicia por su propia mano, es decir, el afectado ocasiona a su ofensor un daño igual al recibido. En esta fase se identifica como la ley del talión, cuya fórmula es "ojo por ojo y diente por diente". Aquí se ve claramente la venganza individual, en la que se inflige un mal por otro recibido.

### Familiar.

En este período, un familiar del afectado realiza el acto de justicia y causa un daño al ofensor.

### Divina.

La venganza divina es el castigo impuesto a quien causa un daño, en virtud de creencias divinas, de modo que a veces se entremezclan rituales mágicos y hechiceros. Generalmente, el castigo lo imponen los "representantes" de diversas deidades.

### Pública.

La venganza pública es un acto de venganza, pero ejercida por un representante del poder público. Aquí simplemente se traslada la ejecución justiciera a alguien que representa los intereses de la comunidad, en su manifestación más primitiva.

El interés primordial por castigar con severidad a quien causa un daño caracteriza a esta fase. La semejanza o igualdad en el castigo hacen ver claramente que se trata de una verdadera venganza.

En el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas y el Pentateuco Mosaico se encuentran disposiciones relativas a esta fase; de manera evidente, la Biblia plasma la ley del talión en el párrafo siguiente.

“Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndola parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces, pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.”<sup>1</sup>

Cuando el Estado “impone” las penas, éstas se caracterizan por su crueldad de modo que se observan las formas de castigo más variadas y antihumanas, en las que predominan las sanciones corporales y de muerte, la cual es precedida de tratos humillantes y aflictivos.

#### ETAPA HUMANITARIA.

Como respuesta a la fase anterior, surge una reacción humanista en materia penal, de manera que se pretende dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo.

Grandes pensadores, filósofos y humanistas, con su obra e ideas, han influido en el derecho penal y ciencias afines. César Beccaria y John Howard, con su valiente y enérgica manifestación de principios humanistas, trataron de devolver al hombre el respeto a su dignidad.

En su libro Tratado de los delitos y de las penas, Beccaria destaca diversos aspectos, como los procedimientos arbitrarios e inhumanos para obtener

---

<sup>1</sup> Elonio Nacar Fuser y Alberto Colunga, Sagrada Biblia de autores Cristianos, Editorial Católica, Madrid, 1968. Págs.. 76-77.

En su libro Tratado de los delitos y de las penas, Beccaria destaca diversos aspectos, como los procedimientos arbitrarios e inhumanos para obtener confesiones; se refiere a la tortura y rompe con ancestrales creencias relacionadas con la eficacia de la pena:

Para que una pena logre su efecto, basta que el mal de la misma exceda del bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe tenerse en cuenta la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que producirá el delito. "Los hombres se gobiernan por la acción repetida de los males que conocen, y no por la de los que ignora. A medida que los suplicios se hacen más crueles, el espíritu de los hombres que, al modo de los líquidos, se pone siempre al nivel con los objetos que le circundan, estos espíritus pues, se irán endureciendo."<sup>2</sup>

Estas ideas, expresadas en 1764, se encuentran vigentes, al igual que los principios emanados de la Revolución Francesa, con la cual surge la contemplación y tutela de los derechos del hombre.

#### ETAPA CIENTÍFICA.

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

---

<sup>2</sup> César Bonesana, Marqués de Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas. Cajica, Puebla, 1965. Pág. 151-153.

Actualmente pese a los esfuerzos realizados por los estudiosos e interesados en estos aspectos, no se ha resuelto el problema tan delicado que representa la delincuencia.

## ESCUELAS JURÍDICO PENALES.

En relación estrecha con el apartado anterior, este tema ofrece un panorama referente a la concepción que diversas corrientes tuvieron respecto a los problemas fundamentales que plantea el derecho penal, cuyo conocimiento es vital para entender las actuales figuras e instituciones jurídico penales.

### ESCUELA CLÁSICA. ✓

Es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver al derecho penal.

Los pensadores cuya obra dio origen a esta escuela son varios, entre los cuales se considera a Francisco Carrara como el máximo representante; otros fueron Romagnosi, Hegel, Rossi y Carmignani.

Lo más sobresaliente de cada escuela son las conclusiones concretas o postulados a que llegaron sus seguidores, pues en ellos se resume su postura y filosofía, dichos postulados son los siguientes:

Libre albedrío. Establecer que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraría lo hace a su libre elección, además se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.

Igualdad de derechos. Derivado del anterior, se colige que el hombre nace igual en cuanto a sus derechos; por ello, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.

Responsabilidad Moral. Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.

El delito como eje y como entidad jurídica. El punto de partida de los problemas penales lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente.

Método empleado. Como se sabe, el objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el deductivo (de lo general a lo particular). También se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

Como el derecho penal es una ciencia normativa que pertenece al mundo del deber ser, no era posible, según los clásicos, emplear el método seguido por las ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser (o sea, lo que es), independientemente de la voluntad del hombre.

Pena proporcional al delito. La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señala la ley (Carrara habla tanto de moderación de las penas, como de su humanización y seguridad).

Clasificación de delitos. Esta escuela elabora diversas clasificaciones de delitos.

#### ESCUELA POSITIVA.

Como reacción a la escuela clásica surge esta corriente, la cual se fundamenta en bases científicas que correspondan a las ciencias naturales. Sus seguidores son varios, pero se reconoce como los principales a Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso.

Los postulados de la escuela positiva constituyen la negación de los señalados por la clásica, y son los siguientes:

Niega el libre albedrío. Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera consciente el mal sobre el bien; puesto que es un ente natural y, en algunos casos, con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Al respecto, cabe destacar la influencia de César Lombroso, con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato.

Dicha escuela afirma que hay hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, de acuerdo con sus características biológicas, antropológicas y psicológicas.

Responsabilidad social. A diferencia de la escuela clásica, la positivista manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento dado, defenderse.

Delincuente, punto central. El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es sólo la consecuencia.

Método empleado. Los positivistas utilizaron el método inductivo (de lo particular a lo general), conocido también como experimental. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a determinadas conclusiones y desarrollan hipótesis, con lo que crean tesis relacionadas con el comportamiento criminal.

Pena proporcional al estado peligroso. En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito, y se asegura que debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y la gravedad del delito.

Prevención. De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de la represión. Los positivistas creen que, al igual que en la medicina, es más conveniente prevenir que curar.

La medida de seguridad es más importante que la pena. En vez de castigar se debe prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos criterios, y se afirma que debe aplicarse la más adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto.

Clasificación de delincuentes. A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de delitos como la de delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones.

Sustitutivos penales. Se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Los positivistas consideran ineficaces a las penas y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, etc.

#### ESCUELA ECLÉCTICAS.

En realidad, dentro de esta escuela se agrupan varias corrientes. Como respuesta a las dos anteriores, surge esta tercera postura, que llega a ser una fusión de aquéllas.

Las escuelas eclécticas aceptan y niegan postulados tanto de la escuela clásica como de la positivista, y excepcionalmente aportan algo propio y significativo. Las principales son la tercera escuela, la escuela sociológica y la escuela técnico jurídica.

Tercera escuela. La principal surge en Italia (terza scuola) y sus principales representantes son Alimena y Carnevale. En Alemania hubo una tercera escuela que coincide con los postulados de la italiana. La tercera escuela sustenta los siguientes postulados:

- a) Negación del libre albedrío
- b) El delito es un hecho individual y social
- c) Se interesa por el delincuente, más que por el delito
- d) Señala las ventajas del método inductivo
- e) Adopta la investigación científica del delincuente
- f) Considera la responsabilidad moral
- g) Distingue entre imputables e inimputables
- h) Plantea la reforma social como deber del Estado.

Escuela sociológica. Surge en Alemania. También se conoció como la joven escuela, y su principal representante es Franz Von Liszt. Sus postulados son los siguientes:

- a) La pena tiene como fin conservar el orden jurídico
- b) Emplea los métodos jurídicos y experimental
- c) Concibe al delito como fenómeno jurídico y natural.
- d) Considera que los factores criminógenos son individuales, físicos, sociales y económicos.
- e) Afirma que la pena es una necesidad.
- f) Estima la imputabilidad y la peligrosidad del delincuente
- g) Deben existir penas y medidas de seguridad.

Escuela tecnicojurídica. También de origen italiano, tiene como principales representantes a Manzini, Battaglini y Rocco. Los postulados de dicha escuela son los siguientes:

- a) Eleva a primer grado el derecho positivo.
- b) Destaca que el ordenamiento jurídico debe prevalecer sobre otros criterios
- c) Al derecho penal le debe interesar el conocimiento científico de los delitos y las penas
- d) La pena funciona para prevenir y readaptar
- e) La responsabilidad penal debe bastarse en la capacidad para entender y querer
- f) Rechaza el planteamiento de problemas filosóficos.

Como afirma Jiménez de Asúa: "Las escuelas penales pertenecen al pretérito...la lucha de las escuelas ha terminado"<sup>3</sup>

En la actualidad, la legislación penal mexicana conserva rasgos de la escuela clásica en algunos preceptos y de la positiva en otros, aunque puede precisarse que el Código de 1871 manifestó una fuerte influencia de la clásica; el de 1929, de la positiva y el de 1931, adopta una postura ecléctica.

## **1.2 .- LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.**

Antes de la conquista, debido a la religiosidad y severa educación de los habitantes del territorio de lo que hoy es México, el crimen era un fenómeno poco común ya que el castigo era muy severo.

En este periodo, como existían diversas culturas también había una variedad de costumbres y contemplaciones jurídicas. A la juventud se la preparaba en dos aspectos fundamentales: la religión y la milicia.

Los aztecas. En el aspecto jurídico, los aztecas conocían figuras que se encuentran vigentes en el derecho penal mexicano. Al respecto, Castellanos Tena anota: "los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía."<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito. Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, Pág. 68.

<sup>4</sup> Amuchategui Requena, Griselda, Derecho Penal, 2ª. Edición, Editorial Oxford, México, 1999, Pág. 33

En esta civilización, los delitos principales fueron la alcahuetería, el peculado, el cohecho de jueces, la traición en guerra, la deserción, la malversación, el adulterio, el homicidio y el espionaje, entre otros.

Entre las penas principales estaban la muerte causada por medio de ahorcadura, la hoguera, el deguello, el descuartizamiento, el desollamiento; la esclavitud, los castigos infamantes, las corporales, el destierro y el encarcelamiento.

Los mayas. Entre el pueblo maya, la pena también tenía características de severidad y dureza, pero se aprecia una concepción más humanizada: "Más sensibilidad, siendo de la vida más refinado, concepción metafísica del mundo más profunda. En suma, una delicadeza connatural que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes de la historia."<sup>5</sup>

La legislación de los mayas fue consuetudinaria (no escrita). La prisión no se consideraba como un castigo, sino sólo el medio para retener al delincuente a fin de aplicarle después la pena impuesta; por su parte, a los menores se les imponían penas menos severas.

Los delitos principales fueron el adulterio, la violación, el estupro, las deudas, el homicidio, el incendio, la traición a la patria, la sodomía, etc.

Entre las penas más importantes figuraban la de muerte por horno ardiente, el estancamiento, la extracción de vísceras por el ombligo, los flechazos, el devoramiento por fieras; la esclavitud, las corporales, las infamantes y la indemnización, entre otras.

---

<sup>5</sup> Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario. Cárcel y penas en México, Porrúa, México 1974. Pág. 33.

Otros pueblos tenían características similares a las de los aztecas y los mayas, por lo que se considera suficiente lo mencionado hasta aquí.

Resulta oportuno citar que todavía en épocas recientes, en algunos poblados de México se mantienen ciertas costumbres rudimentarias de castigo, pertenecientes a la fase de venganza privada, como el empalamiento.

Época colonial. A la llegada de los españoles, las costumbres y manifestaciones de la cultura indígena fueron abolidas y se impusieron las del pueblo conquistador. Las Leyes de indias fueron el principal cuerpo legal de la Colonia que se aplicó en la Nueva España. Otras legislaciones, como las Ordenanzas Reales de Castilla, la Legislación de Castilla (Leyes de Toro), las Ordenanzas Reales de Bilbao, así como el Fuero Real, las Partidas, Los autos Acordados y la Nueva y la Novísima Recopilación estuvieron vigentes en la época colonial.

De manera específica, se crearon ciertas leyes para el nuevo territorio colonizado, como las Ordenanzas de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

Época Independiente. Al iniciarse la independencia surgió la necesidad de contar con una legislación nueva, propia del pueblo mexicano. Así, empezaron a promulgarse leyes mexicanas pero con influencia de la legislación colonial, a veces aún aplicables a falta de leyes nuevas.

La Constitución de 1824 adoptó el sistema federal. Por cuanto hace a la materia penal, lo más sobresaliente fue la expedición de los códigos penales que son, en orden cronológico los siguientes:

- a) Código Penal para el estado de Veracruz, puesto en vigor en 1869.

- b) Código Penal de 1871, conocido como código de Martínez de Castro, vigente hasta 1929 y con influencia de la escuela clásica.
- c) Código Penal de 1929, conocido como Código Almaraz, vigente hasta 1931 y con influencia de la escuela positiva.
- d) Código Penal de 1931, vigente y aplicable en el Distrito Federal en materia común, así como en toda la República en materia federal. La comisión redactora la integraron Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ángel Ceniceros, entre otros destacados juristas. Este Código mantiene una postura ecléctica.

A la fecha, el Código Penal de 1931 recibe la crítica de ser antiguo y caduco; sin embargo, su adecuación al momento actual se ha logrado mediante innumerable reformas. Mucho se discute acerca de la necesidad de contar con un código nuevo, que se adapte a los actuales requerimientos de la sociedad mexicana.

Por otra parte, también hay quienes señalan la necesidad de contar con un código penal para toda la República, en vez de que cada entidad federativa tenga el suyo, como ocurre en la actualidad.

El derecho penal es el conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.

De la noción anterior se colige que el derecho penal pretende preservar un equilibrio que dé seguridad a los miembros de la sociedad.

Cada grupo social, según el tiempo y lugar, crea sus propias normas penales, con rasgos propios, los cuales varían conforme se modifican las condiciones sociales.

#### MUNDO PRECORTESIANO.

La realidad es que de todo lo acontecido antes de la llegada de los españoles se tienen escasas noticias fidedignas; lamentablemente la mayor parte de documentos como los pergaminos, códices y otros vestigios que nos hablaban de las culturas prehispánicas fueron destruidos por los propios españoles; en ese aspecto uno de los defensores de los aborígenes, "Fray Bartolomé de las Casas, relata que en la zona de Yucatán, donde floreció la cultura maya, la quema de papiros y códices se hizo de tal magnitud que las lenguas de fuego se veían a varias leguas de distancia".

Si tuviésemos esos medios históricos de conocimiento de la vida precortesiana, seguramente se hubiese evitado una serie de errores que sobre esos pueblos se han difundido, los cuales todavía son difíciles de borrar. Estamos acostumbrados a escuchar; entre los aztecas hubo reyes que eran afectos a la práctica de sacrificios humanos y aunque tales afirmaciones de ninguna manera se apegan a la realidad, pues tampoco se trata de magnificar las culturas prehispánicas, éstas tuvieron grandes valores culturales muy especialmente en el campo del derecho penal.

Estos datos los conocemos gracias a los estudios científicos que a partir de 1950 han realizado un grupo de serios profesionales antropólogos e

historiadores, quienes después de analizar el hallazgo pictórico indígena que sobrevivió, obtuvieron valiosas conclusiones dignas de fe.

A pesar de la escasa información, podemos señalar de los pueblos precortesianos que debió a su gravedad y rigidez en materia penal, mantenían una apacible ordenada vida social. Los actos considerados por ellos como delitos graves, eran el abuso de confianza, el aborto, la alcahuatería, el adulterio, el asalto, la calumnia, calumnia judicial, daño en propiedad ajena, embriaguez, estupro, encubrimiento, falso testimonio, falsificación de medidas, hechicería, homicidio, incesto, pederastia, peculado, malversión de fondos, riña, robo, sedición, traición; el derecho penal de esta época se caracterizaba por ser drástico, de ahí que la mayoría de estos actos delictuosos se castigaban con la pena de muerte (mediante lapidación, decapitación, descuartizamiento, etc), destierro, cárcel, azotes y mutilaciones.

### **1.3.- EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES.**

“En el terreno de las ideas- escribe Villalobos-, ha sido necesario siempre encontrar un hombre de lenguaje sugestivo, elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamiento que sin este recurso pudieran permanecer en la penumbra o en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas; buen ejemplo de ellos Voltaire, Juan Jacobo Rousseau, Carlos Marx y Enrico Ferri. Por lo que ve a la reforma penal, fue acertadamente designado por el destino y por algunos amigos suyos de la revista “II Café” el joven Bonnesana, Marqués de Beccaria. Su síntesis admirable vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de vida y actividad del autor; pronto se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes.

En este libro titulado *Dei delitti e delle pene*, se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas, se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el provenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer sus necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración.”<sup>6</sup>

De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes:

a) El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.

b) La penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.

c) Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces.

d) Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaria nada hay tan peligroso como el axioma común que problema la necesidad de consultar el espíritu de la ley.

---

<sup>6</sup> Castellanos, Op. Cit. Pág. 35.

e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres.

f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dando que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerles.

Al marqués de Beccaria se le considera, por algunos, como el iniciador de la Escuela Clásica. Estima Florián que Beccaria no es su fundador por ser superior a las escuelas; pero es el apóstol del Derecho Penal renovado del cual inauguró la era humanista y romántica, con espíritu más filantrópico que científico.

LA ETAPA CIENTÍFICA. Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del período científico. Esta etapa, en rigor, se inicia con la obra del marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quien, es el principal expositor de la escuela clásica.

Algunos autores, señalan como principio del período científico, las doctrinas de los positivistas e fines de la pasada centuria; no obstante, tales estudios no forman propiamente parte del Derecho Penal, según se demostrará en su oportunidad; los positivistas confeccionaron ciencias casuales explicativas de la criminalidad, pero no Derecho, normativo por esencia. Por otra parte, para la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad en forma ordenada y sistemática; tal cosa ocurre a partir de la obra admirable del marqués de Beccaria; en consecuencia, es desde entonces cuando surge el período científico. Sin embargo, ya antes de Beccaria hubo inquietud por el estudio de los problemas del Derecho Penal y se hicieron algunas sistematizaciones para tratar de resolverlos convenientemente.

## CAPITULO SEGUNDO

## **CAPITULO SEGUNDO: EL DELITO EN GENERAL.**

### **2.1.- GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL DELITO.**

La teoría del delito es una parte de la ciencia del Derecho Penal, comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo.

La teoría del delito "atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto".<sup>7</sup> Es decir, esta teoría no se va a encargar de estudiar cada delito en particular, como el robo, el homicidio, el fraude, etc., sino las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un ilícito. Estas partes o elementos son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, así como sus elementos negativos, ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias respectivamente, todo esto con el fin de establecer cuándo se le podrá imputar un hecho delictivo a un sujeto.

"Si la teoría del delito –dice Maggiore- es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad; determinar esa estructura, señalar la organización interna de la doctrina del delito,

---

<sup>7</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2ª. Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, Pág. 333.

es la parte más delicada de la ciencia del Derecho Penal y también a causa de esa delicadeza, la parte más controvertida”.

Como dice Maggiore, la teoría del delito es la parte más delicada y controvertida de la ciencia del derecho penal, por ello, se han formulado diversas teorías.

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

- a) La totalizadora o unitaria, y
- b) La analítica o atomizadora, llamada por Bettioli: método de la consideración analítica o parcial.”<sup>8</sup>

El pensamiento totalizador o unitario, considera al delito como un todo, como un bloque indivisible, porque su esencia no está en cada elemento, sino en el todo; los autores que defienden esta concepción identifican al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, es decir, la realidad del delito se encuentra intrínseca en su unidad, y no se puede dividir.

La idea analítica estudia al delito desintegrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí que en conjunto forman la unidad del mismo. “Los que propugnan semejan diferencias entre los elementos del acto punible, jamás se ha negado que el fenómeno delito viva existencia conjunta. como el organismo fisiológico o patológico, es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el fisiólogo no sabrá

---

<sup>8</sup> López Betancourt, Eduardo., Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 4.

cómo funcionan en conjunto huesos y músculos, vísceras y vasos, si no los estudió uno a uno en la disciplina que se llama Anatomía.”<sup>9</sup>

De lo anterior, me parece más acertada la concepción analítica, porque considero que el desintegrar a éste, para analizar cada parte, no es negar su unidad, sino es un medio para determinarlo “el delito es un todo, un conjunto lógico unitario, en el cual se puede, sin embargo, discernir idealmente lo que tiene de accidental y lo que es esencial.

## **2.2.- DEFINICIÓN DEL DELITO.**

El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los pueblos más antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor, fuera éste hombre o una bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de leyes reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre a la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva.

Del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como al filosofía y la sociología. La primera lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento

---

<sup>9</sup> Ib. ídem. Pág. 4.

**Falta página**

**N°** 22

manifestación de la conducta. La imputabilidad moral fundamenta la responsabilidad del sujeto y, por último, la calificación de dañosa (políticamente) da su verdadero sentido a la infracción de la ley a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada.

Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente del total del ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, en ese sentido se consideran que son cinco sus elementos integrantes: *a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad.* En efecto, el artículo 8 (C. P. Gto.) precisa el acto u omisión como forma de expresión de la conducta humana, a la que en ocasiones se viene a sumar aquellas mutación del mundo físico en que consiste el resultado, integrado así un hecho. La conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta-resultado-nexo causal) deben estar amenazados en una sanción penal ("acto u omisión que sancionan las leyes penales"); así, de la propia definición surge el elemento punibilidad y referido.

Como bien señala Jiménez Huerta, en la definición del artículo 8 aludido hallase implícito el elemento culpabilidad. "El carácter antijurídico de dicho acto u omisión está también anexado en la fórmula sintética de la ley, por ser, igualmente un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que le acto pueda ser valorado de contrario al derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual."<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Mariano Jiménez Huerta, La antijuridicidad, Pag. 123-124, México, 1952.

### **2.2.1.- NOCIÓN SOCIOLOGICA DEL DELITO.**

Existen tantas definiciones de delito como corrientes, disciplinas y enfoques.

Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, etc. En realidad, se manejará fundamentalmente la noción jurídica del delito.

Desde un ángulo jurídico, el delito atiende sólo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

El delito, como noción jurídica, se contempla en dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial.

Jurídico Sustancial.

Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito.

Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar al delito, de modo que existen dos corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica.

Unitaria o totalizadora. Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones, y

Atomizadora o analítica. Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos; unos consideran que el delito se

conforma con dos elementos, otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos, así, habrá una teoría bitómica, tritómica, etc. Una definición de delito jurídico sustancial, sería: "es la conducta típica, antijurídica y culpable que da Jiménez de Asúa."

