

F E S

ACATLAN

U N A M

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN

**ANALISIS DE LA FUNCION Y DE LOS LIMITES DE
LOS TIPOS PENALES EN EL DERECHO PENAL
MEXICANO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN
DERECHO**

PRESENTA

JUAN ENRIQUE NAVA ROGEL

ASESOR

RODRIGO RINCON MARTINEZ

NOVIEMBRE DE 2009



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AL ETERNO REY INVISIBLE, AL UNICO Y SABIO DIOS SEA LA HONRA Y GLORIA POR SIEMPRE

GRACIAS MI DIOS POR PERMITIRME LLEGAR A ESTE MOMENTO Y CONCEDERME LAS PETICIONES DE MI CORAZON

A MI QUERIDA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATALAN, Y A MIS PROFESORES, POR LA FORMACION ACADEMICA Y CONOCIMIENTOS TRANSMITIDOS QUE ENNOBLECEN AL HOMBRE.

A MIS PADRES ARNULFO NAVA DIAZ (+) Y MARIA DEL CARMEN ROGEL CON GRATITUD Y RESPETO, NO ALCANZAN LAS PALABRAS PARA EXPRESAR MIS SENTIMIENTOS

Y CON ESPECIAL GRATITUD PARA MI HERMANO CHUY QUE SIEMPRE ME HA ACONSEJADO E IMPULSADO HACIA LA SUPERACION.

A MIS SOLIDARIOS HERMANOS POR SU CARIÑO INCONDICIONAL Y POR TODO EL APOYO BRINDADO.

PARA MIS HIJOS: JOYCE Y ARNUL QUE ME AMAN TAL CUAL SOY Y SON EL MOTIVO QUE ME IMPULSA A SEGUIR ADELANTE, LOS AMO. Y CON UN AGRADECIMIENTO ESPECIAL A SU MADRE POR LOS BUENOS TIEMPOS QUE SIEMPRE RECORDARE.

A MI ENTRAÑABLE AMIGO DE SIEMPRE ANDRES RUBIO PUENTE, QUIEN HA ESTADO CONMIGO SORE TODO EN LAS MALAS, Y ME HA ENSEÑADO, ASI COMO EL, A TENER VALOR PARA ENFRENTAR LA VIDA. GRACIAS MI HERMANO, TU SABES CUANTO TE QUIERO

A MI ASESOR DE TESIS Y AMIGO EL LICENCIADO RODRIGO RINCON MARTINEZ, GRACIAS POR SU SABIDURIA Y CONSEJOS PARA LA CONSECUCION DEL PRESENTE TRABAJO

Y A TODOS MIS FAMILIARES, AMIGOS Y COMPAÑEROS DE TRABAJO, POR PERMITIRME SER PARTE EN SUS VIDAS.

ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN Y DE LOS LÍMITES DE LOS TIPOS PENALES EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

INTRODUCCION 1

CAPITULO I DERECHO PENAL EN EL ESTADO MEXICANO

1.1	CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN	3
1.1.1	JERARQUIZACIÓN DE NORMAS	6
1.2	LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	9
1.2.1	LA CONSTITUCIÓN DE 1824	9
1.2.2	LA CONSTITUCIÓN DE 1842	11
1.2.3	LA CONSTITUCIÓN DE 1847	12
1.2.4.	LA CONSTITUCIÓN DE 1857	13
1.2.5	LA CONSTITUCIÓN DE 1917	14
1.3	EL DERECHO PENAL EN LA CONSTITUCIÓN ACTUAL	14
1.3.1	FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917	15
1.3.2	SISTEMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN ACTUAL	19

CAPITULO II EL ESTADO

2	EL ESTADO	45
2.1	ORIGEN DEL ESTADO	46
2.2	CONCEPTO NATURALEZA Y ELEMENTOS DEL ESTADO	52
2.2.1	ELEMENTOS DEL ESTADO	53
2.2.2	LA JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO	55
2.2.3	NATURALEZA DEL ESTADO	57
2.3	CLASES DE ESTADO	60
2.3.1	ESTADO ABSOLUTO	60
2.3.2	ESTADO TOTALITARIO	61
2.3.3	ESTADO LIBERAL	64

CAPITULO III ESTADO Y CONTROL SOCIAL

3.1	DERECHO Y SUS FINES	67
3.1.1	SEGURIDAD JURÍDICA	69
3.1.2	CERTIDUMBRE	73
3.2	CONTROL SOCIAL	75

3.2.1	MEDIOS DE CONTROL	78
3.3	LOS COMPONENTES DEL DELITO COMO MEDIOS DE CONTROL	91

CAPITULO IV DERECHO Y TIPO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

4.1	NORMA	97
4.1.1	NORMAS DE CONDUCTA	101
4.2	NORMA JURÍDICA	103
4.2.1 .1	ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA	105
4.2.2	NORMAS EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL	107
4.2.3	NORMAS EN UN ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO	111
4.2.4	NORMAS JURÍDICO PENALES ES UN ESTADO DE DERECHO	114
4.3	NORMA PENAL	118
4.3.1	ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL	120
4.4	TIPO PENAL	121
4.4.1	PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPO PENAL	124
4.4.2	DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL TIPO	136
4.2.2.1	FUNCIONES DEL TIPO PENAL	138
4.4.3	TIPO GARANTÍA	140
4.4.4	ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL TIPO	141
4.4.4.1	ELEMENTOS NORMATIVOS Y DESCRIPTIVOS DEL TIPO	146
4.4.5	TIPOS SUBJETIVOS DE INJUSTO	147
4.4.5.1	TIPOS SUBJETIVOS DE INJUSTO DEL DELITO DOLOSO	148
4.4.5.2	TIPO DE INJUSTO DE DELITO CULPOSO	151
4.4.6	TIPO ABIERTOS	155
4.4.7	TIPOS EN BLANCO	158
4.5	ASPECTOS PRIMARIOS, SECUNDARIOS Y GRAMATICALES PARA LA CREACIÓN DE TIPOS PENALES	159
	PROPUESTA	166
	CONCLUSIONES	173
	BIBLIOGRAFIA	182

INTRODUCCIÓN.

El fin último del Estado de Derecho, es el bien común, y al garantizar a los gobernados, al amparo de la Ley, su libertad, habrá seguridad jurídica que es un beneficio igual para todos. Si una ley es universalmente aplicable, esto determina al Estado, dentro de dos puntos de vista, por un lado limita su poder de control social y por otro lado determina una garantía de seguridad jurídica al gobernado en virtud de que sabe hasta donde llegan sus derechos y la manera en que el Estado los protege, sin embargo también es inherentemente restrictiva de la libertad, por eso es muy importante mantener a la ley dentro de límites adecuados, para que no se convierta en instrumento de abuso sujeta al poder discrecional del Estado. El estado debe reconocer como fundamentales los derechos inherentes al hombre y darles a los particulares los medios necesarios para poder protegerlos y de esa manera limitar su poder. Por lo que en este trabajo se realizará un estudio de la función y los límites de los tipos penales en el Derecho Penal Mexicano. El legislador para poder realizar la tipificación de un hecho en la norma es necesario que tome en cuenta los principios de igualdad, legalidad, y de culpabilidad, además de tomar en cuenta los factores socioculturales del grupo de gobernados hacia el cual va dirigido el tipo penal, por lo que es importante una redacción adecuada y que los tipos especifiquen y den conceptos de fácil comprensión para evitar problemas en su interpretación y aplicación, pues al no precisar con claridad la conducta prohibida se atenta en contra de la seguridad jurídica de los gobernados, tal es el caso de conceptos como moral, buenas costumbres, mala

fama. El tipo penal es más que un enunciado gramatical que describe la realización de una determinada conducta, es la limitante del poder estatal en contra de un gobernado y es la norma que pretende dirigir las conductas de los gobernados hacia el fin social del Estado de derecho. En el capítulo Primero de este Trabajo se realizará el estudio del derecho penal en el Estado Mexicano, analizando los conceptos de constitución, jerarquización de normas, las diversas constituciones que han regido en nuestro país. En el capítulo Segundo se analizará al tipo penal como presupuesto de un Estado social y democrático, que unifique los criterios de interpretación de esta figura, desde distintos ámbitos como son su sentido gramatical, la redacción del tipo, los aspectos sociales y culturales, puntos que son importantes para la correcta y exacta aplicación de la justicia a sus destinatarios, los gobernados, logrando así la seguridad jurídica de éstos, con el respaldo del Estado, a través de su capacidad de imperio. En el capítulo Tercero de este trabajo se estudiara, por ser de importancia para el mismo, al Estado, su origen, su naturaleza y elementos del Estado, así como su justificación, clases de éste, como es el estado absoluto, el estado totalitario y el estado liberal. En el Cuarto y último capítulo se analizara el control social del Estado, por lo que se analizará al derecho y sus fines, la seguridad jurídica, la certidumbre, el control social, los medios de control y los componentes del delito como medios de control.