### **2.2.2.- NOCIÓN JURÍDICO FORMAL DEL DELITO.**

Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

La definición contenida en el Código Penal del Estado, en su artículo 8 es jurídico formal. En este sentido, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

### **2.3.- DIVERSAS DEFINICIONES DEL DELITO.**

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible; para Beling es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Mayer define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable, Edmundo Mezger afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable; para Jiménez de Asúa es un acto típicamente, antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

De acuerdo con nuestro Derecho Positivo Mexicano, el Código Penal Federal en su articulado séptimo define al delito como el "acto u omisión que sancionan las leyes penales", así, la conducta o hecho se obtiene de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal, la antijuridicidad se presentará cuando el sujeto no esté protegido por una causa de licitud. La imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el Derecho Penal, es decir, que no se presente causa de inimputabilidad. Habrá culpabilidad de acuerdo a los artículos 8 y 9 de nuestra ley penal. La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal; pueden o no presentarse.

Como se puede ver, el delito tienen un gran contenido en cuanto a elementos que lo componen y en relación a éstos, existen diversas corrientes de la doctrina, las causales tratan de explicar algunos de ellos, como la teoría causalista y finalista de la acción, la teoría psicologista y normativista, el modelo lógico y la teoría sociologista.

## CAPITULO TERCERO

## **CAPITULO TERCERO: ELEMENTOS DEL DELITO.**

### **3.1.- NOCIÓN DE LA CONDUCTA.**

Conducta es la manifestación de voluntad finalísticamente determinada.

La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetos propugnados por el autor, quien para tal efecto, con base en su experiencia, aprovecha su conocimiento acerca de los procesos causales.

Para el caso del delito de acción dolosa se impone la presencia de una conducta de acción.

La tipicidad es el ámbito del interés por el acto o comportamiento, que refleja la conducta social deseada del orden jurídico. En tanto que la antijuridicidad, es el ámbito del interés por el resultado, entendido como la conclusión del segundo nivel de análisis de la teoría del delito, orientado a confirmar si la conducta antinormativa inicial de la tipicidad, resulta neutralizada frente a la presencia de una regla permisiva que la justifica frente al orden jurídico total. Por esto, sólo después de haber hecho esta segunda revisión será posible, en definitiva, afirmar que la conducta es contraria al orden jurídico y por lo mismo, existe, en ese caso y a la luz de todo el derecho, una conducta y, en su caso, un resultado típico y antijurídico, que confirma y concreta la lesión a un bien jurídico protegido por la ley penal.

Legislación sobre el nexo causal y el resultado:

En México, los tribunales de justicia han expresado sobre el particular:

La teoría de la *conditio sine qua non*, en donde se equiparan todas las causas y condiciones que concurran en la producción de un resultado, ya que todos cooperan a su producción, sin que esto implique que al hacerse la valoración jurídica de tales condiciones, a efecto de determinar la responsabilidad jurídica penal de cada uno de los cooperantes en el delito, no puedan valorarse, desde el punto de vista jurídico y de la reprochabilidad que implica la culpabilidad, en forma diversa, dichas condiciones, imponiendo penas distintas a aquellos que hubieran puesto en movimiento condiciones o causas que descubriesen en ellos una mayor culpabilidad sin perjuicio de salvar siempre, desde el punto de vista de la causalidad, la equivalencia causal de todas las condiciones en orden a la producción del resultado.

Sobre la base de lo anterior, vale observar que el derecho, al surgir, implica una valoración de la conducta de la realidad social. El derecho selecciona y recoge hechos o situaciones de la realidad social que tienen un cierto significado cultural, en función de los fines de convivencia, propugnados vía la seguridad jurídica a través de la protección a los bienes jurídicos. En función de esto, se conoce y reconoce tales situaciones a través de su específico proceso de conocimiento que implica el proceso legislativo de formación de la ley, con lo cual *ipso iure*, las valora o desvalora, que es lo mismo, creando el derecho (Vgr.: culturalmente se reconoce que el hecho de que un individuo prive de la vida a otro es negativo para los fines de convivencia, o lo que es lo mismo, se reconoce que la vida humana representa un cierto valor que merece ser protegido y, en tal circunstancia, estimándola contraria al interés social, prohíbe y ordena su realización).

El principio *nullum crimen sine conducta*, representa un elemento garantista fundamental que afirma que sólo puede ser delito, la acción o comportamiento en que se exterioriza la voluntad, no siendo suficientes aquellos aspectos que se mueven en el ámbito subjetivo o en la esfera psicológica de la persona, donde rige el principio del *cogitationis poenam nemo patitur* (el simple pensamiento no es criminoso). Igualmente y por la misma razón, los hechos o acontecimientos que producen resultados lesivos a bienes jurídicos protegidos, derivados de los procesos causales de la naturaleza o bien de la acción instintiva de los animales, no tiene relevancia jurídico penal, a menos que se encuentren vinculadas directamente con la conducta humana.

### **3.1.1.- CONCEPTO DE LA CONDUCTA.**

La concepción de conducta a que se hace referencia en la teoría del delito, del derecho penal, y que se analizan en el ámbito de la tipicidad naturalmente es una concepción de la conducta que tiene su fundamento en la concepción realista acerca de la misma. Es la conducta en sentido social y naturalístico, la relevante para el contenido social del derecho penal, en el ámbito de la tipicidad, misma que debe ser confrontada a la luz del concepto de la conducta normativa típica, prevista en la ley penal.

En el ámbito de la tipicidad, lo que interesa es la conducta y el hecho acaecido en la realidad social, mismos que corresponde revisar a la luz de lo previsto en la conducta normativa, en la inteligencia de que, en caso de quedar ésta acreditada, junto con los restantes elementos típicos del delito, tal conducta también será recogida por el campo de derecho, y es por esto, que la misma es susceptible de producir efectos jurídicos en tanto que se trata de una conducta delictiva respecto de la cual el derecho observa un determinado predicado.

Por esto es la tipicidad, donde se manifiesta el punto de convergencia que une al contenido normativo del derecho, con su contenido de realidad social al cual regula y que es lo que define precisamente el contenido de relación social del derecho. Por ellos, para determinar la tipicidad es necesario determinar la atribuibilidad de la conducta y a partir de esto afirmar la autonormatividad de la conducta como la primera fase del análisis, para determinar la existencia del delito y, así partir de esto, la responsabilidad penal de un autor, lo cual implica, precisamente, el contenido social del derecho y el contenido de su función dinámica, en cuanto orden de relación social y de regulación de la conducta humana socialmente deseada.

Terminología. En relación con la conducta es frecuente el uso indistinto de las expresiones "conducta", "acción", "comportamiento", o "acto", principalmente.

En la doctrina causalista es frecuente, el uso de las expresiones "conducta", o "comportamiento", entendiéndolas en sentido amplio, abarcando a los conceptos de la "acción" y la "omisión", esta última, referida asimismo como "acción negativa" frente a la anterior que se menciona como "acción positiva".

También, la expresión "hecho", aparece frecuentemente entendida de manera ambivalente: en sentido amplio, para referirla como un núcleo objetivo que abarca a la "conducta, al resultado y al nexo causal"; y en sentido estricto, donde aparece identificado con el concepto anterior de la "conducta".

Con las observaciones que hemos señalado en este apartado, y ante el amplio desarrollo regulador de este lenguaje, aceptamos la convención del uso sinónimo de las voces "conducta", "comportamiento", "acto" o "acción", si bien, entendidas todas como la exteriorización de la voluntad finalísticamente determinada. A la vez dejamos el concepto de "hecho" para referirlo al "conjunto",

“Kernel” o “pragma” como el conjunto objetivo que abarca a la conducta y al resultado, unidos por el nexo de causalidad dentro del ámbito situacional en que acontecen y donde se dan las circunstancias recogidas por el tipo y que, obviamente, aparecen exigidos en el examen de la tipicidad, de la teoría del delito, en relación con el análisis de la conducta típica.

### **3.1.2.- EL SUJETO ACTIVO.**

Concepto. El sujeto activo es la persona física que realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal.

Si bien en el momento presente existe uniformidad en considerar como sujeto activo sólo a la persona física que realiza la conducta típica, la cual puede ser única o plural, en épocas anteriores, fue admisible la responsabilidad penal no sólo de los animales, sino incluso de las cosas.

En el presente, la polémica que frecuentemente se plantea es respecto de la admisión de la responsabilidad de las personas morales. En general, los países del Common Law, admiten la culpabilidad de las personas morales y por lo mismo su responsabilidad penal, sobre la base de considerar que si es admisible la ficción civilista que admite la creación de la norma y por lo mismo su responsabilidad penal, sobre la base de considerar que si es admisible la ficción civilista que admite la creación de la persona moral capaz de generar derechos y obligaciones, de igual manera, una similar ficción jurídica, autoriza a afirmar la posibilidad de que las personas morales sean inculpas por cometer delitos.

Frente a este orden de ideas, en general, los países de formación jurídica latina, por el principio estricto de legalidad, a partir de la existencia de una ley previa, escrita y estricta, son contrarios a la admisión de tal figura y, en general, son partidarios de considerar que los delitos sólo pueden ser cometidos por las personas físicas.

Tal diferencia de criterios sostenidos por unos y otros países, no obedecen a una mera diferencia simplista, sino a razones de cultura que proyectan sus características económicas políticas y sociales en el orden jurídico de uno y otros países. En síntesis el derecho penal europeo continental y en general el latinoamericano, tiene vigencia el principio sociedades delictivas sin potestad. Es el criterio sostenido en Alemania, Italia, España y Austria, como en Latinoamérica. En cambio, sobre la base del criterio que desde la Edad Media, sostuvo Bártolo de Sasoferrato, quien utilizó la teoría de la ficción jurídica del derecho civil en el campo del derecho penal se admite la posible responsabilidad penal de las personas morales en la comisión de delitos. Se ha admitido así, la figura en el derecho inglés, en seguimiento de un criterio que tiene un sentido práctico que resulta ser más amplio en la protección jurídica penal del patrimonio; si bien plantea no pocos problemas a la luz de la dogmática penal, que son el argumento fundamental de los países que no admiten tal posibilidad.

En general, los criterios sostenidos sobre la base de la no admisión de la responsabilidad penal de las personas morales en la comisión del delito, se cifran en los criterios siguientes: Sólo las personas físicas tienen capacidad de conducta o de acción, en sentido penal, ámbito en el cual se maneja el concepto de la acción en sentido natural y no el de la ficción jurídica que admite la legislación civil y mercantil, cuyo objetivo es diferente, sobre todo en razón de la naturaleza de las relaciones que regulan y determinan el contenido de aquellas ramas jurídicas, a diferencia de la materia penal, en ésta, la conducta sólo puede ser entendida en su concepto natural y real. Sólo las personas físicas pueden tener

capacidad de voluntad para realizar un fin ilícito, que se han representado y tal relación psicológica que implica el dolo, o en su caso la culpa, a partir de la violación del deber de cuidado, es privativo de las personas físicas. A la vez, por otra parte, sólo las personas físicas están en aptitud de ejercer los derechos que implican la legitimantes o causas de justificación que derivan de las reglas permisivas que reconoce el propio orden jurídico general. También el concepto de la responsabilidad de derecho penal, como base del juicio de reproche de culpabilidad, que frecuentemente se sustenta sobre la base del libre albedrío, independientemente de otras vertientes que intentan explicarla, necesariamente admite sólo el concepto de la responsabilidad de la persona física, la cual, a la vez, sólo con tales características es susceptible de entender el poder preventivo especial y preventivo general de la pena. Y, finalmente, también la aplicación de la pena, en sentido político criminal, para que pueda ser entendida en el alcance de su contenido retributivo o regenerador, es indispensable que la persona física esté en aptitud de entender el sentido de la imposición punitiva.

El deber sobre este tópico está particularmente presente en el derecho penal contemporáneo, en donde aparece relacionado con el objetivo de su eficacia como orden jurídico de la relación social, el cual debe ser eficaz en la protección de los bienes jurídicos dentro del ámbito situacional en que el interés social, los reconoce; en este sentido se plantea el problema de la eficacia de la ley frente a la protección del patrimonio, como también se plantea el de la seguridad jurídica de la sociedad y concretamente del justiciable en función del principio de legalidad y de reserva de la ley penal.

En mi opinión, estimo que es más seguro y acorde con el principio de la seguridad jurídica, para la convivencia, el orden de ideas que sostienen que sólo pueden ser autores de un delito las personas físicas y no así las morales o jurídicas, por las razones que han sido expuestas, conscientes de que un criterio de otro orden, implica una interpretación, que resulta ser demasiado amplia de los

principios penales de legalidad, reserva y personalidad, en aras de una más amplia protección al bien jurídico del patrimonio. Por otra parte, desde un punto de vista práctico, implica diluir la responsabilidad penal personal del verdadero responsable, en la responsabilidad de la persona jurídica, a la vez que también, el riesgo de caer en situaciones que pudieran implicar formas de verdadera responsabilidad objetiva penal que podrían afectar a personas que ninguna vinculación directa hubieran podido tener a título individual doloso, en la comisión de un delito o incluso culposo, que podría ser considerada por algunos como penalmente excesiva.

### **3.1.3.- EL SUJETO PASIVO.**

Concepto. Sujeto pasivo del delito es la persona física o moral, titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la conducta típica, que genera la violación al deber contenido en la prohibición o mandato previsto en el tipo penal.

Sujeto pasivo calidad. Algunos tipos delictivos exigen una cierta calidad específica, sin la cual, el delito que se trate no podía producirse. Debe distinguirse, aquí entre los conceptos del sujeto pasivo y de la víctima u ofendido del delito. Aun cuando frecuentemente son coincidentes, no siempre acontece así. Víctima es la persona física que resulta directamente afectada por la conducta que causa la lesión al bien jurídico, sin que ello sea obstáculo para reconocer como posible sujeto pasivo a un tercero que resultara ser el titular del bien jurídico. (Vgr.: el empleado que regresa con la nomina y es asaltado, sufre el acto de robo y el desapoderamiento del dinero objeto del ilícito y, por tanto, es la víctima de un robo, pero es evidente que el sujeto pasivo lo será el patrón o la empresa de la que aquél es solo un empleado, y por tanto no sufre el perjuicio económico que si afecta al bien jurídico, patrimonio, de la empresa quien es por tanto el sujeto pasivo. En un delito de homicidio, la víctima es la persona que sufre la acción

homicida y que, por lo mismo, al fallecer deja de ser persona para constituirse en cadáver, jurídicamente mencionado como el "occiso" o el de cujus y que, en términos de análisis de la conducta típica, será el objeto material del delito, pero sujeto pasivo del delito, serán los familiares que son titulares de los bienes jurídicos tutelados y, por tanto, quienes tienen el derecho de hacer las reclamaciones correspondientes.

Sujeto pasivo número. Algunos tipos delictivos exigen la presencia de un número plural de personas afectadas en la lesión al bien jurídico por la conducta típica, siendo ello necesario para que se pueda concretar el delito de que se trate. (Vgr.: delito de genocidio).

### **3.2.- LA TIPICIDAD.**

La palabra tipicidad tiene un significado propio, y acaso distinto, que bien pudiera ser la necesidad de que los delitos se acuñen en tipos y no en definiciones vagamente genéricas; pero no es menos cierto que, al igual que con la palabra imputabilidad propiamente aplicable a la calidad que constituye imputable alguna cosa, extendida hoy en la técnica nuestra, a la capacidad penal, aquel vocablo puede recibir un contenido más amplio.

La tipicidad en su primera fase tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Matar a un hombre es el tipo del delito de homicidio. Es una mera descripción. Establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada antijuridicidad.

Finalmente: El juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o de culpa, se hace en virtud de la culpabilidad. Beling modifico y amplio su teoría del tipo en 1939, manteniéndole, no obstante, su papel independiente de mera función descriptiva.

La teoría de la tipicidad, cuando fue expuesta por Beling en 1906, no recibió acogida favorable por parte de los tratadistas alemanes, que desdeñaron su importancia, llamándola inútil complicación. Binding dedica a Beling y a su doctrina una nota tan llena de violencia como de injusticia. En el extranjero la noción del tipo se ignora entonces en absoluto. Sin el genial libro de Max Ernesto Mayer la tipicidad se hubiera olvidado.

La segunda fase de la teoría de la tipicidad se halla expuesta en el aludido tratado de derecho penal de Mayer, que aparece en 1915. En esta obra, resurge la teoría del tipo. Pero para él la tipicidad no es ya una mera descripción; le atribuye un valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero afirma el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuridicidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como por ejemplo, la inclusión en el tipo del hurto de la cualidad ajena de la cosa.

La tercera fase, extremadamente opuesta a la concepción de Beling, se halla representada por Edmundo Mezger. Aunque desde 1926 comenzó a construir su doctrina, esta recibe organización definitiva en 1931, cuando publica su tratado de derecho penal.

La teoría de Mezger transparenta ya su definición del delito: acción típicamente antijurídica y culpable. Puesto que para Mezger no es ya el delito una acción típica, antijurídica, etc., es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye, en primer termino, una conducta típicamente

antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en sección o capítulo propio, sino que, por el contrario, se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y después como injusto tipificado.

En la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, llegando a constituir la base real de esta, es decir, su *ratio essendi*.

En verdad, Mezger subraya que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero en cambio es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Esta tesis lleva inevitablemente a crear una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales.

El propio Mezger trata de defenderse contra las consecuencias a que le lleva su doctrina e insiste vigorosamente en que sus ideas no engendran una antijuridicidad penal específica. Pero por mucho que sea su habilidad, los razonamientos que expone no son capaces de convencer. En resumen: esta tercera fase, que dota a la tipicidad de una función desmesurada, debe rechazarse.

La tipicidad no es *ratio essendi* de la antijuridicidad, sino más bien un indicio de ella, como Mayer expuso con acierto, a lo mucho es función de concreción y de conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales. De mera concreción cuando, existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y enmarca la antijuridicidad; y de conocimiento, cuando coinciden en el tiempo la aparición de la antijuridicidad y del tipo.

No puede independizarse la tipicidad de los restantes caracteres del delito; pero sería erróneo hacer con todas las características de la infracción un

todo indisoluble, presidido de una parte por la voluntad criminal, y de otra por el resultado lesivo de la comunidad o del pueblo.

Es indispensable el mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad, como caracteres funcionales que, si bien forman a la postre el todo conceptual llamado delito, son capaces de ser distinguidos separadamente, ya que cada uno posee función propia en la diversidad armónica del conjunto.

Por lo que respecta a la tipicidad, mi opinión es esta: Función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene, además, funcionamiento indiciario de su existencia.

Como puede verse, tipo y tipicidad forman parte de un contexto indisoluble, pero que así como reconocen un género tienen también, una diferencia específica.

### **3.2.1.- ELEMENTOS DEL TIPO.**

La reforma a nuestra carta magna de 1993 entre otras cosas, trajo a la luz del derecho penal la sustitución de la expresión "cuerpo del delito" por la de "elementos del tipo penal". Pero, desafortunadamente aun no se ha encontrado una amplia y adecuada comprensión, ni de parte de los encargados de aplicar la Ley al caso concreto ni de los teóricos que tienen la tarea de explicarlo sistemáticamente.

Ha sido tal grado de dificultad para entender las razones de ese cambio, que claro esta no es simplemente semántico, sino de fondo a la estructura

político-criminal y dogmática del delito. Y a pesar del poco tiempo, sin que aun hubiésemos podido conocer sus bondades y quizás desaciertos, se busca ahora "flexibilizar" el nuevo concepto "elementos del tipo penal".

Y así resulta entonces, que lo que hoy se establece como la mejor opción, mañana se modifica sin siquiera haber podido asimilarla.

Siempre se critico el cambio argumentando que obedecía a una posición teórica que había tenido éxito en otros países y que ahora ha quedado claro que no corresponde al Derecho Penal Mexicano. Este es, por supuesto, una reflexión simplista.

A guisa de ser más explicativo, describo el concepto de cuerpo del delito y sus elementos, luego, he de significar el contenido de los elementos del tipo y hacer su distingo.

En relación al "corpus delicti".

El cuerpo del delito es un concepto que data de la Edad Media ubicado en su raíz doctrinal en las leyes germánicas, las que aludían a las huellas del examen del cuerpo de la víctima. Como se ve es un concepto añejo.

Es hasta el siglo XX cuando el concepto "cuerpo del delito" se convierte en una expresión común en la mayor parte de las legislaciones de América, con un papel y una trascendencia excepcional en un estado de derecho, especialmente relacionado con el principio de legalidad.

En nuestro sistema jurídico el concepto de "corpus delicti" se transforma en una institución medular, sobre la que se forja el enjuiciamiento

punitivo traspasando incluso la frontera del derecho procesal para adentrarse en la dogmática penal y en forma específica en la tipicidad.

A fin de analizar el cuerpo del delito es necesario partir de la descripción elaborada por el legislador para resaltar la ocasión de un hecho penalmente relevante bajo cuya concreción, seguramente, debe sobrevenir una consecuencia jurídico penal.

Es comúnmente aceptado que el corpus delicti pueda identificarse en tres sentidos diferentes:

a) La expresión corpus delicti como hecho objetivo bien que sea permanente o transitorio, incierto en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción. Un homicidio, la violación.

b) La expresión corpus delicti como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su ejecución, el cadáver, el desfloramiento.

c) La expresión corpus delicti como huella o vestigio de naturaleza real que se conserva como reliquia de la acción perpetrada. golpes, la llave falsa.

Tan se vuelve relevante el concepto de cuerpo del delito, que inclusive la propia constitución alude a ello, basta recordar el contenido y la redacción original de los artículos 16 y 19, siendo pues, un instituto jurídico que permanece precisamente hasta el año de 1993.

Desde este punto de vista, la dogmática identifica siempre al cuerpo del delito con la existencia de un hecho punible. tanto así que se define como:

El conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal.

Empero, esto creaba serias dudas para que la autoridad sea Juez o Ministerio Público pudieran comprobar el cuerpo del delito puesto que alrededor de la comisión de un delito, existen una serie de elementos físicos o modificaciones al mundo exterior, que claro, entrañan, al igual, una manifestación exterior material, que bien podían confundirse con al cuerpo del delito.

Y luego todavía, se generan dudas en torno a los delitos que no tienen una manifestación tangible exterior, lo que pretendió salvarse con la distinción entre *delicta facti permanentis* y *delicta facti transeuntis*.

Así entonces, los elementos del cuerpo del delito se forman en tres grupos:

1. *Corpus criminis*. Es la persona o cosa sobre la cual se ha ejecutado la acción descrita por la ley como delito o la persona o cosa que han sido objeto del delito. (sujeto pasivo-objeto material)

2. *Corpus instrumentorum*. Son los instrumentos utilizados, las cosas con las cuales se comete o intenta cometer el hecho delictivo, los medios destinados a facilitar la acción del delincuente. (medios)

3. *Corpus probationem*. Son las piezas de convicción, las huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado al cometer el hecho delictivo.

En este sentido, el concepto de cuerpo del delito siempre fue identificado con aspectos de carácter objetivo, que al paso del tiempo fueron

**Falta página**

**N° 42**

En relación a los elementos del tipo, la doctrina actual no ha adoptado una postura plenamente que conteste a su contenido original, puesto que incluso, algunos criterios jurisprudenciales, calificaron al tipo penal como un indicio de culpabilidad.

El tipo penal se equipara a la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido del injusto, y su contenido es:

A) Elementos Objetivos abarca el aspecto externo de la conducta, son perceptibles a través de los sentidos, son tangibles, externos, materiales. El cadáver en el domicilio.

Elementos Subjetivos. Es siempre la voluntad dirigida al resultado. Pertenecen al mundo psíquico del agente o de un tercero. Son especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo.

B) Elementos Normativos exigen un juicio de valoración. Son hechos o circunstancias que solo pueden imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma. Es una valoración que no resulta factible percibir por medio de los sentidos.

C) Calidades del sujeto activo y del pasivo. incluye la forma de participación de los sujetos. Cuando el tipo lo requiere, el ser funcionario, el ser paciente.

D) Modalidades de lugar, modo y tiempo. En despoblado, utilizando la violencia, dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento.

Como puede verse el sistema del finalismo importa una exposición más pulcra, clara, pero que requiere de estudio.

### **3.2.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.**

#### I. Clasificación de los tipos en orden al modo de su realización.

Delitos de mera conducta. El legislador se limita a describir la acción o la omisión. Por lo mismo, esta clasificación, a su vez, se divide en la subclasificación:

a) Delitos de actividad simple. Estos delitos que se configuran por vía de acción, es decir, por vía de la realización de la sola conducta, la cual, por sí, implica el delito (Vrg.: ataques a las vías de comunicación conformada por el hecho de conducir en estado de ebriedad con la violación de alguna infracción de tránsito)

b) Delitos de omisión simple. Estos delitos constituyen figuras delictivas que se integran solo con el no hacer exigido por la ley penal que implica la conducta omisiva del deber jurídico, con lo cual el agente, no evita la lesión al bien jurídico protegido y la violación a la norma correspondiente, sin que sea necesaria la producción de resultado alguno, o bien, el resultado, en su caso, será constitutivo de un delito independiente. (Vrg.: no socorrer o auxiliar a la persona que lo necesita en términos de los dispuesto en la ley penal; y falta de asistencia médica oportuna que a su vez favorece la presencia de lesiones que ponen en peligro la vida).

Delitos de resultado. Estos delitos están caracterizados por la prohibición o mandato de una conducta, orientada a causar o evitar la producción de un resultado que es exigido por el derecho penal.

Los delitos de resultado, se caracterizan por el hecho de que no es suficiente la producción de la sola conducta prohibida u ordenada, sino que además es necesario que se produzca el resultado material típico y antijurídico.

Al derecho le interesa, tanto que no realice la conducta que puede tener como consecuencia el resultado de muerte, como también que no se produzca los resultados de muerte en sí.

El resultado es una modificación del mundo externo o la mutación del mundo físico, que es relevante para el derecho penal en la medida en que aparece prevista en la ley, y aparece relacionado causalmente con la conducta prohibida u ordenada por la ley penal.

En términos de lo expuesto, esta clasificación es relevante para los efectos de la aplicación de la ley procesal, además de la sustantiva misma, en relación con la determinación del lugar, tiempo, ocasión y modo de comisión del delito, que a su vez es relevante para determinar tanto la jurisdicción y la competencia, como también para los efectos de la prescripción, entre otros aspectos.

## CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN A LA FORMA DE SU INTEGRACIÓN

I. Tipos Básicos. Los tipos básicos son aquellos que se integran con todos los elementos necesarios y suficientes para confirmar el tipo delictivo de que se trate (vgr: homicidio, robo, etc.)

II. Tipos Complementados. Los tipos complementados se conforman con los elementos de un tipo básico, a los que se suman otros elementos más, denominados "circunstancias cualificantes o atenuantes", que aparecen previstos

en una disposición distinta de la propia ley penal, los cuales, sumados, forman un tipo delictivo nuevo y diverso, el cual, de acuerdo con sus características, podrá suponer un mayor o menor grado del injusto y, en función de ello, observará una elevación o disminución de la punibilidad respecto de la prevista por el tipo básico (vgr.: como agravantes: lesión u homicidio con las calificantes de alevosía y/o ventaja y/o premeditación, etc.); el robo calificado, cuando es cometido con violencia física o moral, o en los casos previstos como, lesiones en riña.

III. Tipos Especiales. Los tipos especiales satisfacen todos los elementos necesarios y suficientes para integrar el tipo básico a lo que se suman otros elementos mas que no contienen aquél, en manera de constituir y conformar un tipo especial, autónomo. De acuerdo con las características de los elementos especificantes, y en forma similar a como ocurre en los complementados, el tipo especial puede ser, privilegiado, o atenuado y calificado o gravado, según supongan su elevación o disminución en el grado del injusto, generando, por tanto, una pena menor o mayor, según el caso. (vgr.: parricidio (artículo hoy previsto como lesión u homicidio operados por razón del parentesco) o infanticidio (artículo hoy derogado).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la clasificación de los delitos en orden al tipo ha expresado:

Desde el punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, estos se han clasificado en: Básicos, Especiales y Complementarios. Los básicos estiman tales en razón de su índole fundamental y por tener independencia, los especiales suponen el mantenimiento de caracteres de tipo básico, pero añadiéndola alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorpora. Como por ejemplo, para apreciar el

alcance de las clasificaciones anterior, podemos aislar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como tipo básico, el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipo especial en razón que el tipo contiene una referencia al sujeto activo, de tal manera que solo puede cometer este delito, aquellos que reúnen las condiciones por referencias típicas en el sujeto; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales solo pueden cometer las personas que tienen tal calidad (Semana Judicial de la Federación, Sexta época volumen XV, Segunda parte página 68).

#### CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN A LA FORMA DE SU CONSUMACIÓN.

I. Tipo de delito instantáneo. Este tipo que previene delitos cuyo resultado y lesión al bien jurídico penalmente protegido aparece producido de manera concomitante e instantánea con el momento de realización de la conducta típica que viola la norma, pudiendo implicar delitos de mera conducta, o bien delitos de resultado material. (vgr.: Lesiones causadas instantáneamente con la comisión de la conducta típica).

De este grupo aparecen una especie conformada con los así denominados delitos instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos donde el resultado ocasionado es definitivo (vgr.: delitos de homicidio).

II. Tipo de delitos permanentes. Este es un delito de tracto sucesivo; aquel en donde el estado de antijuridicidad se prolonga en el tiempo, hasta que la realización de una nueva conducta da por terminado ese estado de antijuridicidad, generando la terminación del delito. (vgr.: secuestro; detención ilegal de la libertad). El estudio de los delitos permanentes, guarda interés en relación con diferentes instituciones jurídico penales y procesales, tal como el término de la

prescripción, en la medida en que esta no ocurre hasta en tanto concluye el estado de antijuridicidad; el lugar y el tiempo de comisión del delito.

III. Tipos de delitos continuados. La ley penal mexicana previene en su último párrafo del artículo 7 del código penal federal, además de los delitos instantáneos y permanentes, también la figura jurídica del delito continuado. Se trata, aquí, de una ficción jurídica, en donde diversas conductas, cometidas en tiempos diversos cada una de las cuales lesiva de un específico bien jurídico protegido, aparecen reguladas por el derecho como una sola conducta, por razón de la unidad en la intención criminosa del autor. En algunas legislaciones, esta figura del delito continuado exige la unidad en el sujeto pasivo, es decir, que las diversas conductas, unidas por la misma intención criminosa del autor, afectan a un solo pasivo; como también, en otras legislaciones se exige que el bien jurídico protegido sea de la misma especie. Naturalmente, donde así no se prevea, debe entenderse que se admite la figura del delito continuado, en dos especies: el delito continuado heterónimo cuando los bienes son de diferentes especies y el delito continuado homónimo, cuando son de la misma especie.

En síntesis, nos parece, que esta figura jurídica supone verdaderos casos de concurso real de delitos unidos por su identidad en el fin o diseño criminoso, razón por lo que son contemplados como un solo delito y sujetos a una sola pena. En la legislación comparada, respecto de esa figura, especial interés ofrece el texto del Código Penal italiano, Rocco, de 1930, que la incluyó diferenciándola de las otras formas del concurso de delitos.

La figura del delito continuado intenta responder a la realidad social de ciertos casos en donde aun frente a la presencia de una pluralidad de conductas, físicamente separables en el tiempo, la persona solo desea la realización de un único fin delictuoso que, solo para la mayor facilidad en su ejecución, es que resulta perpetrado en diversos casos separados en el tiempo

(vgr.:la persona que queriendo reunir la cantidad de veinte mil pesos, para pagar el costo de la operación de la esposa, comete cinco robos distintos, por cantidades reducidas en la esperanza de que de dicha manera no será descubierto el faltante). Hasta aquí parecería no haber dificultad en el entendimiento de la figura, sin embargo, el problema que se presenta, deriva de la dificultad de distinguir entre estas situaciones y tantas otras que regularmente aparecen como verdaderos casos de concurso real de delitos. Así, el violador contumaz que comete la conducta precisamente por su intención específica, clara y definida de violar al pasivo, sea que se trate del mismo pasivo en tiempos diversos o bien que se trate de pasivos diferentes; o bien la persona que comete regularmente robos y cuyo fin criminoso invariable es precisamente apoderarse de un bien ajeno mueble con el único y definitivo fin de incrementar su patrimonio personal, independientemente del motivo específico que naturalmente en cada caso es variable (quiere comprar una casa de elevado costo, o un automóvil de lujo; etc). o bien el homicida que lo que pretende precisamente es privar de la vida a un grupo de personas, con único fin delincuencial, que lo mismo puede obedecer a razones de disidencia ideológica, venganza familiar, venganza personal o algún otro motivo único. En todos estos casos es indudable que se plantea una indiscutible unidad en el fin criminoso, que evidentemente no corresponde al objeto del legislador cuando intenta regular estas diversas acciones como un solo delito, como una forma más justa para valorarlos. Me parece que en todos estos últimos casos existe un verdadero concurso real de delitos y no un delito continuado único.

En fin, es evidente que cuando procure el tipo del delito continuado, es castigar con una sola pena aquellas conductas que aun siendo plurales responden a un esquema o diseño criminoso verdaderamente único, en donde efectivamente el agente quiere cometer una sola conducta delincuencial, lo que supone una delimitación que no siempre resulta ser fácilmente identificable. Un límite que en este sentido se ofrece útil, es tener presente que el concepto del fin criminoso tiene que hacer referencia a un fin concreto que efectivamente de

sentido a la idea de que aun siendo diversos actos, se trata de la realización de una sola conducta delictiva y, por esto, resulta evidente que la realización de diversas conductas delictivas con el objeto específico de cometerlas, o bien en relación con objetivos que no pueden concretar la idea de que se trata de una única conducta, no sería constitutivo de delito continuado, sino de un concurso real de delitos.

#### CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN EL ORDEN AL NÚMERO DE SUJETOS ACTIVOS.

I. Tipos de delitos mono-subjetivos, individuales o unisubsistentes. Aparecen caracterizados porque la conducta típica observa su comisión por un solo sujeto activo (vgr.: el robo perpetrado por una sola persona).

II. Tipos de delitos pluri-subjetivos, colectivos o plurisubsistentes, en donde se hace necesario que la conducta típica sea realizada por un número plural de sujetos activos (vgr.: asociación delictuosa).

#### CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN AL NÚMERO DE SUJETOS PASIVOS

Al igual que la clasificación anterior, surge en relación con el número de sujetos pasivos, en el cual, se habla de:

I. Tipos de delito pluri-ofensivos, para el caso del sujeto pasivo múltiple (vgr.: el genocidio).

II. Tipos de delitos monofensivos son aquellos tipos delictivos que prevén la afectación a un solo pasivo (vgr.: delito de homicidio de una sola persona).

## CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN A LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO.

I. Tipos de delito propios, o delicta propia: requieren de una calidad específica en la persona del sujeto activo, que lo coloca en una determinada especial relación con el bien jurídico protegido (vgr.: delito cometido por funcionario público).

II. Tipos de delito comunes o delicta comuna: son aquellos en donde la ley no exige una determinada calidad en el sujeto activo, por lo que se les refiere como delitos de sujeto activo innominado, y en donde el texto legal frecuentemente los refiere como "el que", "quien", etc. (vgr.: homicidio, robo).

Esta división, guarda relevancia, tanto para la definición de las características del deber específico que surge del derecho, vinculado de manera especial a ciertas personas, y cuya consecuencia se refleja tanto en el campo de la responsabilidad de las personas en la comisión de un delito, como también para la determinación del grado de responsabilidad. En estas figuras delictivas cuando el autor de la conducta no reúne las características que la ley penal exige de la persona del sujeto activo, regularmente se produce un delito distinto que no requiere esa específica calidad (vgr.: delito de parricidio, respecto del delito de homicidio).

## CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN EN SU FORMA DE AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.

I. Tipos de delito de lesión. En estos delitos la conducta típica genera la afectación por vía de la destrucción, disminución o molestia de un bien jurídico.

II. Tipo de delito de peligro. Estos tipos no previenen una conducta materialmente lesiva a un bien jurídico, sino que se configuran con la sola puesta en peligro del mismo.

Peligro es el grado de probabilidad en la causación a un bien jurídico.

Es necesario, en relación con esta clasificación, distinguir entre el peligro abstracto y el peligro concreto.

En términos generales, la configuración de delitos de peligro que previene la ley penal, incluso el que de manera genérica se previene a través de la figura de la "tentativa del delito", se refiere a un concepto de peligro concreto y no de peligro abstracto.

Son delitos de peligro concreto aquellos en donde la probabilidad de lesión, aparece concretizada a través de alguna forma que implica una verdadera conmoción del bien jurídico, es decir, temporal y espacialmente, el bien jurídico ha estado en relación inmediata con la acción del sujeto activo, que lo ha colocado en un peligro concreto. Tal valoración, naturalmente tiene que derivar de un juicio que es ex ante y no ex post, es decir, que debe retrotraerse a las características de conocimiento tenido sobre el particular antes de la comisión de la conducta y del proceso causal correspondiente, ya que de no ser así, no podría llevar al conocimiento de elementos que al momento de comisión del hecho no se tenía. Es necesario, en resumen, que el bien jurídico fue realmente puesto en peligro como resultado de la relación entre la conducta típica del sujeto y esa misma afectación al bien jurídico.

En los delitos de peligro abstracto, en cambio, se plantean verdaderos caos de presunción iuris et de iure de la propia ley penal, en donde la ley expresamente refiere que una determinada situación supone un peligro, sin

admitir prueba en contrario, razón por la cual la sola realización de la conducta se encuentra en dicha previsión legal, implica la realización del peligro abstracto previsto en la ley. Como es natural, estas formas específicas de delitos de peligro solo se dan en la medida en que la propia ley establece tales previsiones y, naturalmente, implica siempre figuras jurídicas cuestionables a la luz del respeto a los derechos humanos ya que no necesariamente implican un verdadero peligro concreto al bien jurídico protegido, y por lo mismo, pueden suponer la imposición de penas respecto de casos en donde no ha habido una verdadera lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido. Por la misma razón son en general rechazadas por la doctrina penal .

## CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN A LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FORMULACIÓN DE LA CONDUCTA.

I. Tipo de formulación libre. En estos tipos la conducta típica que causa el resultado no aparece descrita de manera específica en el precepto penal, es decir, que el resultado típico puede ser cometido por cualquier conducta que sea idónea al efecto desde el punto de vista causal.

II. Tipos de formulación casuística. A diferencia de los anteriores, los tipos de formulación casuística son aquellos en donde la ley penal describe de manera precisa y detallada la conducta y la caución del resultado, en su caso (vgr.: conducta prevista en los tipos contemplados en los artículos 265 y 267 del Código Penal).

III. Tipos de formulación alternativa. En estos delitos el tipo contiene diversas conductas a través de las cuales es posible producir el resultado típico. El delito puede ser cometido por vía de cualquiera de las conductas previstas en el tipo.

La alternatividad puede estar dada tanto en relación con la prevención de conductas que impliquen acciones u omisiones.

Los tipos alternativos, obviamente suponen tipos de complementos que se integran plenamente con cada una de cualquiera de las modalidades previstas. Por esta razón los artículos de la Ley Penal pueden suponer, de acuerdo con su texto, diversos tipos formados con cada una de las conductas alternativamente previstas.

Los tipos acumulativos. Son aquellos donde aparecen previstas y exigidas por la Ley Penal más de una conducta, las cuales se acumulan para la integración del tipo delictivo correspondiente.

#### CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS EN ORDEN AL RESULTADO CORTADO O CONSUMACIÓN ANTICIPADA.

Estos tipos se subdividen en:

Tipos simples o tipos de ofensa simple, que son aquellos en que se lesiona un solo bien jurídico.

Tipos de ofensa compleja o tipos complejos, que son aquellos en donde la lesión o puesta en peligro, aparece relacionada con la afectación a más de un bien jurídico.

La doctrina se refiere también, en la clasificación de los tipos, a la figura del tipo de resultado cortado o de consumación anticipada, para referirse a aquellos casos en donde la ley previene como delito, situaciones que implican la sola realización de actos tendientes a la realización de un delito, sin que sea necesario la consumación de este último o la producción del resultado, razón por la cual, aparecen previstos en la ley como la sola situación de la puesta en peligro, en estos casos debe tratarse de un peligro concreto.

### **3.2.3.- AUSENCIA DEL TIPO.**

Son causas de atipicidad aquellas situaciones que originan la falta de atribuibilidad al tipo de delito de que se trate, lo que implica la falta de atipicidad y, como consecuencia, la inexistencia del delito.

#### **CLASIFICACIÓN DE LAS ATIPICIDADES.**

En términos generales, las atipicidades estructurales de la conducta típica pueden ser clasificados dentro de dos grandes grupos, de la manera siguiente:

Criterios estructurales generales de no atribución de la conducta al tipo:

Cumplimiento de un deber.

Principio de intervención mínima o principio de la extrema ratio de la ley penal.

Ausencia de las características fundamentales de la atribuibilidad de la conducta al tipo (falta de alguno de los elementos descriptivos objetivos, normativos o subjetivos).

Atipicidad estructural general de no atribución de la conducta al tipo en función del riesgo permitido.

Criterios específicos de no atribución de la conducta al tipo

Ausencia de acción. (Sueño, sonambulismo, hipnotismo, movimientos reflejos, movimientos involuntarios, movimientos por actos terapéuticos o derivados de cuadros patológicos mentales (Riptus epiléptico).

Fuerza física irresistible. (Vis absoluta y vis mayor).

Caso fortuito

Consentimiento

Error de tipo.

La atipicidad se presenta cuando no se integran todos los elementos descriptivos en el tipo legal, con lo cual se constituye el tipo negativo del delito.

Existe diferencia entre lo que es ausencia del tipo y atipicidad, siendo que la primera surge cuando el Legislador deliberada o inadvertidamente no describe una conducta, que según el sentir general debería estar incluida con el catálogo de los delitos, esto es, que existe la conducta, pero no el tipo.

**Faltan páginas**

**N°** 57

estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal.

Es necesario que tengamos en cuenta que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal, porque eso compete a la culpabilidad.

### **3.3.1.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

Para el Maestro Castellanos Tena, "Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica".<sup>12</sup>

Dicho de otra manera, las causas de justificación, son los factores del individuo a realizar el comportamiento descrito del tipo penal, que de una manera normal constituiría legalmente un delito si se realizara.

Tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico no acarrea ninguna consecuencia, ni civil, ni penal, pero para encontrarse frente a una causa de justificación, es necesario que haya una declaración expresa y de esta manera, se efectuara con derecho, aún a pesar de haber realizado el sujeto una conducta típica.

Las causas de justificación que acepta nuestro Derecho, y que se encuentran establecidas en el artículo 33 del Código Penal vigente en nuestro Estado de Guanajuato, y son las siguientes:

La legítima defensa (fracción II)

Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de menor entidad (fracción III)

Cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho (fracción IV)

### **3.4.- IMPUTABILIDAD.**

La imputabilidad se puede deducir en la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho. Por otra parte, como lo menciona Porte Petit, "La Imputabilidad (Calidad del sujeto. Capacidad ante el Derecho Penal), se le debe considerar como el soporte o base de la culpabilidad y no como un elemento del delito".<sup>13</sup>

Carranca y Trujillo nos dice "que será imputable todo aquel que posea el tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e independientemente por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida social humana".<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967, Pág. 143.

<sup>13</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1991, Pág. 388.

<sup>14</sup> Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 4ta. Edición, Editorial Porrúa. México 1976, Pág. 274.

### **3.4.1.- CULPABILIDAD.**

Se define la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Para el maestro Ignacio Villalobos, "la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto, por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que contienen al constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo o indirectamente por indolencia, o desatención nacidos, por desinterés o subestimación del mal ajeno, frente a los propios deseos de la culpa".

La culpabilidad presupone la antijuridicidad; como los mismos elementos de conciencia y voluntad, el acto puede ser culpable o meritorio según su naturaleza y consciente del acto, es lo que hace al sujeto partícipe de la reprobación o aprobación o aceptación. De lo anterior deducimos que el concepto de culpabilidad se compone de dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, y una valoración normativa de la misma.

En el artículo 40 del Código Penal de nuestro estado de Guanajuato, (código anterior al ahora vigente) se señalaban tres formas de culpabilidad:

- I.- Dolosa;
- II.- Culposa; y
- III.- Preterintencional.

En el aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad. De acuerdo con la concepción de la culpabilidad en términos generales se dan dos elementos, el proceso intelectual y el proceso volitivo, por lo que no puede ver culpabilidad cuando faltan uno de estos elementos. El proceso volitivo incidirá

sobre el proceso psicológico del dolo y la culpa. Cuando el resultado típico se produce sin que haya un elemento intelectual ya no hay culpabilidad. Así, se dice que hay inculpabilidad, cuando hay error en cuanto a la naturaleza del acto, o coacción para ejecutar el acto no querido. Siendo estas dos causas de inculpabilidad. El error es la representación falsa que se tiene como cierto, este error debe recaer sobre un elemento del tipo. La coacción es una fuerza exterior al hombre, cuando la voluntad no es libre no se puede dar la culpabilidad. La coacción debe ser irresistible, decisiva, seria e intimidatoria.

Como se ha manifestado la culpabilidad se refiere al sujeto determinado autor de una conducta típica y antijurídica, y esencialmente, al contenido psíquico de esa conducta; de estas referencias se deriva la consecuencia de la ley que ha previsto para quien es responsable de haber cometido un delito es decir para la imposición del castigo o sanción para el culpable o responsable.

El delito es un hecho culpable; no basta que se ha un hecho antijurídico y típico, sino que también debe ser culpable. Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de este y además de serle reprochada.

### **3.4.2.- IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.**

La imputabilidad se puede deducir en la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho. Por otra parte, como lo menciona Porte Petit, "La Imputabilidad (Calidad del sujeto. Capacidad ante el Derecho Penal), se le debe

considerar como el soporte o base de la culpabilidad y no como un elemento del delito".<sup>15</sup>

Carranca y Trujillo nos dice "que será imputable todo aquel que posea el tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e independientemente por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida social humana".<sup>16</sup>

La imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, ya que el agente antes de ser culpable es imputable, es supuesto previo, sin aquella no se concibe esta; se refiere a un modo de ser agente, aun estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas, y morales exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.

La culpabilidad en un sentido más amplio puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Se debe reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico pero este no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor, sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad. Es un juicio valorativo.