CAPITULO I

DERECHO PENAL EN EL ESTADO MEXICANO

1.1 CONCEPTO DE CONSTITUCION

¿Constitución?, ¿Es un concepto, una idea o una norma?. Se piensa que este es un concepto moderno, pero no lo es si nos remontamos a su concepto gramatical, significa: “el acto de crear”, biológicamente es la estructura de un ser. La acepción si se quiere puede ser moderna, pero el concepto o la idea se remontan quizá al momento de creación del Estado.

Aristóteles es su doble calidad de filósofo y jurista ya definía la Constitución en términos muy concretos: “ordenación de los poderes del Estado”.¹ Jellinek abarca los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y la situación de cada uno de ellos respecto al poder del Estado. Cicerón fue el primero en usar el concepto Constitución como conjunto de normas fundamentales de una comunidad.

Así, la idea de Constitución comienza a existir de manera específica en la época feudal, tal como lo menciona Lassalle “en un Estado poco poblado de la Edad Media, bajo el gobierno de un príncipe y con una nobleza que tiene acaparada la mayor parte del territorio, solo una pequeña parte de la misma puede dedicarse a la industria y al comercio, pues la mayoría se dedica a la agricultura para obtener los productos que le permitan subsistir, siendo que dentro de este mismo marco social, todo se encuentra en un acomodo, ya sea como vasallos, como siervos o como colonos del señor territorial, pero todos ellos coinciden en someter a la población en general al poder de la nobleza, obligándola a formar parte de sus huestes de vasallaje y a tomar las armas para guerrear, además con

¹ Trueba Urbina, Alberto. “La Primera Constitución político-social del mundo”. México. D.F.; Pág. 6

el sobrante de los productos agrícolas, el señor toma a su servicio toda suerte de guerreros, escuderos y jefes de armas, siendo que el príncipe no tiene más poder en el fondo que el que le brinda la asistencia de los nobles que se prestan a rendir acatamiento a sus ordenes guerreras.

La Constitución de ese país no puede ser más que una constitución feudal en que la nobleza ocupe el lugar predominante y en el que el príncipe no puede crear sin su consentimiento ni un céntimo de impuestos, sólo ocupará entre estos semejantes de jerarquía la posición de primero en jerarquía”.² Esto es, a decir de este autor la Constitución de la mayoría de los estados de la Edad Media.

En el absolutismo, la nobleza va disminuyendo su poder hasta el grado de perderlo por completo, en esta etapa el príncipe no ve la necesidad de poner por escrito la nueva Constitución, la monarquía es una institución demasiado práctica para poner por escrito cualquier tipo de ley, el príncipe tiene en sus manos un instrumento efectivo y real que forma la Constitución de esa sociedad, la nobleza en este Estado ya no puede competir con el príncipe, ha tenido que renunciar a su fuerza armada y únicamente se tiene que limitar a recibir una pensión que ensalce la máscara de prestigio y abundancia que debe envolver a cualquier monarquía.

La Revolución Industrial va pugnando a la par del provecho del príncipe aumentando sus ejércitos “ayudándolo a conquistar un poderío mundial”³, y es entonces que la sociedad burguesa va cobrando fuerza hasta que el príncipe mismo no puede controlar ni medir sus proporciones de esta manera la burguesía se empieza a sentir como una potencia política independiente y es entonces que “la población burguesa se dijo: No quiero seguir siendo una masa sometida y gobernada, sin voluntad propia, quiero tomar en mis manos el gobierno y que el príncipe se límite a reinar con arreglo a mi voluntad y a regentear mis asuntos e intereses”.

² Lasalle Ferdinand “¿Qué es una Constitución?” Ed. Ediciones Coyoacán. Colección Diálogo Abierto. México, D.F. Pág. 61

³ IBID

Si analizamos lo que se ha dicho anteriormente, veremos que la Constitución no es solamente un problema de Derecho, sino de poder, a este respecto, Lassalle expresa que la verdadera Constitución de un país; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social.

Dichos factores reales de poder son esa fuerza activa y eficaz que informa a todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en substancia, más que tal y como son, pues como lo dice el mismo Lassalle: aún en el supuesto de que en un Estado de pronto desaparecieran de manera repentina todas las leyes de ese país, incluyendo la norma principal en la que se fundamentan todas las demás, esto no haría desaparecer la Constitución.

Estos factores son ponderables según el momento histórico, político y económico que se está viviendo, siendo susceptibles a cambiar o transformarse con el tiempo; Burgoa señala que a grosso modo y de manera genérica han existido a lo largo de la historia factores reales de poder que han influido de manera constante en todas las sociedades. Tales factores se manifiestan en los ámbitos económico, político, cultural y religioso.

De todo lo anterior, se puede sintetizar que antes de poder hablar de un concepto terminológico de la Constitución como Norma Suprema previamente escrita y determinada como documento base de otras normas, es necesario atender a todo lo que abarca la idea de Constitución y a que factores obedece.

En este sentido, citando a Kelsen “las normas no escritas, producidas consuetudinariamente de la Constitución pueden ser codificadas, convirtiéndose cuando esa codificación es efectuada por un órgano productor de Derecho,

teniendo así el carácter obligatorio en una Constitución escrita”⁴. Pero hay que distinguir de esta Constitución en sentido material, la Constitución en sentido formal, es decir, que como Constitución escrita, no sólo contiene normas jurídicas generales que regulan la legislación, sino también se refieren a otros objetos políticamente importantes, que la doctrina ha tenido a bien llamar decisiones fundamentales que son los principios básicos proclamados en la Constitución que se expresan de manera ideológico normativa, y en obediencia a estas decisiones fundamentales se fijan sus normas básicas que no tienen este carácter.

Schmitt considera que las normas básicas son la Constitución misma, y que la distinción entre Constitución y Ley Constitucional es posible porque la esencia de la Constitución no esta basada en una ley o norma, porque en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente.

En síntesis, Constitución es un ordenamiento escrito, basado en decisiones políticas fundamentales que son consecuencia de factores reales de poder derivados del momento histórico, político, cultural y económico que viva una determinada sociedad, de acuerdo a su forma de gobierno, y de la cual emanan primeramente principios básicos de Derecho a los que obedecen normas constitucionales secundarias y en segundo lugar de estas normas derivan leyes secundarias.

1.1.1 JERARQUIZACIÓN DE NORMAS

“En la antigua Macedonia ya se distinguían dos clases de normas jurídicas, la que es fundamento del Estado y las leyes simples, indudablemente la primera es la Constitución que es la base inmovible del Estado, y por otro lado las normas que proceden de ella. En todo orden jurídico, la Constitución es la norma superior, la primera Ley, mejor dicho Súper ley, norma de las normas; las demás

⁴ Kelsen Hans “Teoría pura del Derecho” Ed. Porrúa, México, D.F.; Pág 233.

leyes se derivan de ella”.⁵

Si observamos que las actividades de una sociedad se rigen conforme a un orden jurídico estatal, veremos, como decía Kelsen que la norma que regula la producción de otra norma, es una norma superior, mientras que la producida conforme a esta determinación es la norma inferior, por lo tanto, podemos decir que existen normas primarias o fundamentales que se contienen en el documento escrito conocido como Constitución de la Nación, que emanan de un poder constituyente y original, es decir, de la conjunción de factores reales de poder y decisiones políticas fundamentales emanadas de un Congreso originario que define por vez primera la manera en que estas se plasmaran en el documento escrito; normas secundarias, que son las contenidas en las leyes aprobadas por el Congreso y que en nuestro sistema jurídico se conocen como leyes federales, normas reglamentarias, contenidas en los reglamentos, decretos, órdenes y acuerdos emitidos por el poder ejecutivo; normas individualizadas, contenidas a manera de sentencia o verdad legal, producidas por el Poder Judicial o por el Poder Ejecutivo.