Se dice que la culpabilidad es el resultado de un juicio porque el único capacitado para pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de ella es el juez, quien formula un juicio de referencia vinculado psicológicamente la hecho con su autor y, posteriormente resuelve si la voluntad contenida en la conducta era no reprochable porque era o no exigible y aun comportamiento diferente, adecuado a la norma.

---

<sup>15</sup> Ib. Idem. Pág. 389.

<sup>16</sup> Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 4ta. Edición, Editorial Porrúa. México 1976, Pág. 274.

En cuanto a la culpa o imprudencia, la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta delictiva que lleva un resultado, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión, verifica una conducta que produce un resultado previsible, delictuoso, en este caso, la conducta es culposa, no intencional o imprudencial.

### **3.4.3.- INIMPUTABILIDAD.**

Las causas de inimputabilidad son todos aquellos capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Tratándose de inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales, como las llamadas supralegales.

Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal son:

Enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia.

Desarrollo Psíquico incompleto o retardado, y,

Grave perturbación de la conciencia sin base patológica. (Artículos 36 y 37 del Código Penal vigente en nuestro Estado de Guanajuato).

Así pues, la inimputabilidad existe en el momento de la ejecución del hecho, hay ocasiones en que el sujeto antes de actuar, voluntariamente o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito, a esta acción se le llama "Libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto", a este caso no se elimina la responsabilidad del sujeto activo.

## CAPITULO CUARTO

## **CAPITULO CUARTO: CULPABILIDAD.**

### **4.1.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD.**

En la formulación del concepto de culpa entran diversos ingredientes de naturaleza bien diversa. No podemos en manera alguna prescindir de la previsibilidad como tampoco del deber de cuidado exigido por la ley al punir determinadas consecuencias de la conducta humana. La voluntad tiene importancia referida concretamente a la acción o inacción del sujeto, pero no debe concretarse con el evento dañoso. El carácter evitable del acontecimiento luctuoso juega igualmente importante papel en la culpa como lo destacó Binding.

En todo acontecimiento culposo se incumple un deber, más no el deber de observancia de la norma prohibitiva que sanciona el resultado típico y antijurídico, sino de otro diverso formulado implícitamente en la obligación de abstenerse. El sujeto debe limitar sus actos a las actividades o inactividades que no rebasen la línea abstracta que conduce a la creación de un peligro, pues con ello está infringiendo un especial deber de cuidado o una prohibición expresa impuesta por la ley, la costumbre o la razón. El incumplimiento de ese deber o de esas obligaciones es voluntario por originarse con la acción o la omisión que causalmente producirá el efecto dañoso, mas dicha voluntad no es voluntad de causación del resultado. La función de la previsibilidad del evento no tiene importancia que antaño se le reconoció, pues por sí misma carece de relevancia, lo que aparece claramente comprobado por la existencia de la culpa conscientes, en la cual el agente prevé el efecto dañoso aunque no lo quiera ni lo acepte. Tiene por ello razón Antolisei cuando, al dar a la previsibilidad el carácter de un juicio, niega que éste constituya la esencia de la culpa.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Pavón Vásconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1995, Pág. 445.

Podemos, en consecuencia, relacionando los elementos dispersos anunciados, definir la culpa como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.

#### **4.2.- FORMAS DE CULPABILIDAD**

Despéndese de la definición anterior, como elementos de la culpa:

a) Una conducta voluntaria (acción u omisión), reconocida unánimemente, pues sólo del hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

b) Un resultado típico y antijurídico. Al referirme a la culpabilidad se dejó establecido que el juicio en que se hace consistir el elemento subjetivo del delito, presupone necesariamente un hecho típico y antijurídico, lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexo causal con la acción u omisión, se adecua perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración.

c) Nexos causal entre la conducta y el resultado. No puede prescindirse de este elemento en la formulación del concepto de culpa. Para poder atribuir al agente se precisa la relación causal de la conducta con aquél, problema tratado con la debida amplitud al examinar el primer elemento del delito.

d) Naturaleza previsible y evitable del evento. Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y la sana razón, pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable.

e) Ausencia de voluntad del resultado. Sin discusión alguna, el delito culposo excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya que por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría.

f) Violación de los deberes de cuidado. La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado. Aun aceptando que la previsibilidad constituya la base misma de la culpa, la falta de previsión carecería de la importancia si no fuera por la existencia del deber; la imprevisión o la previsión concurrentes con el acto inicial voluntario, que causalmente produce el resultado, son culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado, pues éste tendía específicamente a evitar el daño concretamente producido. La conciencia de ese deber aparece con claridad en la culpa con representación.

#### **4.3.- EL DOLO Y SUS ELEMENTOS.**

Para adentrarnos en la conceptualización del dolo en el sistema funcionalista conviene recordar algunas premisas.

La primera es la ubicación del dolo en el tipo y no en la culpabilidad, lo cual implica la exclusión de la conciencia de la antijuridicidad y, por ende, el concepto del dolo debe ser avalorado: dolo neutro.

El dolo típico se conforma, en segundo término, con el conocimiento y la voluntad del autor de realizar una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado. No obstante, la fundamentación de lo anterior no puede darse sobre la base de procesos causales guiados por una voluntad final, lo cual excluiría a los supuestos de omisión.

A las anteriores premisas demostradas se deben agregar otras por demostrar, pero que se deben adelantar desde ahora para perfilar una conceptualización del dolo dentro de los lineamientos del funcionalismo.

En primer lugar, la concepción del dolo se debe establecer como una interacción causal-normativa-final que concurre en el autor al momento de realizar su conducta.

Segundo, el conocimiento que sustenta a la voluntad dolosa del autor debe aparecer desde una perspectiva ex ante como una conducta prohibida por la norma penal, sea porque una conducta prohibida por la norma penal, sea porque lesiona (consumación), pone en peligro (tentativa) o no evita la lesión (omisión) del bien jurídico tutelado.

El resultado y término por ahora con las premisas, debe aparecer como muy probable desde una perspectiva ex ante, pero su materialización o ausencia ex post, como producto del peligro intrínseco de la conducta prohibida, determinará si estamos ante un delito consumado o uno intentado, sin que sea

relevante si los procesos causales o el resultado mismo son o no idénticos a los representados o queridos por el autor.

Dicho lo anterior podemos pasar a citar algunos conceptos de dolo:

El problema de establecer un concepto general de dolo tiene como problema fundamental su ámbito de validez conceptual, es decir, dicho concepto debe ser válido tanto para un supuesto de dolo directo de primer grado como uno de dolo directo de segundo grado y, he aquí el mayor problema, para uno de dolo eventual.

Roxin define "la opinión de que 'la realización del plan' constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva."<sup>18</sup>

Siendo definido el dolo como la "decisión en contra del bien jurídico tutelado."<sup>19</sup>, concepto compartido por Frish al paso que Schrot considera que el dolo es la "asunción de las condiciones constitutivas del injusto."<sup>20</sup> o, del mismo Autor, como "negación explícita que realiza el individuo agente de una situación protegida por la norma jurídico -penal". Hassemmer concluye: "el dolo es decisión a favor del injusto."<sup>21</sup>

Por otra parte, los problemas planteados por el dolo eventual, el cual difícilmente puede quedar encuadrado dentro de un concepto general de dolo, han llevado a la formulación de conceptos creados ad hoc. Así Phillips lo concibe como una "decisión adoptada en la situación de riesgo"<sup>22</sup>. Incluso la Gran Comisión de

<sup>18</sup> Díaz Aranda, Enrique, Dolo Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 114.

<sup>19</sup> Ib. Idem.

<sup>20</sup> Ib. Idem. Pág. 115.

<sup>21</sup> Hassemmer, Winfried. Los Elementos Característicos del Dolo, Pág. 931.

<sup>22</sup> Ob. Cit. Díaz Aranda. Pág. 115.

Derecho Penal lo definió como "conformarse con la realización del tipo considerada como posible."<sup>23</sup>

Desde mi punto de vista, se entiende por dolo: el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal.

El concepto antes propuesto requiere ser aclarado a través de una exposición sobre el contenido y los criterios de interpretación de los elementos del dolo: conocimiento y voluntad.

Para proceder a lo anterior conviene preguntarnos ¿cómo se determina el conocimiento del autor?, ¿qué grado de conocimientos se requiere para imputar la comisión del delito doloso?, ¿se requerirá siempre de la voluntad dolosa del sujeto activo de alcanzar el resultado lesivo del bien jurídico tutelado?, ¿han querido el resultado quien ha obrado con dolo eventual?, o ¿basta con que el autor conozca el elevado peligro de lesión para el bien jurídico que su conducta representa y, pese a ello, quiera seguir adelante?.

Existe acuerdo en la doctrina en que el dolo se conforma de dos elementos: conocimiento y voluntad. En lo que no existe acuerdo es en la determinación del contenido de uno y otro y cuál de ellos debe prevalecer.

#### A. COGNITIVO

El conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que "no se conoce, como señala Hassemer "no se puede concebir una voluntad vacía de contenido".<sup>24</sup> Por ello se debe dejar sentada la existencia del conocimiento como elemento del dolo.

---

<sup>23</sup> Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán. 4ta. Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993, Pág. 85.

<sup>24</sup> Ob. Cit. Diaz Aranda, Pág. 116.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el conocimiento es definido como "acción y efecto de conocer; entendimiento, inteligencia, razón natural." De ello se deduce que todo conocimiento supone un conocer, lo cual implica grabar en la conciencia palabras, ideas, conceptos y experiencias que inconscientemente se tienen disponibles en la memoria. Retomando nuevamente lo establecido en el diccionario de la Lengua Española, conocer proviene del latín cognoscere y significa: "averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas // percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él // presumir o conjeturar lo que puede suceder. Conocer que ha de llover presto por la disposición del aire."

De esta guisa, el conocimiento presupone una serie de conocimientos particulares sean sobre la naturaleza, la vida, la ciencia, el arte, etc., los cuales se han adquirido a través de un proceso intelectual.

La concepción hasta ahora planteada de conocimiento hace mención en general a todos los conocimientos, tanto aquellos que adquirimos en la vida diaria producto de nuestra experiencia, como aquellos que requieren de un aprendizaje especial. No es lo mismo saber que la existencia de nubes oscuras en el cielo y la presencia de rayos o relámpagos presagian que va a llover, a saber por qué se manifiesta ese fenómeno de la naturaleza. Para saber que va a llover basta con la experiencia general de la vida cotidiana en periodos de lluvia. Por el contrario, para saber por qué llueve y por qué pueden existir descargas eléctricas entre las nubes o entre las nubes y la tierra, se necesita de conocimientos especiales, que han supuesto su estudio sea en la escuela a través de la lectura de libros sobre la materia, vía internet, etc.

Concebido el conocimiento en los términos anteriores surgen los interrogantes sobre el conocimiento que resulta relevante para el Derecho Penal; de ello me ocupó a continuación.

“En 1927 Taranowski sostuvo que el dolo del autor sólo se confirma cuando éste se ha representado el concurso causal que conduce a la producción del resultado.”<sup>25</sup> Mezger complementa lo anterior señalando que, al efecto, “es necesaria y suficiente la <valoración paralela en la esfera del profano>. En este sentido, por profano se debe entender al hombre medio dentro del entorno social y cultural en el cual se desenvuelve el autor del hecho.

Córdoba Roda va más allá y dice: “el dolo no se contenta sin embargo con el conocimiento del producir externo de la acción, sino que debe extenderse por exigencia normativa a todos los elementos del tipo.”<sup>26</sup> Al efecto Jescheck manifiesta que: “debe haber en el pensamiento de la persona individual una estimación del elementos del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el legislador.”<sup>27</sup>

Sirvan las citas anteriores para determinar que el conocimiento de quien obra dolosamente gira en torno a dos elementos del tipo objetivo: descriptivos y normativos. Identificados dichos elementos procede establecer los criterios para su interpretación dogmática.

#### 1. CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL TIPO OBJETIVO.

Se entienden por elementos descriptivos del tipo objetivo aquellos cuya percepción se realiza a través de los sentidos, es decir, “aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez.”

---

<sup>25</sup> Díaz Aranda, Op. Cit. Pág. 117.

<sup>26</sup> Córdoba Roda, Juan, Una nueva concepción ...Pág. 79.

<sup>27</sup> Díaz Aranda, Op. Cit. Pág. 118.

Como sabemos, los tipos penales describen conductas y resultados, a los cuales se les vincula una pena.

Mientras que la descripción de la conducta es genérica, el resultado, en cambio, es preciso, es decir, la conducta de matar ofrece una multiplicidad de posibilidades en la realidad; por decirlo así, ¡hay mil y una formas de matar! Pero sería imposible describir previamente todas ellas en un Código Penal; por lo cual, la técnica legislativa seguida es la de referirse en el tipo a la conducta de matar, la cual dentro de su generalidad es suficientemente precisa para no violar la garantía de legalidad impuesta por la Carta Magna. El resultado, por el contrario, está claramente identificado: sólo hay una muerte en el sentido jurídico penal.

Conforme a los lineamientos anteriores, el ciudadano conoce la prohibición de matar y por tanto, su obligación de abstenerse de realizar aquellas conductas que ponen en peligro la vida de otro. Sobre estas descripciones tanto de la conducta como del resultado prohibido recaen los conocimientos de quien obra dolosamente.

## 2. CONOCIMIENTOS NORMATIVOS DEL TIPO OBJETIVO.

A la pregunta ¿qué debe conocer el autor en tipos básicos como el de homicidio?, se puede responder con gran facilidad, pues basta con que el sujeto sepa que está prohibido privar de la vida a otro. Más, el conocimiento de los elementos normativos representa mayores problemas en comparación con el conocimiento de los elementos descriptivos.

“Pues, es más fácil que el hombre medio tenga conocimiento sobre la prohibición de privar de la vida a otro que saber quién, a efectos de responsabilidad penal, tiene la calidad de servidor público o qué se debe entender por ajeno, falso, documentos o lascivo, todos ellos son conceptos que requieren de

un conocimiento más elaborado dado que requieren de una comprensión espiritual.”<sup>28</sup>

Desde el descubrimiento de los elementos normativos por Mayer, su existencia se ha ido reforzando cada vez más al grado de llegar a la conclusión de que incluso aquellos elementos considerados como puramente descriptivos tienen también un contenido normativo. Por ejemplo, la determinación de la muerte a efectos penales no corresponde al concepto de muerte biológica, sino que ha ido cambiando hasta llegar a su determinación a partir de criterios biológico-normativo-valorativos.

Para Engisch, los elementos normativos son aquellos “que solo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma.”<sup>29</sup> por ejemplo: ajeno, buenas costumbres, reprobable, injuria, etc, son elementos que requieren acudir a una norma jurídica o social para determinar su significado y, en consecuencia, deben ser considerados como elementos normativos. Sin embargo, no importa tanto la separación entre elementos descriptivos y normativos porque la mayoría de tipos los entremezclan denominado en algunos casos el elemento normativo y en otros el descriptivo.”<sup>30</sup>

#### A. VOLITIVO.

El contenido de la voluntad como elemento del dolo es el punto más controvertido.

---

<sup>28</sup> Diaz Aranda, Op. Cit. Pág. 133.

<sup>29</sup> Roxin, Claus, Op. Cit. Pág. 307.

<sup>30</sup> Diaz Aranda, Op. Cit. Pág. 134.

De acuerdo con la concepción psicológica de la culpabilidad, propia del sistema clásico, esa voluntad debía ser la de provocar un resultado típico y antijurídico. Con la inclusión de elementos normativos en la culpabilidad por el sistema neoclásico surgieron los primeros problemas de la voluntad como elemento rector del dolo, pues ya no era tan trascendente el nexo psicológico entre el autor y el resultado antijurídico sino la valoración normativa: el reproche que se podía realizar al autor por su conducta. De todas formas, el dolo mantuvo su componente psicológico y, aunque atenuado en su importancia, la voluntad siguió desempeñando su función de elementos que abarca tanto la conducta como la provocación de un resultado típico y antijurídico.

El problema de la teoría final radicó en la inclusión del resultado como elemento de la voluntad dolosa, dado que ello presuponía el haberlo previsto como fin de la conducta, como una consecuencia necesaria o como un resultado concomitante.

Empero, el autor puede desarrollar una conducta y no necesariamente haberse representado uno o varios resultados típicos, los cuales suceden después de su actuar.

Esa falta de previsión excluía la voluntad como factor de dirección de procesos causales y por tanto el dolo del autor.

En contrapartida, puede ser que el autor se haya representado el resultado y, pese a ello, no quiera, es más, repudie que ello suceda y con esa esperanza actúe, resultando que ese resultado no querido o deplorado se verifica en la realidad. En estos supuestos el sistema finalista volvía a tener dificultades para establecer cuándo estamos ante un supuesto de dolo eventual y cuándo ante una culpa consciente.

De acuerdo con lo anterior podemos desentrañar a qué se refiere el legislador penal mexicano cuando alude a la conducta dolosa como aquella en la cual el sujeto pasivo quiere o acepta el resultado típico.

Al hacer mención del querer o aceptar el legislador penal mexicano no sólo abarca en el dolo a la voluntad en el sentido de querer el resultado típico deseado, perseguir, aprobar o consentir con agrado sino también quien acepta, aunque sea a disgusto. En otras palabras, también obra dolosamente quien se conforma o se resigna con acuerdo con el pronóstico concreto del autor, probablemente puede causar el resultado.

#### **4.4.- LA INCULPABILIDAD.**

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, según expresión de Jiménez de Asúa. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- a) El error, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

#### **IGNORANCIA Y ERROR.**

Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de la relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto de un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

Para los efectos del Derecho, sin embargo, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente. "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 de error."<sup>31</sup>

El error, como género, comprende como especies al error de hecho y al error de derecho, distinción proveniente del Derecho Romano y reconocida plenamente en nuestros días. No obstante, en Alemania ha encontrado gran acogida la corriente unificadora representada, entre otros por Binding y Von Liszt. Para el primero, el error relevante sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el Derecho carece de toda importancia de lo cual se infiere que el error relevante es necesariamente un error de Derecho, resultando dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y el de Derecho."<sup>32</sup>

Von Liszt declara sin importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. "La distinción entre error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento en la ley."<sup>33</sup>

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho. Si como con toda claridad lo señala Jiménez de Asúa, en el caso concreto no concurre el elemento intelectual del dolo (conciencia de la

---

<sup>31</sup> Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, 2ª. Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1995, Pág. 420.

<sup>32</sup> Ib. ídem. Pág. 424.

<sup>33</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 3ª. Edición, Pág. 418.

descripción típica y del deber de respeto a la norma), por no existir el conocimiento de los hechos y de su significación, la conducta y su consecuencia no pueden ser dolosas, sin que sea serio alegar "que los casos de ignorancia de derecho son excepcionalísimos y que, cuando se dan, presentes enormes dificultades de prueba. Nosotros no estamos discutiendo -dice el conocido autor español- sobre la probabilidad o rareza de esas situaciones, que cada día pueden ser más frecuentes por la complicación y el número de las leyes y por tomar éstas color político o local, harto lejano de universales normas de cultura ya; y tampoco nos estamos ocupando de los medios de prueba y de su valor. A la luz de Derecho penal material, nos parece lo correcto." <sup>34</sup>

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental (inesencial).

El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito).

El error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió prever el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad.

El error inesencial o accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración". (aberratio ictus y aberratio in persona).

Si bien inicialmente la doctrina consideró que el conocimiento de la ilicitud debía consistir precisamente en la captación de que el hecho ejecutado era

---

<sup>34</sup> Ib. ídem.

típico, lo cual introducía en él la concepción de la tipicidad, ese criterio fue prontamente abandonado. Mezger se encargó de precisar, primeramente, que la culpabilidad jurídico penal no era culpabilidad en sentido ético, sino jurídico, y que el acto de voluntad del autor debe entenderse como "injusto interno, anímicamente enraizado", para después afirmar, al referirse a la responsabilidad dolosa, que actúa de esa manera el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de esa acción y ha admitido en su representación el resultado, agregando que al tipo penal y como éste "valoriza" el hecho, dándole determinada "significación" la misma debe ser captada por el dolo del autor, por lo que el conocimiento, como elemento intelectual del dolo, comprende tanto el conocimiento de los hechos como el conocimiento de su significación. "Su inversión -dice Mezger- hace surgir el error del agente sobre los hechos y el error respecto a su significación; el contraste entre conocimiento de los hechos (error sobre los hechos) y conocimiento del derecho (error del derecho) concierne sólo a un especial caso del contraste que aquí concebimos de un modo más genérico".

#### EL ERROR ACCIDENTAL.

Lo constituyen los casos de aberración, denominados *aberratio ictus* y *aberratio in persona*. En el primero hay una desviación en el golpe con causación de un daño equivalente, menos o mayor al propuesto por el sujeto.

Si "A" dispara su arma contra "B", con *animus necandi*, pero su mala puntería hace que la bala lesione y mate a "C", a quien no se tiene intención de matar, responderá de homicidio doloso, siendo indiferente para la ley que la muerte querida haya recaído en persona distinta; la culpabilidad del agente es plena y el error inesencial en nada varía la subjetividad del hecho imputable, cuestión sobre la cual Carrara había propugnado el criterio unitario, al expresar: "La voluntad del agente estaba dirigida a la muerte de un ciudadano y su brazo la ha producido".

En el segundo (*aberratio in persona*), el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a la errónea representación. En el mismo ejemplo, si "A", queriendo matar a "B", lo confunde con "C" y causa la muerte de éste, existirá un error en la persona, irrelevante para la ley pues el autor responderá por homicidio doloso.

#### DELITO PUTATIVO.

No debe confundirse el delito putativo con el error de derecho, a pesar de tener semejanzas. Porte Petit observa que en uno y otro existe un error: "En un caso, creyéndose que la conducta o hecho realizados son delictuosos. En el otro, considerando que la conducta o el hecho no están descritos en la ley como delitos. Cuando se trata de un error de derecho, la norma penal tiene existencia, y por el error en que el sujeto se encuentra 'no existe en la mente del mismo'. En el delito putativo, por el contrario, la norma penal no tiene existencia, y por el error en que se encuentra el sujeto, 'existe en la mente' del mismo."<sup>35</sup>

#### LAS EXIMIENTES PUTATIVAS.

A ellas se refiere Jiménez de Asúa cuando, al tratar sobre los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, las incluye dentro del esencial, en tanto éste recae "sobre la existencia de causas que excluyen la pena", supuesto erróneamente la concurrencia en el hecho de los elementos de una justificante, prefiriendo denominarlas "eximientes putativas", en vez de "justificantes putativas" como lo hacen los autores alemanes, ya que ambos son términos antitéticos."<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1958, Pág. 518.

<sup>36</sup> *Ib. idem.* Págs. 429-434.

“Por tales se entiende, dice Fernando Castellanos, 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.”<sup>37</sup>

El error también será esencial dice Soler, cuando se cree estar en una situación justificada. “En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determina porque además, erróneamente, piensa que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta. Esos son los casos de defensa putativa y, en general, de justificación putativa.”<sup>38</sup>

Se señalan como eximientes putativas:

- a) Defensa putativa
- b) Estado de necesidad putativo;
- c) Ejercicio de un derecho putativo, y
- d) Cumplimiento de un deber putativo.

---

<sup>37</sup>Lineamientos Elementales de Derechos Penal, Pág. 352-353

<sup>38</sup> Derecho Penal Argentino, II, Pág. 95

## CAPITULO QUINTO

## CAPITULO QUINTO: PUNIBILIDAD.

### 5.1.- CONCEPTO JURÍDICO

Por punibilidad la entendemos como la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las norma jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

“Franz Von Liszt, al definir el delito, lo estima un acto culpable, contrario al Derecho y sancionado con un pena, precisando la constituyen cuatro caracteres esenciales, siendo el último de ellos (sancionado con una pena) el que le otorga su carácter específico. El legislador, aduce, no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción, pues los actos culpables (Delikte) selecciona algunos para formar hechos constitutivos de delitos sancionados en penas.”<sup>39</sup>

“Bettioli se refiere al delito como al hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, expresando que la punibilidad es una nota genérica de todo delito, dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo.”<sup>40</sup>

“Para Cuello Calón, el delito es fundamentalmente acción punible, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél.”<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Jiménez de Asúa. Luis, Tratado de Derecho Penal, II, Págs. 263 y 264, 3ª. Edición, Madrid.

<sup>40</sup> Dirrito Penale, Parte Generale, Pág. 139, Palermo 1945.

<sup>41</sup> Derecho Penal, I, 4ª edición, Barcelona 1954, Págs. 281.

Por su parte, "Jiménez de Asúa precisa que lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena."<sup>42</sup>

Opina en contrario, entre otros, Sebastián Soler, quien excluye a la punibilidad de sus rasgos esenciales. Para el autor argentino, delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Definir el delito como acto punible y decir que éste "es un acto antijurídico, culpable y punible, importa incurrir, expresa Soler en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos, para que, cuando los elementos concurren, la pena pueda o deba aplicarse. La construcción en la dogmática jurídica tiene un objeto más práctico que cognitivo. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de éstos."<sup>43</sup>

Entre los penalistas mexicanos, Fernando Castellanos e Ignacio Villalobos sostienen igual punto de vista. Expresa el primero que la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; en cuanto al segundo, porque el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considerada la punibilidad como elemento integral dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo. "Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica

---

<sup>42</sup> La ley y el delito, Pág. 458, 2ª. Edición, 1954.

<sup>43</sup> Derecho Penal Argentino, I, Pág. 240. Buenos Aires 1951.

de delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y la conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente, mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles.”<sup>44</sup>

“El segundo se encarga de hacer hincapié en que el delito en oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuridicidad) como subjetiva (culpabilidad), mientras la pena es la reacción de la Sociedad y por ello externa a aquél, constituyendo su consecuencia ordinaria, terminando por afirmar que un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible, invocando la existencia de delitos no punibles conforme a la ley, cuando ésta otorga una excusa absolutoria.”<sup>45</sup>

## **5.2.- COMO ELEMENTO DEL DELITO.**

El derecho penal, ordenamiento jurídico que se ocupa del delito, del delincuente y de las penas y medidas de seguridad, constituye el objeto de la Ciencia del Derecho penal. Si se pretende hacer dogmática sobre la ley positiva mexicana debe tenerse siempre presente el concepto vertido por el artículo 8 del Código Penal del Estado, al definir el delito como la acción u omisión.

“Por este motivo algunos anteproyectos y códigos elaborados recientemente en nuestro país han suprimido su definición sin que, como observa Castellanos, su eliminación en ocasiones sufre alteraciones substanciales del sistema.”<sup>46</sup>

<sup>44</sup> La punibilidad y su ausencia. Criminalia, Pág. 415. México 1960.

<sup>45</sup> Derecho Penal Mexicano, Pág. 203-204, Editorial Porrúa, México 1960

<sup>46</sup> Pavón Vásconcelos, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1995, Pág. 490.

El concepto del delito contenido en el artículo 8, ha sido criticado en cuanto no destaca la totalidad de los caracteres que lo forman, estimándose por ello insuficiente. No obstante, tal definición precisa el carácter fundamental, específico, que separa el delito de otras infracciones sancionables. Al estudiar los elementos antijuridicidad y culpabilidad, hemos puesto de relieve su identidad en otros actos injustos, contrarios o en oposición al Derecho, subrayando que no se trata de elementos exclusivos del delito. Así, al tratar de la unidad de lo antijurídico, concluyo en el sentido de que la antijuridicidad es única e indivisible” y no existe un injusto específicamente penal, por más que se le pueda referir al concreto campo del Derecho Penal.

La Teoría General del Derecho se ha encargado de precisar la diferencia fundamental entre el Derecho y otros órdenes normativos, pues mientras lo común en ellos es la noción de obligación (Derecho y Moral), la norma jurídica surge en cuanto al incumplimiento del deber prescrito se relaciona a un acto coactivo del Estado que la dicta. Por esta razón Kelsen considera inexistente una obligación jurídica de conducirse en determinada forma si no hay norma que estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Puede suceder que por omisión del legislador no se establezca un acto coactivo para sancionar una determinada conducta, contraria a la prescrita en la norma cuyo caso no existe obligación jurídica de acatar el mandato. “Sin duda -dice Kelsen-, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica.”<sup>47</sup>

Ahora bien, si todo el derecho es un orden coactivo, ¿cuál es la diferencia específica entre el derecho penal y otros derechos?, no siendo lo injusto

---

<sup>47</sup> Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho, editorial Universitaria de Buenos Aires, Tratado Moisés Nilve. 1960, Pág. 80.

ni lo culpable características distintivas, según lo he afirmado, sólo dos notas, la principal y la punibilidad caracterizan y diferencian la norma penal de otras.

Es innegable que el ordenamiento jurídico, integrante del derecho penal, se forma con distintas clases de normas: unas describen conductas o hechos a los cuales se asocia la amenaza de una sanción penal (pena), mientras otras establecen prevenciones generales tendientes a la aplicación o inaplicación de las primeras. Éstas crean delitos y se integran mediante el precepto y la sanción. A través del precepto se dirige un mandato o una prohibición a los particulares destinatarios de ellas, estatuyéndose deberes de obrar o de abstenerse cuya exigencia es posible en virtud de la coacción derivada de la sanción integrante de las normas de este tipo. Obligación jurídica de cumplir con el puesto, sólo es debida a la amenaza de sanción que a la conducta contraria impone la propia norma.

La norma que pretende imponer una obligación a través de un mandato o una prohibición sin ligar a ellos la amenaza de una pena (sanción penal), pierde su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa.

### **5.3.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.**

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominada excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

Jiménez de Asúa las define así: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública."<sup>48</sup>

Castellanos Tena congruente con su punto de vista de considerar a la punibilidad como una consecuencia del delito, precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basada en consideraciones de variada índole, excusa de pena al autor. "Así entendida, la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias."<sup>49</sup>

Se han considerado, con la denominación genérica de "excusas absolutorias", los casos comprendidos en el artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato: " CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO"

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

II. Falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate;

III. Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho;

---

<sup>48</sup> Pavón Vásconcelos. Op. Cit. Pág. 494.

<sup>49</sup> La punibilidad y la ausencia. Criminalía, 1960, Pág. 417.

IV. Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares;

V. Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedir la;

VI. En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesione otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que el titular del bien salvado no hay provocado dolosamente el peligro; y
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Cuando el agente sólo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35 (C. P.);

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

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

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

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, del mismo ordenamiento, según corresponda:

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

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

## CAPITULO SEXTO

## **CAPITULO SEXTO: CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.**

### **6.1.- POR SU GRAVEDAD.**

POR SU GRAVEDAD.

Primero se dividió por su gravedad, con dos sistemas que clasifican a las infracciones penales; el primero es el que las divide en crímenes, delitos y contravenciones; el segundo es el que los clasifica en delitos y contravenciones únicamente, por lo que el primer sistema se le ha denominado clasificación tripartita y al segundo clasificación bipartita.

#### **CLASIFICACIÓN TRIPARTITA.**

Esta clasificación es ya antigua, comprende a los crímenes, delitos y contravenciones; fue defendida por los juristas anglosajones en el siglo XVII.

Su fundamento se encuentra en la literatura penal del período filosófico, donde se distinguieron los crímenes que lesionaban los derechos naturales como la vida, la libertad, entre otros; los delitos, siendo aquellos que violaban los derechos nacidos por el contrato social, como la propiedad y por último las contravenciones, que infringían disposiciones y reglamentos de policía.

A esta clasificación se le reconoció una utilidad práctica para marcar la competencia de los tribunales. Así mismo se dice que realiza una individualización de la gravedad de la conducta delictiva, profundamente arraigada en la conciencia popular, la cual no acepta los hechos que constituyen un crimen

## CLASIFICACIÓN BIPARTITA.

Esta clasificación del delito, en relación a la gravedad, comprende a los delitos y contravenciones; se ha dicho que es más favorable, por considerar que entre los delitos y los crímenes no hay diferencias esenciales, sino tan sólo de cuantía, mientras que entre el delito y la contravención si hay profunda diversidad de naturaleza y cualidad.

Los delitos, contienen una lesión efectiva o potencial en el ámbito jurídico y en los intereses protegidos; así mismo, van en contra de las normas de moralidad y son hechos inspirados en intención malévola, mientras las contravenciones son hechos inocentes, indiferentes en sí mismos, realizados sin mala intención solamente constituyen un peligro para el orden jurídico y por ello se sancionan a título preventivo.

### **6.2.- POR LA FORMA.**

1. De oficio. Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede realizar, y el Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito, por ejemplo el homicidio.

2. De querrela. También conocidos como de petición de parte ofendida; se piensa que es una reminiscencia de la "venganza privada", en la que la gente se hacía justicia por su propia mano.

Es importante recordar que en el período de la "venganza privada", el ofendido agredía al causante del delito en virtud del daño que había recibido y es más, hasta existió la compensación, que era el pago por la venganza o bien se daba el caso de la "Ley del Talión", de la que se desprendía la venganza en el

mismo físico del agresor dependiendo del grado del delito, así se decía, "ojo por ojo, diente por diente"

De esta forma, el agredido, a través de la querrela ejercita, si quiere, una acción en contra de su agresor.

### **6.3.- POR EL RESULTADO.**

Para Jiménez de Asúa no existe delito sin resultado. El resultado no es solamente el daño cometido por el delito, tampoco el cambio material en el mundo exterior, sino también mutaciones de orden moral.

1. Formales. "Son los delitos de simple actividad o meros delitos de acción."<sup>50</sup>
2. Materiales. " Son delitos de resultados externo."<sup>51</sup>

Se cree que lógicamente existe en todo delito una actividad y un resultado, en los delitos formales o de simple actividad, esos dos momentos coinciden en el tiempo y se sujetan íntimamente.

Delito instantáneo.

1. Los delitos instantáneos pueden ser determinados, enfocando la instantaneidad de la consumación. Es aquél que al momento de su consumación se agota.

---

<sup>50</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990, Pág. 216.

<sup>51</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La ley y el Delito, 3edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990. Pág. 215.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos dice que "son delitos instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos que en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos, sin poder prolongarse, como es el caso de homicidio, el incendio, las lesiones, entre otros".

2. También se puede dar el delito instantáneo con duración permanente, que se llevará a cabo cuando la conducta, después de su consumación y agotamiento instantáneos, todavía perdura el efecto producido.

### 3. Delitos eventuales y alternativamente permanentes.

Son los que siendo instantáneos, eventualmente pueden ser permanentes al prolongarse la consumación, por ejemplo en los delitos de usurpación de funciones; el delito de incesto, entre otros.

Delitos de simple conducta, formales o de resultado inmaterial y de resultado o materiales:

1. La existencia de los delitos formales o materiales, depende del concepto que se tenga de resultado. Si se entiende éste como un mutuoamiento en el exterior, material y tangible, entonces habrá delitos que no tengan resultado; si se entiende como un mutuoamiento al orden jurídico, no existirá delito sin resultado

"Son delitos de simple o pura conducta, formales o de resultado inmaterial, aquellos que se consuman con la realización de la conducta. Y de

resultado o materiales, aquellos que al consumarse producen un cambio en el mundo exterior.”<sup>52</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al examinar la naturaleza del delito de usurpación de profesión, emite el concepto del delito formal y material. “Es inexacta la aseveración que se haga en el sentido que el delito de usurpación de profesión es material y no formal, habida cuenta de que el primero requiere para su existencia que se realice el resultado que pretende alcanzar el delincuente, en tanto que en el delito formal es suficiente la consumación del acto delictuoso independientemente del daño que pueda causar el sujeto. Así para la consumación de este delito, basta que el acusado se ostente como profesionista sin serlo, ofreciendo sus servicios a quienes depositan en él su confianza creyendo en la autenticidad de su profesión,” (Semana Judicial de la Federación, LXXIX, Segunda Parte, Sexta Época, pág. 48)

1. Será delito unisubsistente, el que se consuma con la realización de un solo acto

2. El delito será plurisubsistente, cuando para su consumación se requiera de la concurrencia de varios actos.

Según la consecuencia derivada de la conducta típica, el delito puede ser:

Formal, de acción o de mera conducta. Para la integración del delito, no se requiere que se produzca un resultado, pues basta realizar la acción (omisión) para que el delito nazca y tenga vida jurídica; por ejemplo, portación de arma prohibida.

---

<sup>52</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. 8ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1983, Pág. 394.

Material o de resultado. Es necesario un resultado, de manera que la acción u omisión del agente debe ocasionar una alteración en el mundo; por ejemplo, homicidio, lesiones y fraude.

#### **6.4.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.**

Se refiere a la afectación que el delito produce al bien tutelado, y pueden ser como sigue:

De daño o lesión. Cuando se afecta efectivamente el bien tutelado, por ejemplo, robo, homicidio y violación.

De peligro. Cuando no se daña el bien jurídico, sino que únicamente se pone en peligro el bien jurídico. La ley castiga por el riesgo en que se colocó dicho bien. Así, el peligro puede:

Efectivo. Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación, por ejemplo, disparo de arma de fuego y ataque peligroso (ya derogados en el Código Penal D. F.)

Presunto. Cuando el riesgo de afectar el bien es menor, por ejemplo, abandono del cónyuge e hijos, la omisión de socorro, abandono de atropellados y abandono de personas.

1. Lesión. "Son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales y en ellos pertenece a la tipicidad, la lesión de un determinado bien jurídico, por ejemplo, la muerte en el homicidio y las heridas en las lesiones."<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit. Pág. 215.

2. Peligro. En este tipo de delitos, "sólo se exige que se haya puesto en riesgo, el bien jurídico protegido por el derecho penal. Puede ser relevante en derecho penal, no sólo la realidad del curso causal de hecho (delitos de peligro)." <sup>54</sup>

Resume diciendo que el peligro es la posibilidad inmediata, la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado.

Al respecto, los penalistas acostumbran clasificar a éste en delitos de peligro en abstracto y delitos de peligro en concreto. En los primeros se exige que se demuestre en cada caso que realmente se haya producido el peligro, en cambio en el caso de los segundos, el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos; la consecuencia penal no depende de que se demuestre el caso concreto, la situación de peligro especial.

## **6.5.- POR SU DURACIÓN.**

Esta división parte de la diferenciación que se debe efectuar del hecho con el acto, situando al primero, como todo acaecimiento proveniente o no de la mano del hombre y al segundo como la conducta humana que tiene relevancia en el orden jurídico. Asimismo de la acción, que es la conducta positiva que realiza el ser humano, con la omisión, que es el aspecto negativo de la acción.

El delito instantáneo. Se consuma en un momento con una sola actuación de la voluntad criminal, situación que ocurre en la mayoría de los delitos.

---

<sup>54</sup> Ib. Idem. Pág. 215.

Delito permanente o continuo. Implica una persistencia en el resultado del delito, durante el cual mantiene la voluntad criminal, como podría ser el caso de la detención ilegal y el rapto, entre otros.

Delito que crea un estado. En éste, la permanencia no depende de que la voluntad persista. Una característica es que una vez consumada su ejecución por un acto instantáneo, crea una situación antijurídica, que no está en la voluntad del autor cancelar, por ejemplo, la bigamia.

Desde la realización de la conducta hasta el momento en que se consuma, transcurre un tiempo. De acuerdo con esa temporalidad, el delito puede ser.

Instantáneo. El delito se consuma en el momento en que se realizaron todos sus elementos; en el mismo instante de agotarse la conducta se produce el delito; por ejemplo, homicidio (art. 7º. fracc. I del C. P. D. F.)

Instantáneo con efectos permanentes. Se afecta instantáneamente el bien jurídico, pero sus consecuencias permanezcan durante algún tiempo; por ejemplo, lesiones.

Continuado. Se produce mediante varias conductas y un solo resultado; los diversos comportamientos son de la misma naturaleza, ya que van encaminados al mismo fin. Así, se dice que hay pluralidad de conductas y unidad de resultado; por ejemplo, la vendedora de una casa de modas que cada día roba alguna prenda, hasta completar un ajuar de novia, (art. 7º., fracc. III del CPDF).

Permanente. Después de que el sujeto realiza la conducta, ésta se prolonga en el tiempo a voluntad del activo, por ejemplo, secuestro (art. 7º. fracc.

II del C. P. D. F.). El Código Penal se refiere al delito permanente, al que también llama continuo.

### **6.6.- CLASIFICACIÓN LEGAL.**

Esta clasificación es la que aparece en la ley penal, por eso es legal; aquí, los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado. En este sentido encontramos que la clasificación de los delitos desde el punto de vista legal, es el siguiente:

- a) Delitos contra la seguridad de la Nación. Por ejemplo, traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebeldía, terrorismo, sabotaje y conspiración.
- b) Delitos contra el Derecho Internacional. La piratería, violaciones de inmunidad y neutralidad.
- c) Delitos contra la humanidad. Violación de los deberes de la Humanidad y genocidio;
- d) Delitos en materia de seguridad pública. Evasión de presos, quebrantamiento de sanción, armas prohibidas y asociación delictuosa;
- e) Delitos en materia de vías de comunicación de correspondencia, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo;
- f) Delitos contra la autoridad. Desobediencia y resistencia de particular, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo públicos, quebrantamiento de sellos, delitos cometidos contra funcionarios públicos y ultraje a las insignias nacionales;

- g) Delitos contra la salud. Producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos; también del peligro de contagio;
- h) Delitos contra la moral pública, corrupción de menores, trata de personas y lenocinio; provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio;
- i) Delitos de revelación de secretos;
- j) Delitos cometidos por servidores públicos. Ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, colación de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, abuso de funciones, tráfico de influencias, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito;
- k) Delitos cometidos contra la administración de justicia. Cometidos por servidores públicos, ejercicio indebido del propio derecho;
- l) Delitos de responsabilidad profesional y delitos de abogados, patronos y litigantes;
- m) Delitos de falsedad. Falsificación, alteración de moneda, falsificación de billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público falsificación de sellos, llave, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas, falsificación de documentos en general; falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, variación del nombre o del domicilio, usurpación de funciones públicas o de profesión y uso indebido de condecoraciones, uniformes, grados jerárquicos, divisas, insignias y siglas;

- n) Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación e incesto;
- o) Delitos contra el estado civil y la bigamia;
- p) Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones. Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones;
- q) Delitos contra la paz y seguridad de las personas. Amenazas y allanamiento de morada;
- r) Delitos contra la vida y la integridad corporal. Lesiones, homicidio, homicidio en razón de parentesco o relación;
- s) Delitos contra el honor, difamación y calumnia;
- t) Privación de la libertad y otras garantías;
- u) Delitos en contra de las personas en su patrimonio. Robo, abuso de confianza, fraude, extorsión, despojo de cosas inmuebles o de aguas y daño en propiedad ajena;
- v) Encubrimiento, y
- w) Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos.

Sección Primera.

Delitos Contra la Vida y la Salud Personal.

De los Delitos Contra la Libertad y Seguridad.

De los Delitos Contra la Libertad Sexual

De los Delitos Contra el Honor

Sección Segunda

De los Delitos Contra el Orden Familiar

De la Violación a las Leyes de Inhumación y Exhumación

Sección Tercera

De los Delitos Contra la Sociedad

Delitos Contra la Seguridad Pública

De los Delitos Cometidos en Ejercicio de la Profesión, Cargo, Empleo  
u Oficio

De los Delitos Contra las Vías de Comunicación de Uso Público y  
Violación de Correspondencia.

De los Delitos de Falsificación y Contra la Fe Pública

De los Delitos Contra el Desarrollo de las Personas Menores e  
Incapaces

Del Delito de Lenocinio

Sección Cuarta

De los Delitos Contra el Estado

De los Delitos Contra la Seguridad del Estado

De los Delitos Contra la Administración Pública

De los Delitos Contra la Procuración y Administración de Justicia

De los Delitos Contra la Hacienda Pública

De los Delitos en Materia Electoral

De los Delitos Ecológicos

## CAPITULO SEPTIMO

## CAPITULO SEPTIMO: EL DELITO Y SUS FORMAS.

### 7.1.- TENTATIVA.

La descripción que el legislador hace de una conducta como acreedora de pena, podemos considerarla dentro de la idea fundamental de tipo. En la teórica de éste, sin mayor esfuerzo determinamos a la tentativa como la voluntaria puesta en peligro en forma típica de un bien jurídicamente tutelado. Bajo este enfoque, dada la descriptiva sobre la forma de conducción que para el activo en estas situaciones ha establecido la ley, fijándose además para una total integración como telón de fondo cualquiera de los demás supuestos sancionables plasmados en la Parte Especial del Código Penal, no se puede soslayar que nos encontramos con un verdadero tipo penal. "En efecto, en principio aun y cuando la tentativa integra un delito incompleto, no obstante, es también un delito autónomo."<sup>55</sup>

"Consecuentemente, la tentativa es delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado."<sup>56</sup> Amalgamando las teorías de que se trata de un tipo amplificado o de una mecánica hacia el tipo, nosotros optamos por decir simplemente: Nos encontramos frente a una conducta acreedora de pena, como cualquiera de las que se mencionan en todos los supuestos teóricos castigables, considerados como delitos. Dentro de esta corriente se encuentran Manzini, Bettiol, Petrocelli y Antolisei, quienes sostienen: "Si la tentativa fuese un delito imperfecto no sería punible sino un hecho incompleto respecto de la hipótesis típica de delito, pero perfecto en los elementos que la hacen punible". "La tentativa observa una

---

<sup>55</sup> Pavón Vásconcelos, Francisco, *Criminalia*, año XXV, núm. 3, 1959, Pág. 122.

<sup>56</sup> Pavón Vásconcelos, Francisco, *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. Editorial Porrúa, 3ra. Edición, México 1982, Pág. 32.

objetividad propia derivada de la lesión potencial al bien jurídico, es el resultado de la fusión de dos normas a la integración de un delito perfecto.”<sup>57</sup>

Los conceptos vertidos por Palacios Vargas, quien a pesar de no haber efectuado el análisis de la tentativa con el prisma que avanzadamente nos han proporcionado los estudiosos sobre la Teoría del Tipo, situación que claramente se deduce cuando expone sobre tal tema e inclina su pensamiento al decir: “es un título de delito autónomo, pero que no es un delito autónomo”; y pese a ser vacilante sobre su atipicidad – al transmitir sus ideas sobre la naturaleza jurídica de esta controvertida institución-, respecto de las fórmulas ordenadas en los dispositivos 14 y 16 Constitucionales; aún así, deja entrever que el acto mediante el cual se tiende a lesionar un bien jurídico, de igual modo es castigable. Por ello, cambiando el juego de palabras utilizado, su posición puede convergen con la dimensión que nosotros hemos adoptado al estimar a la tentativa como un tipo distinto perfectamente establecido en la ley, sin que por ello se agravie el sistema constitucional que nos rige, al establecer sanción para cuando se realice una conducta de tal naturaleza.