De esta manera y ya en nuestro ordenamiento jurídico positivo mexicano, tenemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 133, describe ya esta jerarquización de normas, al referir:

“Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados.”

En este artículo, el Constituyente define a la Constitución como Ley

⁵ Trueba Urbina A. “La Primera Constitución político-social del mundo” México, D.F. Pág 3

Suprema, es decir “que emanen de ella”, deja en un segundo plano a las Leyes del Congreso de la Unión y a los Tratados que estén de acuerdo con esa Norma Suprema, de igual manera el artículo 89 del Pacto Federal en su fracción I, otorga al Presidente la facultad de: “promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”, estableciendo de esta manera la facultad reglamentaria del Presidente para poder crear normas de observancia obligatoria, pero que no tienen igual jerarquía que las normas federales emanadas del Congreso, por no surgir de un sistema de creación legislativo llevado a cabo con decisiones democráticas realizadas por los representantes del pueblo, y que son en nuestro sistema Bicameral los senadores y los diputados.

De esta manera, vemos que la Constitución al contener normas supremas de observancia obligatoria con base en decisiones políticas fundamentales, a su vez también limita el poder del Estado, obligándolo a respetar las esferas jurídicas individuales de los gobernados, fundamentando de esta manera el poder punitivo del Estado.

En este sentido, es importante mencionar que el Derecho Penal es la rama más estrechamente ligada con la Constitución ya que su función es la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional y fundamentalmente humana, la Constitución es la norma que define y escoge los valores a los que ha de servir el ordenamiento, por lo que es importante estudiar las bases históricas que en esta materia ha tenido nuestra Constitución, y más específicamente en cuando al antecedente del concepto de Tipo Penal, basado en el principio de legalidad derivado de la máxima de Derecho penal: “*Nullum Poena sine Lege*” que deviene desde la Carta Magna de 1215.

1.2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución mexicana, fue considerada en el tiempo de su promulgación una de las mas avanzadas, porque fue la primera en reconocer Derechos Sociales y Derechos Humanos, sin embargo, el Proceso para llegar a estos Principios fue largo y penoso, pero siempre estuvo relacionada con los aspectos penales, por ser la garantía de defensa de los derechos del gobernado.

1.2.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1824

El 20 de noviembre de 1823 la Comisión de Constitución presentó el acta Constitucional, cuyo propósito principal era asegurar el sistema Federal, como “garantía natural para los pueblos”⁶ la discusión del acta se efectuó el 3 de diciembre de 1823 al 31 de enero de 1824, fecha en que fue aprobado el proyecto con el nombre “Acta Constitutiva de la Federación Mexicana”, casi sin variantes.

El día primero de abril del año de 1824, el Congreso comenzó la discusión del proyecto de Constitución Federativa de los Estados Unidos Mexicanos, que con modificaciones fue aprobado el tres de octubre de ese año, con el Título Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, firmada el día 4 y publicada al día siguiente, por el ejecutivo, con el nombre “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos”, esta constitución estuvo en vigor hasta 1835.

Lo importante en materia penal en esta Constitución es que en el Acta constitutiva, en su artículo 18 disponía: ” Todo Hombre que habite en el territorio de la federación, tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia...”, el contenido de tal precepto, sin duda es el antecedente del actual artículo 17 del Pacto Federal, e indiscutiblemente no está restringido a

⁶ Tena, Ramírez Felipe “Leyes Fundamentales de México” Ed. Porrúa, México Distrito Federal Pág. 153

los justiciables como sujetos de proceso, sino constituía una fórmula general, que abarcaba también a la víctima u ofendido de un procedimiento judicial. Otro aspecto importante es que en esta Constitución se proclamaba uno de los pilares que debe prevalecer en un Estado de Derecho y que reduce en la Imparcialidad, lo que trae aparejada la concepción de una división de poderes, pues sólo puede ser imparcial quien es independiente.

Así también mencionada en el artículo 19 “ningún hombre será juzgado en los Estados o territorios de la federación, sino por leyes dadas y tribunales establecidos antes del acto por el cual se le juzgue. En consecuencia quedan por siempre prohibidos todo juicio por comisión especial **ley retroactiva**” como se admite de este texto, la intención del constituyente de 1824 era fijar constitucionalmente uno de los varios principios que dan origen al concepto de Tipo Penal, constitucionalmente, hablando, y que obedece al principio general de Derecho Penal “*NULLUM POENA SINE LEGE PROEVIA, SCRIPTA, STRICTA*”, que denota la visión del constituyente de reconocer derechos al gobernado, y fijarlos en la Ley Máxima a modo de garantizar su respecto y asegurarle, que no será molestado ni afectado por una ley expedida con posterioridad al hecho del cual pudiera podersele acusar, ni tampoco crear una ley con el propósito de sólo procesarlo a él y por esa conducta sea castigado, esta visión de la Comisión de Constitución resultó ser muy avanzada para su tiempo y lo cual perdura en nuestros días en el artículo 14 Constitucional.

Sin embargo, tristemente una vez que fue discutido por el Congreso se modificó el Acta original y suprimieron completamente estos dos artículos, que de alguna manera sentaron el precedente para la posterior creación de los artículos 14, 16 y 17 actuales; dejando únicamente las cuestiones orgánicas del Estado y las formas y procedimientos electorales de las autoridades por ella reconocidas.

El sistema Bicameral que formaba el Congreso Federal, abrió sesiones para reformar la Constitución en virtud de que el mismo texto de la Constitución de

1824 exigía modificaciones, sin embargo; éstas no se podían hacer en tanto no llegara el año de 1830 pues las mismas disposiciones constitucionales así lo establecían; siendo entonces que el día 4 de enero de 1835 se abrieron sesiones para su modificación.

El sistema bicameral consiste en que para que una ley sea aprobada es importante que ésta se inicie en una Cámara que la propone y otra que la revisa, para que una vez conciliadas las posiciones que existen al respecto, se promulgue a través del Poder Ejecutivo esa nueva ley.

El Congreso confió el Proyecto de reformas a una comisión de su seno, la misma que presentó un proyecto de bases constitucionales, el cual fue aprobado el 2 de octubre de 1835, y dio fin al sistema federal, se dividió en siete estatutos estableciendo el sistema centralista y se concluyó el 30 de diciembre, y son estas “leyes constitucionales” las que reconocen nuevamente en su artículo primero, el principio que se ha mencionado con anterioridad, que menciona que **un mexicano no puede ser juzgado ni sentenciado sino es conforme a las leyes dictadas con anterioridad al hecho del cual se le acusa**. Sentando el principio de Derecho contenido en el artículo 14 de nuestra actual Constitución consistente en el Principio de LEX PROEVI.

1.2.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1842

El 10 de junio de 1842 se realizó la sesión de apertura, en la que Santa Anna pronunció un discurso en el que declaró abiertamente su inconformidad con el régimen federal. Se formó la Comisión, y el 26 de agosto se dio lectura en el Congreso al proyecto de Constitución.

El **10** de octubre comenzó la discusión del proyecto, el cual fue declarado

sin lugar a votar el día 14 del mismo mes y año, por lo que fue necesario devolverlo a la comisión; se formuló el día 3 de noviembre un nuevo proyecto de Constitución, y la discusión comenzó el día 14.

En el primer proyecto de la Constitución del 42 no se contemplaba el concepto de protección jurídica a los reos de algún delito, y mucho menos se podía ni siquiera vislumbrar el concepto de Tipo Penal, y tampoco en el segundo proyecto, aunque en estos dos si se reconocieron por primera vez las garantías de seguridad jurídica.

No es sino hasta el 23 de diciembre de 1842 que el presidente de la república hace la designación de lo que se llamó la Junta Nacional Legislativa; tal junta se instaló el 6 de enero de 1843 y se acordó que no se reuniría a formar meras bases Constitucionales sino a formular una nueva Constitución. Sin embargo, y a pesar de que el Congreso se reunió el 9 de junio no realizó la tarea que se había encomendado.