El referido jurista, expone: “En el Derecho Penal liberal, cuyo arranque histórico es situado en la Carta Magna de Juan sin Tierra, se reconoce el dogma de filosofía política, de que sólo la creación específica, singular, de una conducta humana como ilícita, da mérito a la imputación y que exclusivamente si la ley adosó a lo prohibido u ordenado una pena para el caso de su violación, se puede privar de tales derechos al individuo.

No es, ciertamente, que la ley reconozca un derecho previo al hombre, que éste exista antes de la norma misma y con validez universal; la historia lo desmiente con hechos, y ello es bastante. Es que la conciencia y las necesidades sociales de una época lo reclamaban con validez obligatoria para el

---

<sup>57</sup> Palacios Vargas, Ramón. La Tentativa. Cárdenas Editor, 2ª. Edición, México. 1979, Pág. 21.

Estado y hubo fuerza bastante para imponerlo. Cada grupo social tiene sus exigencias y la norma jurídica puede acogerlas o despreciarlas; pero lo importante es que ante tal régimen de derecho estricto, la fórmula que al prever el actual del hombre contempla el acto consumativo: la acción que produce el resultado prohibido por la ley, pero no aquella acción que obedeciendo a una intención criminal trata de ocasionar el mismo resultado no lográndolo.

Es obvio que la ley, por regla general, castiga la privación de la vida de un hombre por otro, pero no está ahí incluida la acción que no llega al hecho letal, traicionando la intención del que actúa.

Por lo mismo, tales actos no serían delitos, ni merecerían consecuentemente pena.

Así ha de ser entendido que la tentativa al no ser contemplada por una regla legal está circundando la figura criminosa y es necesario que la norma jurídica considere como delitos, no solamente el acto mismo lesivo del bien o interés tutelado, sino al mismo tiempo el acto que tiende a esta lesión sin obtenerla.

De lo anterior se desprende: "a) La tentativa requiere, dentro del sistema establecido por el Derecho Penal liberal, una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser incriminada; b) La norma de tentativa es accesoria; solo cobra vida al contrato con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo -tentativa, frustración-, pero jamás tiene vida por sí. No hay, pues, el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito; c) En nuestro régimen jurídico-penal, dados los términos en que se encuentran

concebidos los artículos 14 y 16 Constitucionales, la tentativa, para ser incriminada debe recibir previsión legal..”<sup>58</sup>

Por su parte, acorde con la idea de que la tentativa es una figura que constituye un delito, se encuentran los siguientes pensamientos: “Algunos autores consideran a la tentativa como un momento de iter criminis y la sitúan después de los actos preparatorios, otros le asignan un capítulo especial Sin embargo, todos, con el fin de precisar los actos que la constituyen, tienen la necesidad de diferenciar entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Al respecto, se ha elaborado diversas teorías, aunque ninguna ha merecido aceptación unánime. No advierten los juristas que las expresiones “actos preparatorios” y “actos ejecutivos”, quizá de uso obligado en el siglo pasado, son ya inadecuados en el momento actual de la ciencia. Lo indicado es hablar, con toda exactitud, de actos típicos y actos no típicos y, dentro de los primeros establecer la diferencia entre actos de consumación y actos de tentativa.

“Este nuevo criterio evidencia que la tentativa no es un grado del delito, sino un delito cuyo contenido se sustenta en un propio tipo”.<sup>59</sup>

En forma tradicional una gran parte de doctrinarios se ha inclinado por determinar que la tentativa constituye la no consumación de un delito. En oposición a ellos, estimo en cuanto a la tipicidad, que realmente se trata también de una conducta descrita por el legislador, misma que al ser desarrollada por el activo se le impondrá la pena correspondiente. En nada afecta a esta fórmula técnica, reclamar necesariamente para sí, el contenido de otras normas que vengan a complementar la tonalización de este tipo. Sabido es que en el mismo

---

<sup>58</sup> Islas Olga y Elpidio Ramírez, La Tentativa en el Derecho Penal Mexicano, Revista mexicana de ciencias penales, año III, Julio 1979. núm. 3. México 1980, Pág. 211.

<sup>59</sup> Palacios Vargas Ramón, La Tentativa, Cárdenas editor, 2ª. edición, México 1979, Pág. 21.

dispositivo penal generalmente no se contiene la pena a imponer; ésta se informa en una norma distinta; así también la Parte General del Código es un tamiz indispensable a través del cual para darle contenido completo al derecho, debe pasar todo bajo esta mecánica, se cumple cabalmente con el principio de exacta aplicación y ley anterior, llegándose realmente a considerar una conducta en el plano sancionable, lo cual me hace concluir: la integración de un tipo no sólo lo constituye por el artículo descriptivo, sino que, dentro de su contenido se encuentra implícito el dispositivo, sancionado, lo conducente de la Parte General del Código y, las normas de la Parte Especial que para sí requiera. En este supuesto y como verdadero tipo, se encuentra la tentativa.

Existen dos formas de tentativa: la tentativa acabada y la inacabada.

#### TENTATIVA ACABADA, INACABADA Y SU PUNICIÓN.

Conforme a la definición anterior sobre tentativa, es fácil observar que caben en sí misma dos tipos de presentación: La tentativa acabada que se entiende como aquella ejecución completa de la cual realizada por el activo encaminada hacia un resultado delictivo, pero éste no acontece por causas ajenas a su voluntad.

En tanto que la tentativa inacabada consiste en la omisión de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito. En este caso, la ejecución es incompleta por el resultado como consecuencia de tal omisión no se produce.

Ricardo Abarca nos ilustra en forma por demás interesante, se refiere a estas dos clases e tentativa diciendo que: "La tentativa se hace consistir en los actos de ejecución que no producen el resultado del delito. En este punto, siguiendo a Romagnosi, la doctrina distingue las tentativas acabadas y las inacabadas, refiriéndose con el autor citado, al delito frustrado que es la tentativa

acabada del delito. En ella, el agente llega a la ejecución de todos los actos que debían producir el resultado delictuoso. Por ejemplo, una persona dispara sobre su enemigo para causarle daño en su persona, pero la bala no toca al presunto ofendido. El Código Penal de 1871 designó la tentativa inacabada con el nombre de conato, esta figura de la tentativa consiste en los actos de ejecución que no llegan al último momento en que debía producirse el resultado. Por ejemplo, una persona apunta en contra de su enemigo, pero cuando está apunta para disparar, alguna causa súbita lo impide. Una mujer pone veneno en los alimentos que debe servir al marido y los tiene dispuestos para la hora de comer; pero el marido como en la calle con sus amigos y se libra así del delito”.<sup>60</sup>

La postura acerca de las dos clases de tentativa permite asegurar que no es un problema reciente, sino algo que ha preocupado e interesa al Derecho Penal desde hace muchos años y por supuesto las distingue:

Es una en la que el sujeto realiza todos los actos idóneos para la consumación del delito, pero el resultado deseado no se presenta por causas ajenas a su voluntad; y es otra donde el agente sin su voluntad omitió uno de los actos indispensables para la consumación del delito y obviamente éste no llega a presentarse.

La tentativa acabada se define como la resolución de cometer un delito exteriorizando la conducta que debería de producirlo, sin embargo, aquel no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa inacabada, por su parte, es cuando se tiene la resolución de cometer un delito, existiendo un comienzo de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

---

<sup>60</sup> Abarca, Ricardo, El Derecho Penal en México, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, Pág. 369-370.

Tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, el ilícito no se presenta por razones ajenas a la voluntad del sujeto, debido a factores externos que impidieron la consumación del ilícito.

Insisto, la tentativa acabada se presenta cuando se realizan todos los actos necesarios para la consumación, pero el resultado no se produce. Por ejemplo una persona que dispara una arma de fuego sobre otra y la bala al llegar al cuerpo de la víctima, se incrusta en un botón, sin causarle lesión alguna, en este caso el sujeto activo quiso el resultado, pero el delito no se presentó por una causa ajena a su voluntad.

En la tentativa inacabada, hay un principio de ejecución, esto es, un inicio de la conducta, no consumándose el delito por causas ajenas a la voluntad del agente, pero no de los actos necesarios.

Siguiendo con el ejemplo anterior, un sujeto desea matar a su rival, para ello, prepara su arma de fuego, colocándole balas que él cree que son de pólvora y no de salva; dispara sobre su rival, pero el resultado no se presenta porque omitió, contra la voluntad del agente, un acto indispensable como era la colocación de balas verdaderas.

Algunos autores denominan a la tentativa acabada "delito frustrado".

Existe una distinción importante entre los actos preparatorios del delito y de la tentativa.

Al estudiar el iter criminis o vida del delito, observamos que los actos preparatorios son eventos que sí, por su naturaleza, no se pueden considerar punibles, salvo casos de excepción; de ahí que ellos no se deban confundir con la tentativa; un acto preparatorio podría ser par aun homicidio, la compra de un

arma de fuego; este hecho no es en sí mismo un delito, a menos que hubiese una prohibición legal para ello; pero insisto, en un principio no se puede considerarlo como un ilícito y por supuesto se soslaya para que pueda tratarse de una tentativa.

En la tentativa deben de presentarse los actos dentro de un período lógico, que respondan a una idoneidad y por esto sin lugar a dudas, los actos preparatorios, por su naturaleza, están ajenos a esa idoneidad necesaria.

Nuestro Código Penal Vigente, para evitarse el conflicto de explicar la tentativa acabada y la inacabada, sólo señala la existencia de tentativas punibles; pero al hablar de la no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, está dando pauta y reconociendo la existencia de ambas formas de tentativa.

## **7.2.- CONCURSO DE DELITOS.**

No cabe duda que a cada conducta penalmente relevante corresponde una sanción, si se han cometido varios delitos, corresponderá aplicarle varias sanciones. Este razonamiento es propio de un derecho penal de acto, en tanto que para un derecho penal de autor, cualquiera que sea el número de delitos que el autor haya cometido, corresponderá la aplicación de una única sanción adecuada a la personalidad que con sus acciones haya evidenciado.

A partir del principio de que una conducta solo puede dar lugar a un delito y de que a cada delito corresponde una pena, se explica el distinto tratamiento que se reserva al caso en que con una sola conducta se incurre en dos o más tipicidades (concurso ideal), diferenciando del supuesto en que el juez, en el mismo acto debe juzgar varias conductas que son típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real).

Frente a este fenómeno que se plantea al derecho penal de acto, puede reaccionarse de un modo simplista: cuando hay varias penas, por que hay varias conductas, estas se suman, en tanto que cuando hay solo una conducta, debe aplicarse una única pena, que será la correspondiente a la tipicidad mas grave en que esa conducta incurra, incluyendo en ellas a las restantes.

Para empezar a distinguir el problema que vamos a tratar y de modo que se use una correcta terminología debemos ocuparnos de esto:

A.- Unidad de acción y unidad delictiva (delito instantáneo, delito complejo, delito permanente).

B.- Pluralidad de hechos, considerados jurídicamente como una sola acción, y unidad de delito (delito continuado).

C.- Unidad de acción y pluralidad de lesión jurídica (concurso ideal).

D.- Pluralidad de acciones y pluralidad de delitos (concurso real).

En lo que respecta al tema solo se describen los dos últimos.

Sistemáticamente planteada, la total problemática del concurso, sería la siguiente:

1. Puede concurrir en una única conducta varios tipos (leyes), lo que se llama concurrencia ideal o de leyes; tiene por efecto que la pena del tipo mas grave absorba a la de los tipos mas leves.

2. Pueden concurrir en un único pronunciamiento condenatorio judicial varias conductas (delitos), lo que se llama concurrencia real o de delitos; tiene por efecto que la pena del mínimo mayor sea espejada con las restantes.

3. En el concurso ideal hay que cuidar que la concurrencia de tipos sea efectiva, pues puede darse una concurrencia aparente de tipos o leyes.

4. En el concurso real, hay que cuidar que se trate efectivamente de una pluralidad de conductas, pues puede darse una reiteración que solo aumente el contenido injusto del delito (delito continuado).

Con mayor frecuencia encontramos que el resultado de un delito incide en la aparición de los institutos penales que conocemos como el concurso real y el concurso ideal a modo de ser más descriptivo de este fenómeno habrán de distinguirse notas que los caracterizan, a saber:

I Concurso real. Es presupuesto necesario la existencia de una pluralidad de conductas, es decir se exige "la concurrencia de varios delitos en un único proceso". Este concurso es encontrado en algunos sectores de la doctrina como el concurso material de delitos.

La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, constituye lo que se le denomina el concurso real, mismo que puede ser simultáneo o sucesivo (en este último caso es cuando suele llamarse reiteración).

En verdad, el concurso real tiene escasa importancia en la teoría del delito y queda resuelto por eliminación de cuantas reglas hemos fijado hasta ahora en orden a la unidad y pluralidad delictiva. Su trascendencia incide en la doctrina de la pena, que por cierto no será aquí materia de análisis.

En este sentido las consecuencias del concurso real pueden resolverse conforme a tres sistemas:

- a) Acumulación material o matemática.
- b) Régimen de absorción.
- c) Acumulación jurídica.

En otro orden de ideas existe una tajante diferencia entre concurso ideal y el concurso real fundado en la unidad de acción del primero de ellos. mucho se ha echo para separar el concurso ideal del llamado concurso aparente de leyes, y a caso se hiciese en el tema la claridad definitiva, tal como aquí lo propongo.

A mi juicio, los requisitos del concurso ideal están expresados en las siguientes condiciones:

- a) Unidad de hecho: Por hecho debemos entenderlo como la acción o acto.
- b) Violación de varias disposiciones legales.
- c) Unidad de resolución: Las lesiones jurídicas que se producen son inseparables, de modo que con una sola conducta se transgredan varios tipos penales.

Para resolver el conflicto que bien puede ocurrir entre dos a mas normas incompatibles, para determinar cual de ellas es aplicable con la exclusión de las demás la doctrina penal ha elaborado varios principios:

Principio de especialidad. Es conocido desde el derecho romano, cuando a la solución de un hecho determinado concurren dos normas, una general y otra especial, este excluye en su aplicación a la primera. es decir (la ley especial deroga a la ley general).

La estimación mas simplista reputa normas "especiales" a las que regulan de manera particular una materia cualquiera, la norma particular regula una determinada situación. Desde el punto de vista practico tendríamos que decir que el delito genérico se excluye siempre cuando concurre una subclase calificada o privilegiada de aquel. Por ejemplo el homicidio (tipo penal básico o genérico) se excluye cuando se trata de un homicidio por razón de parentesco (tipo penal subordinado) agravado o cualificado, toda vez que este ultimo constituye una norma particular.

De lo dicho se puede definir este principio como "aquel por cuya virtud cuando de dos leyes protectoras del mismo bien jurídico una de ellas contiene, sin embargo, respecto de la otra algún elemento singular que concrete mas el supuesto, debe ser aplicada aquella con exclusión de la segunda".

Principio de consunción o absorción. Con frecuencia se confunde con el principio anterior. Sé esta en presencia de este cuando el hecho previsto por una ley esta comprendido en el tipo descrito por otra que es de más amplio alcance.

Por ello es necesario precisar que en la consunción el mayor alcance de la norma aplicable no radica en su amplitud descriptiva, en función de los elementos especializantes que en ella concurren sino en su entidad valorativa que absorbe a la norma en conflicto, excluyendo su misión sancionadora. Este criterio valorativo apuntado, descansa en la necesidad por parte del juzgador de una actividad tendiente a valorizar tanto el hecho como su ilicitud, por eso en algunas

legislaciones se le llama a este delito progresivo. Por ejemplo la falsificación de documentos con el uso de los mismos; el allanamiento de morada con al robo en casa habitación; el abandono de una persona cuando se origina lesión o muerte del abandonado, entre otros.

Principio de subsidiaridad. Aparece cuando se protege un mismo bien jurídico contra diferentes grados de defensa, caso en que no puede ser aplicada la disposición que contempla la ofensa menos grave sino cuando no puede aplicarse la disposición que contenga la ofensa mas grave.

Una figura es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación esta condicionada a que no sea de aplicación otra figura, o cuando una figura entra en la composición de otra como un elemento constitutivo o circunstancia agravante y no como delito tipo.

Principio de alternatividad. Comienza por afirmar que dos leyes penales pueden tener en casos excepcionales un contenido idéntico y, en ocasiones más frecuentes ese contenido puede coincidir en parte, sin que en esta hipótesis una de tales leyes constituya la regla y la otra se convierta por ese motivo en la excepción.

Ejemplo de ello, yacer con la hermana casada a sabiendas de ello, adulterio e incesto.

Como puede verse la conexión entre algunas figuras no implica una relación necesaria, habida cuenta que cuando se ejecuta un delito bien puede hacerse para facilitar la consumación de otro o la realización del primero no es fatalmente indispensable para la existencia del segundo; esto da nacimiento por tanto al fenómeno de la concurrencia concursal de la que hasta aquí me ocupe.

## CAPITULO OCTAVO

## **CAPITULO OCTAVO: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

### **8.1.- PENA**

Cuando se ha cometido un delito, cuando hay responsabilidad penal, la consecuencia natural es la imposición de una pena.

La ciencia que estudia las penas se denomina penología; investigar y conocer esta ciencia es motivo de mencionarse.

Las penas no son sólo la consecuencia de la responsabilidad penal, también constituyen el medio adecuado para luchar contra el delito.

Si la pena únicamente sirviera para castigar al delincuente, su papel sería muy pobre; se podría equiparar a una simple venganza, por parte de quien la impone, en jerarquía, pretende evitar la comisión de delitos; se busca mediante su justa aplicación, obtener una grata convivencia social; por ello y por esa finalidad de alto rango, se apoya en otra figura, la cual forma parte de la penología, las llamadas medidas de seguridad. Junto con las penas estudiaremos las medidas de seguridad, además de otros aspectos especialmente interesantes como son los sustitutivos penales, la condena condicional y un tema de especialidad actualidad: tendencias para eludir o prescindir de la pena de prisión.

Históricamente las penas han tenido diversas vicisitudes, particularmente se han desenvuelto en un ámbito de crueldad, injusticia y venganza, demostrando en buena medida su ineficacia para lograr una satisfactoria convivencia social.

Si analizamos la imposición de la pena en las antiguas civilizaciones, nos causa terrible impacto observando la crueldad en la aplicación de castigos; la

muerte era considerada de los más benignos. Exagerados suplicios, mutilaciones, auténticos atentados contra la dignidad del ser humano, se imponían con la mayor frialdad.

Se instituye la responsabilidad colectiva, se castiga a los muertos, a los animales, las propias cosas inanimadas no escapan de tales absurdos; algunos ejemplos: En China se decapitaba a todos los parientes masculinos del culpable de alta traición; de acuerdo a las leyes de Hamurabi, no se ejecutaba al asesinato de la hija de un sujeto sino a la hija del propio delincuente.

En la historia de la penología de nuestro país, la situación de crueldad en la imposición de sanciones era también habitual; entre los pueblos precortesianos marcar la cara, abrir la boca hasta las orejas y en general penas infames, se aplicaban con inusitada frecuencia. En la colonia, donde imperó el Derecho Español, la injusticia en la aplicación de penas fue todavía más intensa, en especial contra los aborígenes, quienes se encontraban marginados de lo más elementales derechos, vivían de hecho una esclavitud que en buena parte fue causante de su casi exterminio. En la colonia, una institución se enseñoreó de la justicia, la Santa Inquisición, la cual no sólo persiguió a los infieles y herejes, sino en general a quienes cometían delitos; lo más abominable de esta institución era el recibir acusaciones en forma anónima.

Conforme el tiempo avanzó, particularmente a raíz del famoso libro de César Bonessana, marqués de Beccaria, " De los Delitos y de las penas," en el año de 1764, la situación en la imposición de penas sufrió un cambio radical, con tendencias humanitarias, al tratamiento menos cruel, sustituyendo la pena de muerte por el confinamiento.

Aunque no es nuestro afán criticar el estado imperante en el pasado en materia de imposición de sanciones, se busca la rehabilitación del delincuente y

sobre todo su convencimiento de comportarse con respeto dentro del grupo social. En esta unidad analizaremos los puntos más importantes de la penología moderna.

Después de estudiar brevemente la historia de las penas, observamos, como tendencia general, que al imponerlas se trató de causar dolor físico al delincuente para retribuir a la sociedad del daño causado por el delito.

Conforme transcurrió el tiempo, se le fue dando a la penal un tratamiento humanitario donde además de la retribución por el daño causado, tenga un sentido altruista por el cual se logre la readaptación del delincuente.

En la actualidad, los estudiosos se preocupan por conocer la naturaleza jurídica de las penas, el por qué deben imponerse y cuál es su finalidad. Para dar respuesta a estos planteamientos, se han creado tres diversas teorías:

- a) Teoría absoluta.
- b) Teoría relativa.
- c) Teoría mixta.

La teoría absoluta trata de explicar que la pena es simplemente una consecuencia jurídica necesaria del delito.

De esta manera la única finalidad de la pena es la retribución. Para muchos autores este criterio es obsoleto y no contribuye para nada en el bienestar social.

La teoría relativa considera que la pena es más que una retribución y lleva consigo el propósito de proteger tanto al individuo como a la sociedad.

La teoría mixta, trata de conciliar los dos criterios anteriores; por un lado reconoce sería suficiente que la pena tuviera sólo por finalidad la retribución, pero con ella debe darse la obtención de mejores condiciones de vida dentro de la sociedad.

Cada una de estas tres teorías tiene brillantes exponentes. Por la teoría absoluta destacan Kant y Hegel. Por la teoría relativa Furebach y Romanossi. Y por la teoría mixta Merkel y Binding.

Son diversas definiciones las expuestas sobre lo que es la pena, analizaremos sólo algunas de ellas.

Maurach expone: "Pena es la retribución expiatoria de un delito por un mal proporcional a la culpabilidad."<sup>61</sup>

Al abordar el tema de las penas, el propio Maurach analiza lo relativo a la culpabilidad y peligrosidad asegurando que de la relación existente entre ellas habrá de corresponder a la misma relación que se dé entre penas y medidas preventivas; explica también, es una función de Estado la reacción frente al delito, y concluye diciendo lo referente al concepto de pena por delimitar propiamente lo que son las penas y medidas de seguridad y a estas últimas ubica como medidas de seguridad y a estas últimas ubica como medios por virtud de los cuales se privan derechos para prever el futuro.

Mir Puig expone: "La pena es un mal con el que amenaza el Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito."<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, Pág. 490

<sup>62</sup> Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, Editorial PPU, 2ª. Edición, Barcelona 1985, Pág. 3.