1.2.3 LA CONSTITUCIÓN DE 1847

Primeramente se realizó un proyecto de reformas, el que posteriormente se aprobó el 18 de mayo de 1847 y se promulgó el día 21 del mismo mes y año, y que tampoco tomó en cuenta el concepto que nos ocupa.

Como consecuencia de este primer proyecto de reformas, se realizó “El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana”, que en su artículo 58, decía: “A nadie puede imponer una pena sino es por autoridad judicial competente, en virtud de **ley anterior al acto prohibido y previas las formalidades** establecidas por las mismas para todos los procesos; quedando prohibido todo juicio por comisión especial y **toda ley retroactiva...**”

De lo anterior se desprenden dos aspectos importantes, en primer lugar se menciona como garantía de seguridad jurídica, el hecho de que existan Tribunales previamente establecidos, pero prohíbe el juicio por comisión especial, lo que resulta ser muy importante, pues en virtud de esta garantía se determina que la ley tiene que ser previa, y podemos inferir que la misma tiene que estar establecida en una ley previa al acto, que describa la conducta que se pretende sancionar, asimismo prohíbe la retroactividad de la ley, sentando un precedente para lo que sería el concepto de Tipo Penal.

1.2.4 LA CONSTITUCIÓN DE 1857

La convocatoria para crear una nueva Constitución, se expidió el 16 de octubre de 1855, de conformidad con el Plan de Ayutla aunque posteriormente se modificó la convocatoria y el Congreso se reunió en la Ciudad de México el 17 de febrero de 1856 y al día siguiente se llevó a cabo la apertura de sesiones, como uno de los principales puntos de discusión fue que se debía expedir una nueva Constitución o restableciese la de 1824; la conclusión, el 5 de febrero fue jurada la Constitución, primero por el Congreso y después por el Presidente Comonfort, de tal manera que los nuevos Poderes Federales quedaron instalados; el legislativo el 8 de octubre, mientras que el ejecutivo y el judicial del 10 de diciembre.

Lo importante de esta Constitución y lo más relevante para el trabajo que se expone, es que en su artículo 14 refiere lo que pasaría a ser después el artículo 14 de nuestra actual Constitución y que instaura la garantía de seguridad jurídica referente al alcance de la ley y a su exacta aplicación, al mencionar. “no se podrá expedir (sic) ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; **sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y esactamente (sic) aplicadas a él,** por el Tribunal que **previamente** haya establecido la ley”, sentando en esta última parte el concepto de LEX PROEVIA.

1.2.5 LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Esta Constitución fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y es la que nos rige hasta la fecha, la evolución que denota esta Constitución es trascendental, por varios aspectos, primeramente es emanada de un Congreso plural debido a que nace de la congruencia de las distintas fuerzas políticas que triunfaron a partir de la Revolución; en segundo lugar es una Constitución más ordenada y separa sistemáticamente las funciones orgánicas del Estado de las garantías individuales; tercero, toma conceptos de la Constitución de 1824, de la de 1857 y los reordena metodológicamente; y, para la materia que nos ocupa es de relevante importancia, pues de una buena vez, fija el concepto, más no el término de tipo penal en la Constitución y lo establece de acuerdo a lo que conocemos actualmente, quedando con la siguiente redacción:

Artículo 14:

“A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

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

En los **juicios de orden criminal** queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, **pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito del que se trate**”.

1.3 EL DERECHO PENAL EN LA CONSTITUCIÓN ACTUAL

¿Somos consecuencia de lo que hacemos?; en este sentido el Derecho

Penal de nuestra Constitución actual es consecuencia de nuestra historia y corrientes políticas, y en muchas ocasiones de los intereses particulares de unos cuantos, que con auxilio del Poder estatal, lograron que se tipificaran conductas que en su momento fueron convenientes para controlar alguna situación en particular, pero que no atienden a los verdaderos principios del Derecho Penal.

1.3.1 FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La legitimidad de una Constitución tiene como base, como se ha visto a lo largo del desarrollo de este capítulo, en circunstancias político, jurídico, económicas y sociales de Hecho y de Derecho, y no podríamos hablar primeramente de un Estado de Derecho y después de la validez de una Constitución sin analizar primeramente la manera en que se constituyó el órgano que la emitió, pues si éste fue producto de la ingenuidad, esta Constitución no tendría validez, porque sino cualquier conjunto de disposiciones escritas podría ser invocado como norma suprema emanada de cualquier órgano o persona física.

Por lo que es importante analizar de donde nace nuestra Constitución. Así tenemos, que uno de los primeros antecedentes fue la Constitución de 1857 que se legitimó precisamente con base en la restauración de la República después del gobierno monárquico de Maximiliano, también con base en el gobierno de Benito Juárez que expidió diversas circulares en la que se declaraba la tendencia para que tuviesen aplicación y vigencia positivas las instituciones constitucionales y principalmente las garantías individuales, además de que no surgió en ese entonces ningún pronunciamiento armado en contra de sus principios e instituciones, sino que por el contrario los que se decían enemigos de los gobiernos de Juárez y Tejada se acogieron a este texto para obtener del gobierno republicano el nombramiento para desempeñar cargos públicos que se corrobora

posteriormente con el proyecto de reformas presentado por Venustiano Carranza el primero de diciembre de 1916 y por la misma Constitución actual, que al actuar como instrumento reformador del anterior, la legitimo tácitamente.

En atención a este criterio y a los que se han venido describiendo a lo largo de este capítulo, podemos decir que nuestra Constitución actual con promulgación en el año de 1917, obedece a las siguientes decisiones fundamentales:

1. **Políticas:** que comprenden declaraciones sobre soberanía popular, forma federal del Estado y forma de gobierno republicana y democrática.
2. **Jurídicas** en donde encontramos una de las más importantes y que más interesa en el desarrollo de este trabajo y que es la limitación del poder público a favor de los gobernados que por medio de las garantías constitucionales respectivas; así como también el juicio de amparo como medio para hacer respetar las garantías constitucionales, así como la sumisión del Estado a la Constitución y a la Ley, atendiendo de esta manera a los principios de legalidad y constitucionalidad.
3. **Sociales:** que son derechos públicos subjetivos, socioeconómicos, asistenciales y culturales a favor de clases obrera y campesina.
4. **Económicas:** que atribuyen al Estado el dominio en propiedad de los recursos naturales, la gestión estatal en ciertas actividades de interés público, intervencionismo estatal en las actividades económicas de los particulares.
5. **Culturales:** son las que se refieren a los fines de enseñanza y educación que imparte el Estado.
6. **Religiosas:** que conservan la libertad de creencias y cultos y separan a la

Iglesia del Estado.

Tomando en cuenta que después de la Decena Trágica, la muerte de Madero y con el hecho de que Venustiano Carranza desconociera a Victoriano Huerta, comienza una nueva etapa que en nuestro Derecho se conoce como etapa Constitucional y que tomando como base las decisiones fundamentales que anteriormente se han referido, y con base en que la legitimidad de una Constitución comienza desde la legitimación de los propios órganos que la emiten, tenemos que en todo momento estos órganos que ha sido conocidos como poder constituyente originario, estuvieron investidos de legalidad, y que también se legitima y se vuelve legal porque así como se sostiene de decisiones fundamentales, también parte de una serie de principios fundamentales y que son:

- a) La fundamentalidad y la supremacía de la Constitución: siendo que la fundamentalidad deviene precisamente de que al invertirse la Constitución como norma suprema y base para normas secundarias, la vuelven fundamento tanto de las leyes como de los órganos del Estado; a la vez este principio va unido al de supremacía y denota “dos cualidades concurrentes», en toda Constitución jurídico positiva, por una lado es suprema porque es fundamental y por otro lado es fundamental porque es suprema, es decir, si es una ley de la cual van a partir todas las demás leyes y va a sentar la base para las mismas, quiere decir que es una ley suprema, es decir, una ley por arriba de aquellas y que a su vez al constituirse como la base político, jurídico, económica, social y cultural de un pueblo representa el origen de las normas secundarias, fundamentando las mismas.
- b) Principio de rigidez constitucional: el cual indica que para que la Constitución sea modificada, es preciso que se lleve a cabo un procedimiento especial en el que diversas autoridades y organismos intervengan para su modificación. Este principio obedece a las más elementales razonamientos que sobre seguridad jurídica se puedan dar, pues siendo de esta manera que no puede ser

cambiada “en esencia” una Constitución al capricho de una persona o grupo de personas con intereses particulares sobre su modificación, sino que al constituirse como norma básica, tiene que dotar de certeza a los gobernados de que las decisiones fundamentales y los límites del Estado no cambiaran abruptamente y de manera caprichosa, y por eso la Constitución de 1917 descansa en este principio que se encuentra contenido en el Artículo 135 de la Constitución.

- c) Inviolabilidad de la Constitución: que no significa otra cosa más que la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada, o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, pues si argumentamos nuevamente que la Constitución es norma base, norma fundamental, norma suprema, y de la cual surgen diversas leyes secundarias, quiere decir que cualquier disposición del Estado con base “en esas leyes secundarias”, tiene que ser acorde a la Constitución pues es decisión fundamental del Estado. De esta manera el artículo 133 en su última parte dice:

“Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que puede haber en las constituciones o leyes de los Estados”:

Es por todo lo que se ha esgrimido en los párrafos anteriores que se puede decir que nuestro máximo ordenamiento federal es legítimo porque parte de la legitimidad de su origen, parte de la legitimidad de sus conceptos, principios, y de ser reconocida por las normas secundarias como Norma Suprema, teniendo que ser obedecida a pesar de que esta pudiera llegar a contrariar a los ordenamientos básicos de las entidades federativas e incluso también a las leyes federales.

1.3.2 SISTEMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN ACTUAL

El sistema jurídico Mexicano se caracteriza por la supremacía constitucional y por la salvaguarda de las garantías constitucionales contenidas en la parte dogmática del máximo ordenamiento legal. En virtud de este antecedente es un imperativo en los sistemas políticos de la actualidad, debiendo garantizar en todo momento, la correcta y justa relación entre gobernados y órganos del Estado.

Primeramente la Constitución determina las bases de un Estado de Derecho que en nuestro caso es un Estado de Derecho Social y Democrático, que a su vez tutela una serie de bienes jurídicos fundamentalmente importantes para la supervivencia del Estado y reconoce principios que la dotan de seguridad y certeza, limitando la capacidad de imperio del Estado.

De esta manera nuestra actual Constitución, tratando de subsanar errores y daños graves en contra de los individuos de un estado, prohibiendo la intervención arbitraria del Estado en contra de los derechos fundamentales de los individuos reconocidos por el Derecho natural y enunciados como un mínimo de libertades que debe poseer el individuo para su total desarrollo, tiene a bien enunciar una serie de garantías individuales en materia penal, que no son otra cosa que un reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre.

“La Constitución de 1917 institucionaliza la materia penal en tres aspectos: sustantivo, adjetivo y ejecutivo.

En lo sustantivo determina las bases que debe considerar el legislador ordinario al elaborar las normas jurídico penales: bienes en que ha de tutelarse directrices en materia de punibilidad y criterio diferenciador entre los delitos graves y no graves.

En lo adjetivo, explícita el sistema procesal que debe ser instrumento por el

legislador ordinario, así como los actos que necesariamente deben de llevarse a cabo en el procedimiento, los sujetos que han de realizarlos y los requisitos que deben cumplirse.

En el aspecto ejecutivo establece los fundamentos de readaptación del delincuente⁷

La Constitución actual determina un sistema jurídico penal que parte más de presupuestos de carácter adjetivo que de carácter sustantivo y dota a la legislación de elementos procesales limitativos del poder estatal, pero fundados estos en conceptos y situaciones de tipo sustantivo, así tenemos que por ejemplo el artículo 16 de la Constitución que actualmente nos rige:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

En este primer párrafo del artículo 16 Constitucional, observamos que exige como requisito para que la autoridad realice un acto de molestia en contra de un gobernado, que exista un documento escrito en el que se explique el motivo por el cual se tienen que invadir la esfera de derechos del gobernado.

En este orden de ideas, tenemos que para que opere el acto de molestia en contra del gobernado, es necesario que con base en una norma de derecho éste se justifique, y para poderlo hacer es necesario apoyarse en preceptos de carácter sustantivo que en materia penal tenemos de manera genética los requisitos del artículo 14 Constitucional, en donde se determina en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer la analogía y la mayoría de razón, y da como requisito esencial para motivar estos actos de molestia la exacta aplicación de la ley penal.

⁷ Islas, O Y Ramírez “El sistema procesal penal en la Constitución” Ed. Porrúa México, D.F. Pág. 19

Sin embargo, esto no siempre ha sido así, pues tenemos las diferentes formas en que se han entendido estos principios y que ya hemos narrado a lo largo de este capítulo, según el momento histórico, político, social que se haya vivido, de tal manera que nuestro ordenamiento penal va a descansar en diversos fundamentos.

El primero de estos fundamentos es el jurídico político que encuentra su base en el artículo 39 de la Constitución que a la letra dice:

“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este”.

Es importante señalar que este artículo Constitucional al fijar el principio de la soberanía popular, traslada al pueblo la facultad, tanto para elegir a sus gobernantes como para determinar las leyes, lo que dota a nuestro Estado de Derecho en un Estado Social.

Otro fundamento importante es la división de poderes, respecto de esto, el artículo 49 define que:

“El Supremo Poder de la Federación, para su ejercicio se divide en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. en ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del

artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”.

Al dividir los poderes que forman la unión, reconoce que solo el Poder Judicial podrá determinar las penas, que sólo al Poder Ejecutivo le corresponderá la investigación y la imposición de sanciones; y el Legislativo tendrá a su cargo la función de hacer leyes que puedan ser aplicadas por los otros poderes, de esta manera participando conjuntamente para la persecución de los fines del Estado, pero actuando independientemente uno de otro, precepto del que deducimos no solo lo que concierne a la división de poderes que debe prevalecer en todo Estado de Derecho Democrático, sino también que se acepte que sea un órgano de Estado quien decida las controversias, justificando así un Estado de Derecho.

Asimismo el artículo 21 Constitucional concede al Ministerio Público el monopolio de la acción penal, acción que como se ha dicho deberá estar fundada y motivada en preceptos de Derecho jurídicamente aplicables y de carácter positivo. El mismo artículo 16 Constitucional en su segundo párrafo menciona como requisito para poder librar una orden de aprehensión, que en primer lugar ésta sea librada por la autoridad judicial, que le haya precedido una denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con una pena privativa de libertad y que existan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Actualmente, hemos regresado al concepto procesal del cuerpo del delito en nuestra máxima norma, siendo que este quedo suprimido en 1999, después de tener vigencia desde 1994 en la que esta última parte del párrafo refería en vez de cuerpo del delito elementos del Tipo Penal, sin embargo, es importe recalcar que el hecho de que en la Constitución se haya suprimido el término de Tipo Penal, no quiere decir que por esta razón tan simple haya desaparecido, sino que más bien desapareció el término, más no así el concepto, pues desaparecer el concepto de Tipo Penal de todas las leyes y ordenamientos se traduciría en una negación total

y arbitraria al principio más básico de seguridad jurídica. Lo realmente decepcionante de la reforma de la Constitución es que se regresa a conceptos manejados con anterioridad en vez de atender al progreso y al avance, en vez de dar capacitación y aumentar la cultura y el nivel educativo del medio jurídico en general.

MARCO CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DE 1993 Y LA TRANSICION ENTRE EL CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL; COMO FUNCIONO EL CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL ANTES Y DESPUES DE LA REFORMA DE 1993 EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MEXICO.

Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 constitucional no había sufrido modificación alguna, sin embargo el artículo 16 y el 19 se transformaron para incorporar como elementos exigibles (a efecto de determinar como procedentes una orden de aprehensión o decretar un auto de formal prisión) la justificación de los elementos del tipo, sustituyendo así el elemento CUERPO DEL DELITO. Se incorporó el término TIPO PENAL para hacer referencia a uno de los elementos más importantes de la conducta delictiva; el tipo penal es un elemento esencial del delito.