De acuerdo con este criterio, independientemente de la retribución y prevención que pueda contener la pena, lo importante de ella es el mal que se asocia en su contenido como reacción por la comisión de un delito. El autor expone que en la pena con el mal que lleva implícito, se hace justicia, además de que se disuade a cometer nuevos delitos.

Bernaldo de Quiroz, asegura que la pena es "la reacción jurídica típica contra el delito según la culpabilidad y la peligrosidad del culpable."<sup>63</sup>

En esta definición, encontramos que el fundamento de la pena es la retribución, la pena es una reacción, una respuesta al delito.

Sin lugar a dudas la pena debe tener un carácter retributivo, de tal suerte, al ser impuesta por un juez, el sentenciado estará retribuyendo por el mal causado al cometer el delito. Esa retribución se hace a la sociedad, aunado a la idea de que la pena lleva consigo la preservación de los valores individuales y sociales, esto es, al imponer la pena, además de la retribución se obtiene la recuperación de la dignidad humana y de la masa como una retribución jurídica mediante la cual se obtiene la recuperación de los valores individuales y sociales.

Sentado lo anterior, la pena debe contener las siguientes características:

- I. Proporcional al delito. Esto es, los delitos graves deben sancionarse con penas graves y viceversa.

---

<sup>63</sup> Bernaldo de Quiroz, Constancio, Derecho Penal, Parte General. Tomo II, Pág. 171.

- II. Personal. Sólo debe de imponerse al delincuente, nadie debe ser castigado por el delito de otro.
  
- III. Legal. Porque las penas deben estar siempre establecidas en la ley, haciendo realidad el principio de que nulla poena sine lege.
  
- IV. Igualdad, implica que las penas deben de aplicarse por igual sin importar características de la persona como lo puede ser su posición social, económica, religiosa, etc.
  
- V. Correccional Debe de tender a corregir la conducta equivocada del delincuente.
  
- VI. Jurídica. Por la aplicación de penas se logra el restablecimiento del orden legal.

## **8.2.- MULTA.**

El antecedente directo del concepto del día multa, encuentra base en la regulación correspondiente del código de 1929 y como antecedente remoto la regulación que sobre el particular contenía el Código de 1830.

Las principales características de la multa son las siguientes. La jurisprudencia ha interpretado el alcance de ésta, señalando que el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Criterio que resulta más claro y preciso que el relativo a la percepción neta diaria del sentenciado, tomando en consideración todos sus ingresos, al momento de la comisión del delito, situación que resulta difícil de ser

individualizada, a la vez que origina el cuestionamiento de considerar como base de la pena el monto del ingreso, en lugar del grado del injusto y de la culpabilidad, objeción que, sin embargo, es relativa porque en realidad el delito sí está determinado como en la punición.

Cuando el sentenciado no pueda pagar la multa o solamente pueda cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla total o parcialmente por prestación de trabajo a favor de la comunidad, en la inteligencia de que cada jornada de trabajo saldrá un día multa.

La multa, por otra parte, aparece también regulada como una forma sustitutiva de la pena de prisión.

Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios a favor de la comunidad, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, la cual no deberá excederse del número de días multa sustituidos.

Si el sentenciado se niega sin causa justificada cubrir el importe de la multa, el Estado la podrá exigir a través del procedimiento económico coactivo. En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose la parte proporcional relativa a las jornadas de trabajo prestado a favor de la comunidad o el tiempo de prisión cumplido.

### **8.3.- PRISIÓN.**

Constituye la pena de prisión, la sanción más temida en virtud de que la pena de muerte se aplica excepcionalmente. La pena de prisión se define como el internamiento del delincuente en un centro de reclusión, impidiéndole en forma

absoluta su libertad. Algunos autores distinguen entre prisión y reclusión, señalando como base la forma en que se ejecutan esas penas y hasta en los establecimientos en que debería de cumplirse la sanción. Los que están en prisión no pueden salir del establecimiento, en cambio los que están en reclusión, es factible que salgan para hacer obras públicas teniendo obligación de reintegrarse cuando no trabajan.

En realidad la diferencia es de grado mucho más estricta, por supuesto, para la prisión. "Por su parte Maurach, distingue a las penas privativas de libertad en pena de presidio, penal de prisión, el encierro y la pena de arresto."

64

#### **8.4.- MEDIDAS DE SEGURIDAD CURATIVAS.**

Al igual que con relación a la pena, existe una gran variedad de conceptos sobre las medidas de seguridad.

Varios estudiosos de la ciencia penal, con precisión han distinguido a ambas figuras, tal es el caso de Maurach, citado anteriormente.

Mir Puig, señala que las medidas de seguridad son de naturaleza diversa a las penas "no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. Mientras que la pena se inflige por un delito cometido, la medida de seguridad impone como medio de evitarlo. Por ejemplo, la ley prevé determinadas medidas tendientes a la deshabitación de drogadictos que

---

<sup>64</sup> Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Ariel, Barcelona 1962, Págs. 500 y sig.

manifiesten tendencia a delinquir-así, si es previsible que pretendan procurarse el acceso a la droga por medios delictivos.”<sup>65</sup>

Para Mir Puig, las medidas de seguridad, están relacionadas con el peligro que implican después de cometido un delito, esto es, en forma paralela al merecimiento de la pena; para este autor, la medida de seguridad supone a menudo privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor al de la pena. Afirma en la actualidad, las penas y las medidas de seguridad coinciden en procurar la prevención de delitos.

Algunos penalistas consideran a las penas y las medidas de seguridad como sinónimos. Tal opinión es totalmente infundada, puesto que cada una de ellas tiene sus propias características y por ello son diversas; basta señalar tres de esas diferencias:

- a) La pena es consecuencia de un delito; la medida de seguridad se aplica por el carácter peligroso del sujeto
- b) Al imponer la pena se produce un sufrimiento; por la medida de seguridad se prevé la comisión de un delito y es en sí un medio asegurativo
- c) La pena se impone tomando en cuenta la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del autor; la medida de seguridad se impone exclusivamente tomando en cuenta la peligrosidad del individuo.

---

<sup>65</sup> Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Editorial PPU, 2ª. Edición, Barcelona, 1985, Pág. 3

Las características expresada, podemos decir las medidas de seguridad, son medios de profilaxis social, por las cuales se trata de evitar que personas peligrosas puedan llegar a cometer delitos.

#### CLASIFICACIÓN DE LÍMITES PARA IMPONER LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Las medidas de seguridad se clasifican en :

- a) Personales
- b) Patrimoniales

Son personales aquellas que van dirigidas a cambiar la conducta del individuo y a su vez pueden ser:

- I. Detentivas. Son las que suprimen la libertad de movimiento, por ejemplo, la remisión a colonias agrícolas o el envío a manicomios o centros de salud mental.
- II. No detentivas. En ellas no se suprime la libertad de movimiento, sino sólo la disminuyen, por ejemplo prohibir la concurrencia a ciertos lugares, el trabajo a favor de la comunidad, etc.
- III. Correctivas. Llevan un fin educacional como puede ser la asistencia a una escuela de trabajo.

Las medidas de seguridad patrimoniales, surten sus efectos disminuyendo el patrimonio del inculpado como, la caución de buena conducta y el decomiso.

Las medidas de seguridad son disposiciones señaladas en la ley y son aplicadas por un juez competente cuya finalidad es la de evitar la comisión de delitos, siendo de esta manera su fin de carácter preventivo y curativo. En nuestro país y de acuerdo a la legislación positiva existen serias dudas sobre la posibilidad de imponer medidas de seguridad, en especial por lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Federal, donde de manera muy clara se señala la imposibilidad de imponer penas que no estén decretadas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; interpretando con rigorismo este artículo, llegamos a la imposibilidad de aplicar medidas de seguridad siendo sólo factible imponer penas. Analizando el artículo 24 del Código Penal Federal, señala por igual y clasifica sin ninguna diferencia a las penas y a las medidas de seguridad; el análisis del propio artículo 24, en concreto el punto tres se refiere al "internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos", es evidentemente una medida de seguridad e inclusive, para mayor precisión de otra medida de seguridad, señalaremos el artículo 68 del mismo código que se refiere a los incapaces. Textualmente estatuye dicho precepto: Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de la obligaciones contraídas. La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

Otra clase de medidas de seguridad se refiere a los menores de edad, quienes se rigen por disposiciones especiales. En el Distrito Federal, por ejemplo, existen un Consejo Tutelar para Menores Infractores, y tiene por objeto

promover la readaptación de los menores mediante el estudio de su personalidad, así como su medio social procurando establecer medidas correctivas de protección y vigilancia durante su tratamiento. El Consejo de aplicar las siguientes medidas: internamiento en una institución o libertad vigilada, sea con su familia o dentro de un hogar sustituto.

Aun dentro de la limitante por el texto del artículo 14 Constitucional, las medidas de seguridad son aplicadas por los órganos judiciales mexicanos, tal vez no con la intensidad deseable, pero sí constituye su aplicación una facultad plena del órgano judicial.

A la comisión de un delito corresponde la aplicación de una pena, pero en algunos casos, además o en lugar de ella, se aplica una medida de seguridad.

#### Noción.

La medida de seguridad es el medio con el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad; incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena, que sólo podrá imponerse después de cometido y comprobado el delito.

La medida de seguridad puede ser educativa, médica, psicológica, pecuniaria, mixta, etc., y se impone tanto a imputables como a inimputables.

El artículo 24 (C. P. D. F.) las enumera mezclándolas con las penas. Algunos ejemplos de medidas de seguridad que establece la legislación penal mexicana: prohibición de ir a un lugar determinado, caución de no ofender, tratamiento psiquiátrico, tratamiento de menores infractores, etc.

El criterio para imponerlas debe ir de acuerdo con la peligrosidad del sujeto y su duración puede ser indeterminada.

## EXTINCIÓN PENAL.

Aquí se estudiará cómo puede terminar la acción penal o la pena. En seguida se verá qué es la acción penal.

Acción. La acción penal es una atribución del estado consistente en hacer que las autoridades correspondientes apliquen la norma penal a los casos concretos por presentarse.

Noción. La extinción penal es la forma o medio por el cual cesa o termina la acción penal o la pena.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal, ya que representa los intereses de la sociedad, por tanto, a él compete ejercitar o no la acción penal una vez concluida la fase de averiguación previa.

Formas de extinción. Cumplimiento de la penal. Es la principal forma de extinción. Se trata de cumplir con la pena o medida de seguridad, impuesta, de modo que, una vez consumada, se extinguirá (art. 116 del C. P. D. F.).

Amnistía. Es un medio por el cual se extinguieron tanto la acción penal como la pena, excepto la reparación del daño. Se aplica en caso de delitos políticos (art. 92 del C. P. D. F.)

Perdón. Es la forma de extinción penal que concede el ofendido (víctima) o su representante legal. Opera sólo en los casos de delitos que se persiguen por querrela necesaria, y debe ser absoluto e incondicional, otorgarse

antes de dictada la sentencia en segunda instancia y siempre que el procesado no oponga (art. 93 del C. P. D. F.).

**Indulto.** Es una causa de extinción de la pena, procede únicamente de sanción impuesta en sentencia irrevocable y no se extingue la obligación de reparar el daño (arts. 94 a 98 del C. P. D. F.).

**Muerte del delincuente.** Resulta lógico que si el delincuente muere, la acción o la pena cesa automáticamente por ese hecho natural.

**Innecesariedad de la pena.** Cuando el juez lo considere pertinente, podrá prescindir de la pena, debido a la afectación o menoscabo de salud que hay sufrido el delincuente, por senilidad, etc., y que haga innecesaria aquélla (art. 55 del C. P. D. F.)

**Prescripción.** Extingue tanto la acción como la pena. Consiste en el transcurso del tiempo que la ley señale, siempre que existan los supuestos legales señalados y, por ese simple hecho, prescribe la acción o la pena (arts. 100 a 115 del C. P. D. F.).

## REHABILITACIÓN.

**Noción.** La rehabilitación confunde frecuentemente con otra nociones, como la readaptación. La rehabilitación consiste en reintegrar al sentenciado en sus derechos civiles, políticos y de familia que estaban suspendidos o había perdido, que a causa de la sentencia o por un proceso cuyo ejercicio estuviere suspenso (art. 99 del C. P. D. F.).

## READAPTACIÓN.

La readaptación es el propósito plasmado en la Constitución respecto del sujeto sentenciado. Se trata de adaptar o readaptar (según el caso) al sujeto para que pueda, posteriormente al cumplimiento de sus sentencia, vivir en la sociedad. Como es de destacarse, el artículo 18 constitucional establece las bases para el logro de este propósito, que son la educación, el trabajo y la educación para el trabajo. Deben tenerse presentes también las disposiciones de los reglamentos internos de las prisiones, la ley que estable las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados e incluso los tratados internacionales.

## CAPITULO NOVENO

## **CAPITULO NOVENO: EXTINCIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

### **9.1.- CAUSAS DE EXTINCIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

Estas las encontramos en plasmadas en nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato que a la letra dice:

#### **CAPÍTULO I**

##### **CUMPLIMIENTO DE SANCIONES**

Artículo 111. El cumplimiento de las sanciones impuestas en sentencia firme las extingue con todos sus efectos.

#### **CAPÍTULO II**

##### **MUERTE DEL DELINCUENTE**

Artículo 112. A muerte del delincuente extingue la acción penal; también las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la de reparación del daño y la de decomiso.

#### **CAPÍTULO III**

##### **AMNISTÍA**

Artículo 113. La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, a excepción de la reparación del daño y la de decomiso, en los términos de la ley que la conceda.

## CAPÍTULO IV

### PERDÓN DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

Artículo 114. El perdón del sujeto pasivo del delito extingue la acción penal, cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Que el delito se persiga por querrela;
- II. Que se conceda antes de pronunciarse sentencia ejecutoria; y
- III. Que se otorgue ante el Ministerio Público, si aun no se ha ejercitado acción penal o ante el tribunal del conocimiento.

Artículo 115. Si el sujeto pasivo del delito es incapaz, podrá otorgarse el perdón por su legítimo representante; si carece de él, por un tutor especial designado por el tribunal del conocimiento.

En caso de que la persona ofendida fuere menor de edad pero mayor de 12 años, deberá manifestar su conformidad con el perdón otorgado por su legítimo representante o, en su caso, por el tutor especial designado por el tribunal.

Si la persona incapaz tiene varios representantes y existiere desacuerdo entre ellos o entre el incapaz y sus representantes, la autoridad ante quien se otorgue el perdón previa audiencia, decidirá cual voluntad debe prevalecer, atendiendo a los intereses del pasivo del delito.

Artículo 116. Si existen varias personas acusadas del mismo hecho punible, el perdón otorgado a una de ellas favorecerá a todas las demás.

## CAPÍTULO V

### RECONOCIMIENTO DE LA INOCENCIA DEL SENTENCIADO

Artículo 117. Cualquiera que sea la sanción impuesta en sentencia ejecutoria, procede su anulación, cuando aparezca por prueba indubitable que el sentenciado es inocente del delito por el que se le juzgó.

## CAPÍTULO VI

### EXTINCIÓN POR DOBLE CONDENA

Artículo 118. Cuando la persona inculpada fuere condenada por el mismo hecho en dos juicios distintos, se anulará la sentencia pronunciada en el segundo de ellos, extinguiéndose las sanciones impuestas en éste y todos sus efectos.

## CAPÍTULO VII

### PRESCRIPCIÓN

Artículo 119. La prescripción extingue la acción penal y las sanciones impuestas, por el simple transcurso del tiempo señalado en la ley. Se hará valer de oficio en cualquier estado del procedimiento.

Artículo 120. Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán a partir:

I. Del día siguiente al de su consumación, si se trata de delito instantáneo;

II. Del día siguiente al en que se realizó la última conducta, si el delito fuere continuado;

III. Del día siguiente en que cese su consumación en caso de delito permanente; y

IV. Del día siguiente al en que se realice el último acto u omisión de la tentativa.

Artículo 121. La prescripción de la acción penal se interrumpe cuando la persona acusada es detenida o queda sujeta a proceso.

Artículo 122. Si la persona acusada se sustrae a la acción de la autoridad, se iniciará de nueva cuenta el cómputo de la prescripción, que se contará a partir del día siguiente al de la sustracción.

Artículo 123. La acción penal prescribirá en un plazo igual al del término medio aritmético de la sanción privativa de libertad señalada para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años.

Artículo 124. Si la pena asignada al delito no fuere privativa de libertad, la sanción penal prescribirá en un año.

Artículo 125. Tratándose de delitos que se persigan por querrela, la acción penal prescribirá en dos años, si en ese plazo no se ha presentado. Si se hubiere formulado oportunamente, se aplicarán las reglas generales de la prescripción.

Artículo 126. En los casos de concurso de delitos, las sanciones penales que de ellas resulten prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor.

Artículo 127. Cuando para ejercitar una acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia revocable en ese procedimiento.

Artículo 128. Los términos para la prescripción de las sanciones serán contados y se computarán una vez que la condena sea firme; correrán, si son privativas de libertad, a partir del día siguiente al en que la persona sentenciada se sustraiga a la acción de la autoridad; si no lo son, a partir del día siguiente de la sentencia ejecutoria.

Artículo 129. La sanción privativa de libertad prescribirá en un plazo igual fijado en la condena.

Artículo 130. Cuando se haya cumplido de la sanción privativa de libertad, se necesitará para la prescripción un plazo igual al no compurgado.

Artículo 131. La sanción pecuniaria consistente en multa prescribirá en un año y la relativa a la reparación del daño en cinco.

Artículo 132. Las sanciones no previstas en los artículos anteriores prescribirán en un plazo igual al de su duración. Las que no sean de término, en un año.

Artículo 133. La prescripción de las sanciones privativas de libertad solo se interrumpe aprehendiendo al reo, aunque la aprehensión se ejecute por otro delito.

## 9.2.- AMNISTÍA.

La amnistía aparece recogida en el artículo 113 del Código Penal del Estado al expresarse:

La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de ley que se dicte concediéndola, y si no se expresare, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito.

Conforme al texto expuesto, la amnistía es una causa de extinción tanto de la sanción como de la responsabilidad penal, que deriva de un ley del Congreso de la Unión y que, por lo mismo, tiene efectos respecto de todas las personas que en la misma se contemplan; puede ser promovida en cualquier momento de la secuela del procedimiento, o bien con posterioridad a éste, durante la ejecución, y abarca todas las sanciones impuestas salvo la reparación del daño, a la que también abarca si en la correspondiente ley de amnistía no se hace expresa referencia al respecto.

(Del griego amnistía, olvido). Acto del poder legislativo que ordena el olvido oficial que una o varias categorías de delitos, aboliendo bien los procesos comenzados o que han de comenzarse, bien las condenas pronunciadas.

Los atenienses dieron el nombre de amnistía a una "ley" que el general Trasibulo hizo adoptar por el pueblo en 403 a. C., después de expulsar a los Treinta Tiranos y que prescribe el olvido de los hechos cometidos durante la rebelión. Esta medida también se aplicó en Roma, principalmente en la Roma Imperial que distinguía la indulgencia specialis, la indulgencia generalis o comunis, y la general abolitio, que correspondía respectivamente a la gracia, el

indulto y la amnistía de nuestro tiempo. En la Europa Medieval, el olvido, el perdón de las conductas punibles era atributo del Monarca; más tarde, el derecho de gracia, el indulto, pasó a ser facultad del Jefe de Estado y, bajo la influencia de la ciencia constitucional moderna, el derecho de amnistiar fue declarado prerrogativa del Poder Legislativo.

La amnistía ha sido sujeto de críticas por algunos tratadistas como Bentham, Beccaria, Kant, etc., así como por la escuela positivista o antropológica italiana, con Ferri y Lombroso, por estimar que era contraria al principio de igualdad y por favorecer las inclinaciones criminales de los amnistiados. Pese a los sensores, siempre ha prevalecido la corriente de opinión favorable a la amnistía. Montesquieu y Cremani figuran entre sus defensores, por estimar que es un principio de prudencia política; por su parte Estori y Mancini la fundamentan en la soberanía misma "la potestad de clemencia es un atributo de la soberanía". Sin profundizar la discusión, cabe recordar que, determinadas circunstancias (es más útil perdón que castigar, más acertado olvidar que perseguir). La amnistía aparece, pues, como una medida de carácter político, tendiente a apaciguar los rencores y resentimientos inseparables de las luchas sociales y políticas.

En México, la Comisión de Constitución propuso al Congreso Constituyente de 1856 que el indulto y la amnistía correspondieran al Ejecutivo, a diferencia de los precedentes que los concedían al Legislativo; en efecto, el proyecto primitivo de la Comisión consagraba la facultad del Presidente de la República para "conceder amnistías o indultos por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los Tribunales de la Federación". Después de una larga discusión, se aprobó por la escasa mayoría de 42 votos contra 41 el sistema todavía en vigor hoy en día, que atribuye la facultad de indultar al Presidente y la de amnistía al Congreso.

### **9.3.- INDULTO.**

Se aplica siempre en relación con la sentencia impuesta en forma irrevocable, es decir, no puede operar respecto de la acción penal, durante el procedimiento.

Implica un acto del ejecutivo a diferencia de la amnistía, que opera como un acto del legislativo, en la inteligencia de que ambas figuras observan un contenido de sentido eminentemente político, en donde, precisamente en el caso de la segunda, la expresión misma de "amnistía" significa "olvido" político acerca de la situación que originó el hecho; en tanto que el caso del indulto implica un acto político del gobernante, relacionado con el acto de gracia que históricamente fue ejercido por el monarca, como una manifestación a la vez que de su autoridad soberana, también de su magnanimidad y misericordia.

Así, la amnistía observa un sentido político de esencia democrática, que propugna la tranquilidad y paz social a través de un acto que significa prudencia, concordia, comprensión y entendimiento de la autoridad gubernamental acerca de la pluralidad social y, por, lo mismo del "olvido" de los hechos respecto de los cuáles aquellas se conceda; en tanto que el indulto como acto político observa una carga más autoritarista en tanto que sólo identifica de benevolencia y magnanimidad del soberano.

Los casos en que procede el indulto, aparecen recogidos en lo dispuesto por el artículo 97 del Código Penal Federal siguiente, que expresa:

Cuando la conducta observada por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su libertad no represente un peligro para La tranquilidad y seguridad públicas, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción y no se trata de sentenciado por traición a la patria, espionaje, terrorismo,

sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida, ni de reincidente por delito intencional, se le podrá conceder el indulto por el ejecutivo federal, en uso de las facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos, en los casos siguientes:

I. Por delitos de carácter político a que alude el artículo 144 de éste Código;

II. Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político y social;

III. Por delitos del orden federal o común en el Distrito Federal, cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la nación y previa solicitud.

Por su parte, el artículo 98 mismo Código establece: "El indulto en ningún caso extingue la acción de reparar el daño causado....." y, asimismo, el artículo 95 expresa:

No podrá concederse la inhabilitación para ejercer una profesión o algunos de los derechos políticos o civiles, o para desempeñar determinado cargo o empleo, pues estas sanciones sólo se extinguirán por la amnistía o la rehabilitación.

#### **9.4.- PERDON DEL OFENDIDO.**

El artículo 93 del Código Penal Federal previene el caso del perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo en los términos siguientes:

El perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo extingue la acción penal, respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público, si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional, antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueda ser perseguidos por declaratoria de perjuicios o por alguno otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal, la manifestación de quién está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando son varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quién lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cuál beneficiará a todos los inculpados y al encubridor. El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora.

Las características generales bajo las cuáles opera el perdón del ofendido como causa personal de cancelación de la pena, aparece claramente recogido en los términos de la disposición antes referida: extingue tanto a la acción penal o pretensión punitiva, como a la pena impuesta misma. La primera, siempre que se trate de delitos perseguibles por querrela de parte, caso en el cuál opera en cualquier momento del procedimiento hasta antes de dictarse sentencia

de segunda instancia, así mismo, en términos del párrafo último, también opera el propio perdón del ofendido como causa de inexistencia de la sanción penal impuesta, caso en el cuál deberá ser promovida ante la autoridad ejecutiva.

Por otra parte, si son varios los ofendidos, el perdón opera sólo respecto de la persona a favor de quién otorga y no respecto de los demás. Sin embargo, si el interés jurídico relacionado se encuentra totalmente satisfecho entonces sí beneficiará a todos los inculpados y demás personas relacionadas con el delito, incluso al encubridor (artículos 93 párrafo 3º, 4º, 5º).

#### **9.5.- RECONOCIMIENTO DE LA INOCENCIA DE UN SENTENCIADO.**

El artículo 96 Código Penal Federal, hace referencia al reconocimiento de inocencia, expresando:

Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales aplicable, y se estará a lo dispuesto en el artículo 49 de éste Código.

A continuación el artículo 98 mismo ordenamiento, en su parte segunda expresa que el reconocimiento de la inocencia extingue también la obligación de reparar el daño, lo cuál es una consecuencia lógica y natural toda vez que precisamente se esta reconociendo la inocencia de la persona.

## CAPITULO DECIMO

## **CAPITULO DECIMO: REPARACIÓN DEL DAÑO.**

### **10.1.- FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO.**

En relación con la reparación del daño, la misma aparece regulada en los artículos 56 al 77 del Código Penal del Estado. En lo fundamental dicha regulación establece:

La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito con sus frutos y acciones, así como el pago, en su caso, de deterioros y menoscabos sufridos. si la restitución no fuere posible, el pago del valor comercial de la cosa en el momento de la comisión del delito;

II.- El pago del daño moral causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencia del delito;

III. La pago del daño material moral; y

IV. La indemnización de los perjuicios ocasionados.

Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

1. El sujeto pasivo;

2. Las personas que dependían económicamente de él, conjuntamente con quienes tengan derecho a alimentos conforme a la ley. El

cónyuge, el concubinario o concubina y los hijos menores de edad; a falta de estos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él, en primer grado.

La reparación del daño debe ser fijada por los tribunales, atendiendo a las pruebas obtenidas y acreditadas en el proceso.

Se previene, así mismo, la obligación de reparar el daño, a cargo de los ascendientes por los delitos de los descendientes que se hayan bajo su patria potestad; de los tutores y de los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; de los directores de internados o talleres respecto de los hechos de sus discípulos o aprendices menores de 16 años; los dueños de empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros o empleados domésticos o artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios; y las sociedades por los delitos de sus socios o gerentes, directores; de dicha regla general se exceptúa la sociedad conyugal. Así mismo, previene la ley que queda obligado al pago de la reparación del daño, el Estado, en forma solidaria, por los delitos dolosos de sus servidores públicos, realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y subsidiariamente, cuando aquellos delitos fueren culposos.

La obligación del pago de la reparación de daño y la multa, son preferentes respecto de otras obligaciones, salvo la relativa a los alimentos y las derivadas de las relaciones de trabajo.

Atento a lo previsto, la reparación de daño proveniente del delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública, y, por lo mismo, se exigirá de oficio por el Ministerio Público, previéndose que el ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y el monto de dicha

reparación. A su vez, la reparación de daño exigible a terceros tiene el carácter de responsabilidad civil y deberá tramitar en forma de incidente, en la manera en que lo determine el Código de Procedimientos Penales y cuando por razón de sobreseimiento, de sentencias absolutorias o por no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, concluye a la causa o averiguación previa, en su caso, se podrá acudir a la vía civil, en los términos de la legislación civil correspondiente.

Por otra parte, en relación con la pena pecuniaria, el importe de la misma se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida, en manera que al primero le corresponda el importe de la multa y al segundo el de la reparación de daño. El pago preferente será el relativo a la reparación del daño y si la parte ofendida renuncia a la misma, el importe se aplicará a favor del Estado.

Cuando sean varias las personas que intervienen en a comisión del delito, corresponde al juez fijar la multa a cada delincuente, según su participación y sus condiciones económicas.

Así mismo, los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación de daño, cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

En la reparación del daño, la deuda es mancomunada y solidaria. La reparación del daño se mandará hacer efectiva en forma similar a la de la multa, lo cual implica que se puede utilizar la facultad económica coactiva del Estado, cuando se niegue el pago de la reparación del daño sin causa justificada. Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que le haga falta; naturalmente, esto, con

independencia de las reglas de la prescripción respecto al pago de la reparación de daño.

Finalmente, se previene la posibilidad del pago de la reparación del daño en plazos, que no será mayor de un año, teniendo en cuenta la situación económica del sentenciado.

## **10.2.- INDEMNIZACIÓN.**

El órgano jurisdiccional tiene facultad discrecional para determinar el monto del dinero que se entregará al sujeto pasivo por concepto de reparación moral. Esta facultad discrecional deberá apreciar lo siguiente: los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque, la conducta ilícita y los aspectos económicos del sujeto activo y el sujeto pasivo. Pero el hecho de que el juzgador tenga en cuenta los anteriores aspectos, no implica ninguna limitación al monto de la condena, sino que el arbitrio judicial debe nutrirse de dichas singularidades para fundar y motivar su resolución. Sabemos que las condenas por daño moral, en nuestro derecho, están en vías de perfección, por lo nuevo de la figura y la ausencia de casos que sirvan de comparación de criterios judiciales. Por ejemplo, el derecho sajón, la responsabilidad civil y moral es una de las responsabilidades mas importantes y temidas por los sujetos responsables, ya que esas condenas importan restricciones a los derechos de la persona y el pago de indemnizaciones millonarias, y estos jueces emiten sus resoluciones en un auténtico jurado de conciencia y fundados en caos análogos.

En el derecho mexicano, es momento de que este tipo de responsabilidad civil se despoje de atavismos y visiones medievales, que se comprendan que la responsabilidad moral es una condena civil, tan importante y grave como las demás responsabilidades civiles y penales ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, y que nuestros jueces civiles no tengan temor en condenar

por cantidades considerables de dinero a los agentes dañosos o sujetos activos de la causación de un daño moral, como medida ejemplar contra el ataque de los derechos de la personalidad y como una reivindicación debida a nuestras leyes civiles. Los códigos civiles del siglo pasado simplemente ignoraron el daño moral, y nuestro actual código de 1928 antes de la reforma de diciembre de 1982, lo condicionó a la existencia de un daño patrimonial.

Por tanto, la comentada reforma de 1982 del artículo 1916 del código civil de 1928, representa el acta de viabilidad del daño moral en nuestro derecho. No impartir justicia conforma a derecho, constituye una de las injusticias mas graves. Entonces, es el momento de que los órganos jurisdiccionales no crean en limitantes cuando deban dictar una condena por daño moral, ya que el derecho civil espera al otorgar una facultad discrecional al juzgador para determinar el monto de la suma que se pagará a título de indemnización moral, que se entienda que la responsabilidad civil por daño moral no es una acción de reparación improbable o que su indemnización es meramente simbólica.

#### COMO DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN.

Bajo el principio general de que los bienes morales jamás podrán imperfecta ni aproximadamente ser valuados en dinero, ya que no existe traducción adecuada en moneda, ¿Cómo se va a establecer el monto de la indemnización?

Para contestar lo anterior es necesario precisar que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria. De conformidad con esto vemos que, de acuerdo con nuestro derecho, el monto de la indemnización lo fijará el órgano jurisdiccional, pero antes tiene que valorar situaciones previas a la indemnización de la cantidad.

“Rezzonico y Marty nos dicen que el monto de la indemnización no debe constituir un enriquecimiento sin causa,”<sup>66</sup> siendo éste uno de los principios que debe observar el Juez al dictar su resolución condenatoria.

En contraposición el español García López dice:

“La indemnización del daño moral supondría un enriquecimiento sin causa. Se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa<sup>67</sup>. El mantenimiento de esta tesis podría resultar válido desde unos esquemas estrictamente patrimonialistas en los que se identificase toda teoría general del Derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegieran los derechos o bienes patrimoniales. Hoy en día, sin embargo, semejante redargución carece de base; porque, admitidamente jurídicamente la responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimientos patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho Civil”.

Y es precisamente en la cita marcada con el número 2 donde el autor ibérico expresa:

“Brebba argumenta que en el mismo sentido crítico de la teoría del enriquecimiento sin causa, pero con argumentos que a mi parecer son poco convincentes arguye que <afirmar que la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para el mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc., de ese sujeto se hallan fuera de la protección del Derecho, lo que

<sup>66</sup> Marty G. Derecho Civil. tomo I. (traductor José M. Cajica, hijo ) Cajica; Puebla- México, 1952 pág. 292

<sup>67</sup> Colmo, Obligaciones, cit., pág. 128; BREBBIA, El Daño Moral, cit., pág. 94.

no puede menos de constituir -y constituye de hecho en la inmensa mayoría de las legislaciones positivas de los países civilizados-, el objeto preferente de la atención del legislador>. Sin embargo para los autores que afirman que la indemnización supondría un enriquecimiento sin causa, el sostenimiento, de semejante postura no significaría en modo alguno que el Derecho no fuera a tutelar los bienes personales, pues de hecho de que escapen al ámbito iusprivatista no se deduce que dejen de constituir el objeto de protección del Derecho Penal.”<sup>68</sup>

A manera de conclusión afirma: “Es inconcluso que cuando se manejaban conceptos puramente patrimoniales una pretendida indemnización de los daños morales, tal vez supusiera un enriquecimiento in causa, teniendo en cuenta la no conceptualización del daño moral como un daño jurídico civil y, por tanto irresarcible”.

La postura del autor de referencia, es inexacta en cuanto a cita y conclusión por lo siguiente: El jurista argentino Roberto H. Brebbia, jamás dice que la indemnización por daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que se debe expresar, es que hay que impedir que la indemnización por daño moral, se convierta a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa; en un enriquecimiento sin causa. Esto es, nadie debe tener patrimonialmente ganancias sin causa jurídica y en perjuicio de un patrimonio diferente al ganancioso y que también, sin causa justificada soporte la pérdida. En ningún momento el autor sudamericano se manifiesta en contra de la indemnización moral por suponer un enriquecimiento sin causa, sino que la indemnización moral no debe configurar tal institución del derecho de las Obligaciones, siendo claro en su postura que se debe admitir la reparación moral, pero repito, ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o ilícito como tipifica el Código Civil del Distrito Federal. Brebbia lejos de proponer lo que dice García López, manifiesta:

---

<sup>68</sup> Brebbia, El Daño Moral, cit., pág. 94.

"Pero, aún aquí, dentro de este campo, donde como en muchas otras materias de derecho privado, predomina el libre arbitrio del Juez, éste deberá sujetar su juicio a una directiva de carácter general surgida de los principios básicos que presiden la institución del Daño Moral: la de evitar que la indemnización constituya para la víctima un enriquecimiento sin causa".<sup>69</sup>

Por otra parte, es válido que se hable de un esquema patrimonialista, en el aspecto de la reparación moral, sin que esto implique una confusión o invasión de esferas patrimoniales y extrapatrimoniales. No riñe en nuestro derecho la tutela de bienes de naturaleza extrapatrimonial con su reparación de contenido eminentemente patrimonial, lo que nos obliga a distinguir entre el bien moral y su concepción extrapatrimonial, el interés del agraviado en obtener una satisfacción moral y la naturaleza de la reparación del Daño Moral en nuestro Derecho, que por disposición expresa del Código Civil siempre se constituirá en la entrega de una suma de dinero, con excepción del daño moral agraviado o calificado, donde aparte del metálico, se ordena la publicación de la sentencia en los medios de comunicación social donde se difundió el evento dañoso. Lo anterior nos da la pauta, para solucionar cualquier duda, y se deben aplicar los principios del enriquecimiento sin causa, como uno de los elementos que necesita valorar el juzgador en su libre arbitrio, para determinar el monto de la indemnización por daño moral.

Es difícil lograr una valoración exacta de dinero cuando se trata de lesión a bienes de naturaleza extrapatrimonial, pero esto no es un obstáculo para que el juzgador no pueda condenar. La facultad discrecional del juzgador, a nuestro parecer, tendrá que observar los siguientes principios al momento de fijar qué suma de dinero será entregada a título de reparación moral.

---

<sup>69</sup> Brebbia, Roberto, H. El Daño Moral, Orbi; Buenos Aires, 1976, pág. 236.

## REQUISITOS PREVIOS.

A. El Juez deberá hacer un análisis de los derechos lesionados; es decir, si el agraviado moral conculcó la honra de una persona solamente o también su reputación, sentimientos, decoro, etc., según el caso concreto. De acuerdo con lo que se dijo en párrafos anteriores, no hay relación de la prueba de la existencia del daño moral con el número de bienes lesionados, sino que esto solo lo debe tomar en cuenta el juzgador para determinar la gravedad del daño causado en atención a los bienes conculcados, que influirá determinadamente en el incremento o disminución de la suma que se entregará por concepto de reparación moral.

B. El grado de responsabilidad se relaciona directamente con el vínculo jurídico que existe entre el sujeto activo y el agraviado, ya sea de responsabilidad directa o indirecta. El juzgador tiene que tomar en cuenta los presupuestos anteriores, del sujeto activo en la comisión del daño, ya que el grado de responsabilidad se está refiriendo a si directamente causó el daño o se encuentra directamente obligado a resarcirlo.

C. La situación económica de la víctima y del responsable. El Juez debe analizar este punto descartando la idea de que, si el sujeto activo es muy rico, la reparación deberá ser generosa o que si el agraviado carece de recursos económicos se le entregará una gran suma de dinero por concepto de indemnización, y de la misma forma a contrario sensu. Se ha dicho que la suma de dinero que se entrega al agraviado a título de reparación moral cumple una función satisfactoria por el dolor moral causado, por lo que el aspecto económico tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, se refiere a que la cantidad se considera equivalente para satisfacer el daño causado y, por ejemplo, podrá incrementarse, cuando la lesión se cause a uno de los bienes que integran el patrimonio moral social de una persona. Como se explicó, cuando se daña uno de estos valores, casi siempre existe un daño pecuniario, como es el caso de la

reputación de una persona, ya que una vez lesionado este bien, el descrédito en la sociedad donde se desenvuelve el agraviado, puede traerle perjuicios económicos, como el tener menos clientela, en el caso de un profesionalista, por ejemplo. Y por último:

D. Circunstancias genéricas del caso. El Juez, una vez que haya analizado el caso y considerado los incisos anteriores, deberá, si así lo acredita la controversia, evaluar todo elemento extraño a lo mencionado, y que sea de una importancia tal que incluya directamente en el aumento o disminución del monto de la reparación. Incluso aquí es donde puede valorar circunstancias que destruyan la ilicitud de la conducta o irrealidad del ataque, o aclaren la magnitud o extensión del daño, recordando que todos los medios de prueba permitidos por nuestra ley procesal pueden ser utilizados para acreditar que existe o no agravio moral, o bien, que el monto de la reparación debe ser significativo, reducido o simbólico.

Creo que uno de los criterios rectores en los cuales no debe fundamentarse el juzgador para dictar su resolución condenatoria sobre agravio extrapatrimonial, será el que la suma de dinero entregada al agraviado no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

A lo largo de este trabajo hemos visto como el daño moral se relaciona con un sinfín de figuras jurídicas del Derecho Civil, como son los sponsales, la prescripción, el patrimonio, la personalidad, etc. Por no ser objetivos concretos de este trabajo, tales temas, se menciona solo de una manera genérica su relación con el agravio moral (será tema de otros trabajos abordar el problema sustantivo que tiene el daño moral con las mencionadas figuras jurídicas).

Tanto Rezzonico, como Brebbia y Marty, consideran como una idea esencial que deberá alimentar el criterio del juzgador, que la suma que se

entregue a título de reparación moral, no deberá constituir un enriquecimiento sin causa para el sujeto pasivo, con la obvia relación del empobrecimiento del sujeto activo. Situación que debe considerar el órgano jurisdiccional en términos de lo establecido por los arts. 1822 al 1895 inclusive, de nuestro Código Civil. Por tanto, el monto de la indemnización por daño moral en nuestro derecho tendrá las siguientes características:

A. La fijará el Juez, el cual tendrá una discrecionalidad absoluta para establecer el monto, ya que el arbitrio judicial es libre, y sólo debe apreciar para fundamentar su resolución el tipo de conducta ilícita, la realidad del ataque, los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, y los aspectos económicos del sujeto activo y pasivo.

B. El uso de la facultad discrecional por parte del Juez implicará también que la suma de dinero que se entrega para resarcir el daño inmaterial al agraviado, no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

Fuera de estas limitantes, el Juez no tiene mas finalidad que aplicar la ley civil, fundada en los principios que dan esencia al daño moral y los correspondientes a la justicia y equidad que deben revestir sus resoluciones.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

El Derecho Penal como conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.

El Derecho Penal pretende preservar un equilibrio que dé seguridad a los miembros de toda sociedad.

Así en forma genérica surge por parte de la ciencia del Derecho Penal la teoría del delito, la cual comprende el estudio de los elementos positivos y negativos de los delitos, así como sus diversas formas de manifestación. Los elementos que lo integran llámese positivos que configuran la existencia de éste, y los negativos que constituirán su inexistencia; al igual que las formas de manifestación referidas a la aparición del mismo.

La teoría del delito pues, atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto

Desde un ángulo jurídico, el delito atiende sólo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

De acuerdo con nuestro Derecho Positivo Mexicano, el delito se ha concebido como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, así, la conducta o hecho se obtiene del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal, la antijuridicidad se presentará cuando el

sujeto no esté protegido por una causa de licitud descrita en los ordenamientos penales. La imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el Derecho Penal, es decir, que no se presente causa de inimputabilidad. Habrá culpabilidad cuando no se observaren aquellas normas de cuidado que debieron haberse tomado en cuenta al ejercitar una conducta determinada y que no se ejecutaron. La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo.

En ese sentido la descripción que el legislador hace de una conducta como acreedora de pena, podemos considerarla dentro de la idea fundamental de tipo. Cuando se ha cometido un delito, cuando hay responsabilidad penal, la consecuencia natural es la imposición de una pena.

Las penas no son sólo la consecuencia de la responsabilidad penal, también constituyen el medio adecuado para luchar contra el delito. Se busca mediante su justa aplicación, obtener una grata convivencia social.

La pena más que una retribución tiene consigo el propósito de proteger tanto al individuo como a la sociedad, de tal suerte, que al resultar de la imposición de un juez penal, el sentenciado estará retribuyendo por el mal causado al cometer el delito. Esa retribución se hace a la sociedad, aunado a la idea de que la pena lleva consigo la preservación de los valores individuales y sociales, esto es, al imponer la pena, además de la retribución se obtiene la recuperación de la dignidad humana y de la masa como una retribución jurídica.

Una vez establecida la pena al sentenciado mediante sentencia firme procede la reparación del daño a favor del ofendido por parte de este, sin embargo cuando por razones ajenas y en forma indubitable aparece una o varias pruebas que del análisis legal realizado con posterioridad se tuviere como efecto acreditar la inocencia del sentenciado, procedería en forma inmediata la extinción de la

responsabilidad penal al reconocimiento de la inocencia del sentenciado, lo que a esté le ocasionaría un perjuicio familiar, psicológico, económico, laboral y social, sin que en nuestro ordenamiento penal exista como obligación para el Estado garantizar la reparación del daño causado al ahora inocente.

Por ello se propone la regulación de la reparación del daño al sentenciado condenatoriamente que resultare inocente después de sentencia firme, es decir que se le indemnice conforme a la afectación o perjuicio que se le hubieren ocasionado desde los puntos de vista aludidos.

Con lo anterior se obligará al Estado a cumplir con los principios y fines de una verdadera aplicación de justicia en la que no se deje al arbitrio de la administración pública a través de sus órganos judiciales a que únicamente y sin más nos digan disculpe usted nos equivocamos es inocente continúe con su vida normal sin preocupación alguna, ya que ha quedado extinguida la acción penal en su contra.

# BIBLIOGRAFIA

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- ❖ Abarca, Ricardo, El Derecho Penal en México, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, P. P. 370.
- ❖ Amuchategui Requena, Griselda, Derecho Penal, 2ª. Edición, Editorial Oxford, México, 1999, P. P. 233.
- ❖ Bernaldo de Quiroz, Constancio, Derecho Penal, Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo II, México, P. P. 171.
- ❖ Bonesana César, Marqués de Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, Cajica, Puebla, 1965, P. P. 153.
- ❖ Carranca y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario. Cárcel y penas en México, Porrúa, México 1974, P. P. 333.
- ❖ Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 4ta. Edición, Editorial Porrúa. México 1976, P. P. 274.
- ❖ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967, P. P. 143.
- ❖ Díaz Aranda, Enrique, Dolo Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, Editorial Porrúa, México, 2000. P. P. 214.

- ❖ Islas Olga y Elpidio Ramírez, La Tentativa en el Derecho Penal Mexicano, Revista mexicana de ciencias penales, año III, Julio 1979. núm. 3. México 1980, P. P. 211.
- ❖ Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, 2ª. Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1995, P. P. 420.
- ❖ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 3ª. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, P. P. 418.
- ❖ Jiménez Huerta, Mariano, La antijuridicidad, México, 1952. P. P. 150.
- ❖ López Betancourt, Eduardo., Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México, 1994, P. P. 224.
- ❖ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, P. P. 550
- ❖ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, Editorial PPU, 2ª. Edición, Barcelona 1985, P. P. 330.
- ❖ Palacios Vargas Ramón, La Tentativa, Cárdenas editor, 2ª. edición, México 1979, P. P. 21.
- ❖ Pavón Vásconcelos, Francisco, Breve Ensayo sobre la Tentativa. Editorial Porrúa, 3ra. Edición, México 1982, P. P. 32.
- ❖ Pavón Vásconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1995, P. P. 490.

- ❖ Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1991, P. P. 388.
- ❖ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán. 4ta. Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ❖ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2ª. Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.

### **LEGISLACIÓN.**

1. Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, Ediciones Legaria, S. A. de C. V. León, Guanajuato, 2003.
2. Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, D. F. 2002.

### **OTRAS FUENTES.**

1. Elonio Nacar Fuser y Alberto Colunga, Sagrada Biblia de autores Cristianos, Editorial Católica, Madrid, 1968, Págs. 77.
2. Hassemer, Winfried. Los Elementos Característicos del Dolo, Ensayo, Pág. 931.
3. La punibilidad y su ausencia. Criminalia, México, 1960. Pág. 415.

4. Pavón Vásconcelos, Francisco, *Criminalia*, año XXV, núm. 3, 1959, Pág. 122.