Antes de la reforma de 1993 para que se librara una orden de aprehensión o decretar un auto de formal prisión era exigible que se justificara, dentro del procedimiento correspondiente, el llamado cuerpo del delito con independencia de los elementos demostrativos de responsabilidad.

"El concepto cuerpo del delito, de cuño muy antiguo y de carácter

eminentemente procesal, se sustituyó por uno de orden dogmático y por tanto perteneciente al derecho sustantivo, concepto que ha sido denominado tipo penal a partir de la reforma constitucional que cobró vigencia en 1994⁸

Se suprimió cuerpo del delito por elementos del tipo; esta reforma tuvo una vida breve, dio paso a una iniciativa presentada el 10 diez de diciembre de 1997, que trajo consigo el retorno del cuerpo del delito a partir del 8 de marzo de 1999. Antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por "cuerpo del delito" se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. Los requisitos que deben exigirse para una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, deben buscar un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos (por un lado) y (por otro lado) las facultades de la autoridad perseguir y castigar delitos.

"La reforma constitucional de 1993... al introducir el concepto "tipo penal" en sustitución del de "cuerpo de delito" (o viceversa) no lo hace adhiriéndose a ninguna concepción dogmática o teórica particularizada respecto de la voz tipo penal (sencillamente porque no es posible que lo hiciera), sino que se utiliza, como tenía que ser, en sentido meramente constitutivo de una garantía de carácter procesal que se reduce al llamado principio de "legalidad" conocido como nullum

⁸ ZAMORA JIMENEZ, Arturo, Cuerpo del Delito y Tipo Penal, Angel Editor, México, D. F. 2000, p 13

crimen sine lege, el cual, también se cumplía igualmente con el anterior vocablo de "cuerpo del delito" pero que sin que se pierda de vista que ese cumplimiento sólo puede entenderse como parcial y eminentemente provisional dada la etapa procesal en que se aplique como grado mínimo de comprobación del hecho.

Por consiguiente como se ha venido manifestando, dentro de sus respectivas facultades emanadas del régimen federal prevaleciente, es obvio que cada entidad federativa puede crear su respectiva legislación penal común, asignando al concepto tipo penal (en su función garantizadora de legalidad), el significado o contenido que prefiera o estime pertinente conforme a sus criterios de funcionalidad o adecuación al modelo de política criminal que se pretenda, por tanto, hipotéticamente se puede utilizar el concepto desde una perspectiva objetivista, causalista o tradicional; finalista; lógico-matemática o, incluso apegándose a los recientes criterios de tipo total o funcionalismo bajo la teoría de la llamada imputación objetiva.⁹

"Desde su inicio la interpretación de la reforma constitucional que dio vida al tipo penal, se vio amenazada de interpretación in malam parte; influyeron en esto distintos factores como la adecuación tardía de las leyes secundarias a la norma constitucional, la poca o nula información sobre los elementos del tipo desde el punto de vista objetivo y subjetivo y la confusión que surge desde ese momento al tratar de equiparar lo que es cuerpo del delito y tipo penal.

En esto, al suprimirse cuerpo del delito de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e incorporar en su lugar el elemento tipo penal, se creyó

⁹ Luna Castro, José Nieves, El Concepto de Tipo Penal..., ob cit pp.86 y 87

equivocadamente que estos dos conceptos podrían ser sustituibles entre sí cuando cada uno de ellos tiene una génesis diferente y una función distinta que cumplir en el ámbito del derecho penal, tanto es así que cuando hacemos referencia al tipo penal, lo relacionamos inmediatamente como uno de los elementos principales de la definición secuencial del delito, y cuando tratamos de definir el cuerpo del delito nos referimos a elementos materiales de comprobación; por ende, de carácter meramente procesal." ¹⁰

Por lo que podemos decir que el tipo penal cumple una función muy importante como base del delito, ya que en todo procedimiento que se inicie será necesaria la demostración de los elementos que componen la figura prevista en la hipótesis legislativa para deducir consecuentemente, si la conducta de autos reúne las condiciones de tipicidad como única forma de demostración de los elementos del tipo. En el ámbito procesal, se contempla un capítulo de pruebas, para que mediante ellas se acredite el llamado cuerpo del delito, por lo que podemos aseverar que al cuerpo del delito se le identifica como una forma procesal de carácter esencial.

"El tipo penal cobra mayor importancia dogmática y pragmática a partir de las adiciones de 1994 que se integraron al artículo 19 Constitucional, y sobre todo con la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en

¹⁰ ZAMORA JIMENEZ, Arturo, Cuerpo del Delito y Tipo Penal, Angel Editor, México, D. F. 2000, p 25

donde se exigía a la autoridad jurisdiccional que se estableciera en la resolución correspondiente (auto de formal prisión, o auto de sujeción a proceso con efectos de formal prisión) de manera precisa el tipo penal motivo del proceso, así como la forma de imputación que se hace (dolo o culpa) y la precisión sobre la forma de autoría o participación en el hecho por parte del que realiza la conducta.

Además se hizo necesario precisar si el hecho fue producto de una conducta omisiva o comisiva, si se exigía alguna cualidad específica de autor, o no era necesaria, si el hecho acontecido causó lesión efectiva al bien objeto de protección o sólo se puso en peligro." ¹¹

TRANSICIÓN ENTRE "CUERPO DEL DELITO" Y "TIPO PENAL"

Hemos puntualizado que la reforma de 1993 básicamente consistió en sustituir, en los artículos 16 y 17 constitucionales, el término "cuerpo del delito" por el de "tipo penal". El concepto cuerpo del delito no representó, para su comprensión, dificultad ni confusión.

"...la expresión cuerpo del delito fue introducida originalmente en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856 y recogida en el artículo 19 de la Constitución de 1917, la cual fue objeto de un extendido debate en la doctrina mexicana, a partir del concepto sostenido por

¹¹ ZAMORA JIMENEZ, Arturo, Cuerpo del Delito y Tipo Penal... ibidem p 31

el Máximo Tribunal del País, al que se hizo referencia, basado en las ideas de Ortolán." ¹²

Sin embargo el vocablo "Tipo Penal", una vez incorporado en la reforma, sí presentó, para su comprensión dificultad y confusión. La transición de uno a otro de los conceptos fue intempestiva, esa disparidad conceptual provocó un efecto de desadaptación.

José Nieves Luna Castro, citando a José Ovalle Favela señala que: "...la doctrina se había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que, en cada caso, integran el tipo, tanto los objetivos o materiales, como los subjetivos y los normativos. Y esta concepción encontró sólido fundamento en las reformas de 1983 a los Códigos de Procedimientos Penales: el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal (arts.168 del Código federal y 122 del Código del Distrito Federal)."¹³

Los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad señalados en el artículo 16 constitucional, no se deslindaron con claridad en la legislación secundaria, al menos no como ocurría para el caso del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Fue así como surgieron interpretaciones distintas al pretender definir el alcance y contenido del concepto, todo ello obedeciendo al principio de seguridad jurídica, legalidad y justicia, al propiciarse la aplicación de

¹² OVALLE FAVELA, José, "Garantías Constitucionales del Proceso", Ed. Mc Graw-Hill, México, 1996, p. 207

¹³ LUNA CASTRO, José Nieves, "El Concepto de Tipo Penal en México" ob cit. pp. 95 y 96

criterios antagónicos por parte de los órganos judiciales en la resolución de casos concretos, y por parte de los implicados en la procuración de justicia.

"...la reforma a la Constitución y a los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales del Distrito Federal, no obstante su pretensión no encontró consonancia en las legislaciones procesales estatales..."¹⁴

Los Estados están dotados de la facultad soberana para adherirse o no a la aceptación de determinados contenidos dogmáticos. La constitución Federal no puede imponer a los Estados la filiación a un método dogmático particular. El hecho de que existan los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, los cuales están inspirados en concepciones dogmáticas, no quiere decir que las legislaciones del resto de la República Mexicana están obligados a incluir en su legislación local algo semejante, pues tales preceptos no pueden por sí solos modificar toda una estructura constitucional y procesal penal ampliamente arraigada, además de que no existe, por parte de los Estados, tal obligación, y no se les puede culpar a éstos de que no adopten dichos contenidos y de que con ello se provoque una disparidad de criterios que trae consigo una situación caótica, afectando perjudicialmente la seguridad jurídica y ese fue el efecto que en la práctica se provocó con la aplicación de la reforma constitucional; situación que se pudo prever tomando en cuenta el sistema federal mexicano.

¹⁴ BERMUDEZ MOLINA, Estuardo Mario. "Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo" Talleres Gráficos de México. 1996 p.77

"...no obstante la bondad y alto sentido humanista de la reforma, debemos reconocer que la misma ha producido "algunos" efectos adversos, nunca antes deseados. Estos se contra en a la inadmisibilidad sistemática de la conjunción del derecho sustantivo y el adjetivo penal, lo que ha provocado un híbrido jurídico y la virtual desaparición de la frontera que media entre ambas disciplinas..."¹⁵

"...podemos afirmar enfáticamente que ni antes ni después de las reformas de 1984 o 1993, los estados de la República Mexicana han tenido obligación de adoptar un determinado sistema dogmático-penal, sólo porque lo adopte (por parecerle más efectivo o ser de moda) la legislación del centro del país, ya que no se puede olvidar el sistema federal de competencias que impera y prevalece en nuestra nación, y el cual inclusive la Suprema Corte de Justicia de la Nación está obligada a respetar al momento de emitir sus respetar al momento de emitir sus respectivas resoluciones o jurisprudencias en relación con los conceptos penales adoptados... el concepto "tipo penal" es plurívoco y que su aplicación, por su vigencia, implicó la producción de una gama de consecuencias que se caracterizan por incidir en perjuicio del principio de legalidad y seguridad jurídica en materia penal dentro de nuestro país."¹⁶

"En conclusión... podemos mencionar que aun en estos días (después de

¹⁵ BERMUDEZ MOLINA, Estuardo Mario. "Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo" ... ibidem p.11

¹⁶ LUNA CASTRO, José Nieves, "El Concepto de Tipo Penal en México" ob cit. pp. 105,106 y 108

ocurrir una nueva reforma constitucional que retoma la expresión "cuerpo del delito"), no existe ni remotamente un consenso o criterio uniforme respecto del contenido que debe asignarse a la figura del tipo penal ni siquiera respecto de su ubicación intrasistemática pues subsisten ordenamientos que lo consideran de acuerdo a la perspectiva tradicional frente a otros que pretenden hacer aplicación de criterios más modernos o evolucionados, todo lo cual se traduce en una situación preocupante que evidencia una crisis en el Derecho Penal de nuestro país."¹⁷

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 9 DE MARZO DE 1999.

La Reforma Constitucional de 9 de marzo de 1999 consistió en la nueva modificación al concepto de tipo penal, ahora para retornar al vocablo de "cuerpo del delito".

El citado artículo 16 Constitucional desde su promulgación en 1917 sólo había sido reformado el 3 de febrero de 1983, con adición a otros temas que no afectaban el contenido esencial relativo al libramiento de órdenes de aprehensión; y el artículo 19 tampoco había sido objeto de modificación alguna. Es hasta la reforma de 3 de septiembre de 1993, que tales preceptos se vieron dramáticamente modificados. Se adicionó en el artículo 16 la exigencia de la comprobación de los "elementos del tipo penal", y en el artículo 19, se sustituyó la expresión "cuerpo del delito" también por la de "elementos del tipo penal". Derivado de esos cambios, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos

¹⁷ LUNA CASTRO, José Nieves, "El Concepto de Tipo Penal en México" ob cit. p 148

Penales también se modificó; así también hubieron modificaciones en las legislaciones penales tanto federales como locales de la República Mexicana, motivó igualmente una serie de críticas y comentarios en torno a su contenido y al que debiera ser el correspondiente al concepto tipo penal (elementos conformadores). Reformas que tambalearon la esencia misma de la sistemática penal procesal del país.

Fue en diciembre de 1997 que se presentó una nueva modificación a los mencionados artículos 16 y 19 constitucionales, lo que se denominó "contrareforma".

Derivada de las modificaciones se produjo igualmente la "adecuación" de los preceptos procesales ordinarios, destacando de nuevo, los artículos 134, párrafos primero y segundo; así como 168, ambos del Código de Procedimientos Penales.

La modificación ocurrida a partir de 1993 guarda relación con la evolución en el mundo de la dogmática, respecto de la transición de una concepción objetiva del tipo (equivalente al concepto de cuerpo de delito existente desde un principio en la Constitución de 1917) a la concepción de tipo complejo, adoptado no por la Constitución sino por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y sus equivalentes de la mayoría de las entidades del país. Sin embargo en la "contrareforma" más reciente se hace una transformación a la inversa o

regresiva (involución), particularmente con la definición de cuerpo del delito que se plasma en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y con el contenido del artículo 134 del mismo ordenamiento.

"...mientras en el campo de la dogmática la proyección evolutiva del tipo se fortaleció a lo largo del siglo XX recién concluido, en México, de un solo golpe se pretendió (muy ambiciosamente) adecuar esas estructuras al sistema penal, y a escasos 5 años se desistió en el intento y se abandonó la concepción mayormente garantista apenas adoptada, regresándose no solamente al estado anterior inmediato, sino a uno más identificado por el esquema objetivista que, conforme a la dogmática, se encontraba ya presuntamente superado desde hace mucho tiempo.

En relación a estas últimas reformas constitucionales es pertinente destacar además, que su contenido difiere del propuesto en la iniciativa correspondiente, particularmente en cuanto a la forma en que se desarrolló la legislación procesal federal derivada, iniciativa que, por cierto, en algunos aspectos resultaría incluso menos criticable que el texto final otorgado a los preceptos legales correspondientes."¹⁸

Los acontecimientos legislativos relativamente recientes, derivados de la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, provocaron que una gran cantidad de labor jurisprudencial se esforzara por una adecuación congruente con

¹⁸ LUNA CASTRO, José Nieves, "El Concepto de Tipo Penal en México" ob cit. p 212

la idea de "los elementos del tipo", a la vez muchos de los nuevos criterios quedan ahora obsoletos a consecuencia de la regresión.

La iniciativa de la reforma constitucional fue presentada el diez de diciembre de 1997, promulgada con modificaciones sustanciales hasta el 4 de marzo de 1999, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de ese año.

"Ahora bien, el argumento central de la aludida iniciativa fue la dificultad del órgano persecutor (Ministerio Público) para lograr su labor de procuración de justicia, debido, según se dice, al incremento de cargas para acreditar "los elementos del tipo penal", sin embargo, de esa "dificultad" o conversión de la preinstrucción en un "juicio sumario" no tiene la culpa la concepción compleja del tipo, ni las "teorías" o "dogmática" que han permitido su desarrollo, así como tampoco la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir de manera congruente con el texto legal respectivo, las resoluciones que en la propia iniciativa se mencionan, sino por el contrario, la propia falta de integración y complementación de la reforma anterior, por la inadecuada manera de traducirla en la legislación ordinaria procesal que no se actualizó de manera suficiente, congruente y oportuna."¹⁹

La reforma constitucional de marzo y la procesal federal de mayo de 1999 constituye una "contrareforma"; y esto se asevera en relación al retorno al concepto "cuerpo del delito". Sin que se acepte del todo la idea de una absoluta

¹⁹ LUNA CASTRO, José Nieves, "El Concepto de Tipo Penal en México" *ibidem*. p 223

regresión ya que el propio concepto de "cuerpo del delito", ni siquiera es auténtico ni original, en virtud de que no se recoge en mérito de su contenido material propio; de su connotación lingüística, gramatical o semántica, que sería en puridad técnica, un equivalente del tipo en su conformación Bellingniana de 1906, desprovisto de toda valoración.

La iniciativa que dio origen a la reforma constitucional de 1999, partió prácticamente del argumento de considerar incompatible la función garantizadora del tipo penal con la tarea de los órganos de procuración de justicia. Y si bien la reforma de 1993 derivó en efectos negativos de carácter procesal, ello no es imputable a la función garantista del tipo, ni a su concepción de contenido complejo en el plano sustantivo, así como tampoco a la postura de los órganos judiciales que se limitaron a observar el exacto cumplimiento de los preceptos legales emergidos de la modificación anterior. Todos esos posibles efectos negativos serían el resultado de una reforma incompleta, no integral, e incongruente con la estructura del proceso penal de nuestro país que en su caso también debió ser objeto de modificación material.

El "cuerpo del delito" ha sido recogido o rescatado del desuso por parte del legislador de nuestro país, pero tratando de darle un contenido más amplio (esto varía según la legislación secundaria de que se trate, y a nivel federal o estatal); Así por ejemplo en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se considera compuesto de elementos materiales y normativos (valorativos), lo cual resulta incongruente con la exposición de motivos respectiva, donde se dice

que se buscó atender a la definición que de ese concepto había hecho desde hace tiempo la Suprema Corte de Justicia de la Nación; pero eso no es del todo correcto, la Corte lo definió como el "conjunto de elementos materiales o externos...", más nunca precisó a los llamados "normativos", ni hay fundamento técnico para considerar a estos últimos como de naturaleza material o externa, y por el contrario, su peculiaridad distintiva es precisamente el requerir de valoración jurídica o cultural y sociológica.

"Por tanto el referido concepto de "cuerpo del delito" está siendo utilizado en un proceso de reciclaje (recycling) como material previamente usado y abandonado, para tratar de darle un nuevo aspecto. Sin embargo la utilización de tal concepto constituye un doble error, por un lado porque pretender asignarle un contenido que capte elementos ajenos a lo material o externo implica desnaturalizar la connotación o significado que le son propios, en tanto que, por otra parte, su simple utilización es criticable desde el momento en que concebido en su justa dimensión, resulta sumamente limitado y es por tanto inapropiado por incapaz de cumplir hoy por hoy, con una labor mínima de la función garantista del tipo a nivel intraprocesal y con independencia de que su uso se reserve para resoluciones o momentos procedimentales incipientes, preliminares y, por ende, de carácter provisional.

Por todo ello, ante la ineficacia del concepto, estimamos que debe ser nuevamente superado y suprimido de la legislación nacional; dando paso a ser sustituido por una nueva institución de carácter procesal que cumpla de mejor manera con la función garantista del tipo y que sea a vez congruente con la

estructura procesal penal del país, o sea que si de lo que se trata es de una garantía procesal penal, respecto del mínimo de comprobación (en relación con los elementos del tipo penal complejo), exigible para el dictado de órdenes de aprehensión o autos de término constitucional; se establezca el equivalente a un encuadramiento o tipicidad provisional pero sin eludir el estudio obligado de todos los componentes de la descripción típica respectiva." ²⁰

El concepto del cuerpo del delito atendiendo a su connotación estricta y significado gramatical, no puede sino referirse a los llamados elementos materiales o externos del delito. El tipo penal en cambio, se puede conformar por elementos objetivos, normativos y subjetivos según la dogmática y postura que se adopte. Luego el cuerpo del delito quedaría comprendido dentro de un diverso concepto de mayor contenido (tipo penal), es decir, que el cuerpo solo constituye la parte material u objetiva del tipo. La utilización del concepto "tipo penal", en tanto cada legislación ordinaria de las Entidades de la República Mexicana, le asignara un diverso contenido daría lugar a un problema de incertidumbre e inseguridad jurídica. Lo mismo puede decirse ahora en relación con la nueva utilización del vocablo d "cuerpo del delito" pues tampoco se advierte uniformidad de criterios respecto de cual es su contenido. Por ejemplo el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado a partir de mayo 18 de 199, se integra por elementos "objetivos", materiales y normativos; y en el artículo 121 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, se estableció que el "cuerpo del delito" se conforma de elementos objetivos, normativos y

²⁰ LUNA CASTRO, José Nieves, "El Concepto de Tipo Penal en México" *ibidem*. p 226

subjetivos además, lo que implica una desnaturalización aún mayor del concepto y un estado de incongruencia en relación con lo estimado por el legislador federal, así como respecto de aquellos otros ordenamientos de los Estados de la República Mexicana, en los que se adopte un concepto de "cuerpo del delito" coincidente en cuanto a su contenido y el significado material del vocablo, esto es, respecto de aquellas legislaciones en que solo se considere integrado por elementos materiales o externos del hecho; existiendo así una disparidad de criterios o concepciones respecto del mismo concepto que se pretende usar como una garantía de carácter procesal penal, entre las diversas legislaciones del país. El nuevo contenido del "cuerpo del delito" dependerá de la legislación ordinaria que lo defina, así como las implicaciones intraprocesales que de ello deriven.

LAS DIFERENTES MANERAS DE LA COMPRENSIÓN DEL CONCEPTO TIPO PENAL EN MÉXICO, POR PARTE DE LOS SUJETOS IMPLICADOS EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

Antes de la reforma el concepto "cuerpo del delito" tenía un significado generalmente compartido por la sociedad y los sujetos y órganos implicados en la función ministerial y judicial; como hemos precisado la aludida reforma enfrentó problemas de comprensión y aceptación, primordialmente atendiendo a la facultad soberana de las entidades federativas para admitir o no la idea de imitar el modelo contenido referente al tipo penal por parte de la legislación federal penal y la del

Distrito Federal. Asimismo, los encargados de la procuración e impartición de justicia, evidenciaron diferentes formas de entender los efectos de la reforma respecto de la aplicación del concepto de tipo penal y sus implicaciones en las diversas legislaciones del país.

El concepto tipo penal se implantó como una garantía procesal penal y todo el procedimiento penal en México gira en torno a éste, como en su momento ocurrió con “el cuerpo del delito”.

Igualmente, ya se precisó que, la legislación penal se diversifica dependiendo de una entidad federativa a otra, situación que contribuye al incremento de la problemática derivada de la aplicación del concepto tipo penal. A partir de la reforma todo juzgador tuvo la obligación de atender al concepto “tipo penal” por haber sido incorporado en los artículos 16 y 19 constitucionales, y que ello se haga tomando como base la teoría del delito, pues es de ésta a la que pertenece ese concepto. Situación que se extralimitó, en virtud de que si el Código de Procedimientos Penales, en su artículo 168 permite considerar a las calificativas dentro del tipo consecuentemente de estudio necesario para librar órdenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión; esto no quiere decir que lo mismo debía observarse en las legislaciones penales de la República. Esto debió ser únicamente en los estados que optaren por seguir ese modelo.

Se observó, en algunos casos, que las autoridades que afirmaron desde el auto de plazo constitucional la existencia de un tipo incluyendo calificativas, al llegar a sentencia se demuestra que tales circunstancias de comisión no existieron, es decir algunos de los considerados como elementos del tipo en el

auto de plazo constitucional, realmente no se comprueban, lo que conlleva a la causa de exclusión del delito prevista en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal en la que se establece: “Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate”. Situación que conlleva a la impunidad, problemática que pudo haberse evitado si en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal se distinguiera entre elementos del tipo básico y el complementado.

Después de la reforma constitucional de 1993 se observó, en resoluciones emitidas por Tribunales Federales, contradictorias entre sí. Unas se mantenían en la postura de que se debían incluir, para efectos de dictar un auto de formal prisión, las calificativas dentro del tipo penal, y otras su postura era en el sentido opuesto al considerar que las tanto las atenuantes como las agravantes, al ser factores de determinación o graduación de la sanción, deben examinarse en la teoría de la pena y no en la teoría del delito, consecuentemente su análisis es ajeno al momento de resolverse sobre una orden de aprehensión o respecto de la formal prisión, pasando a ser objeto de consideración cuando se pronuncie la correspondiente sentencia, siempre que la Representación Social las invoque y razone en sus conclusiones acusatorias.

En nuestro país sigue subsistiendo un procedimiento penal con una resolución provisional de término constitucional y una etapa de instrucción previa a la sentencia, con la incongruencia de exigir desde el Auto de Plazo Constitucional,

la precisión del "tipo penal" (con todo y calificativas) para iniciar apenas la etapa instructiva, y tener que emitir sentencia sin posibilidad legal de reclasificación judicial ulterior.

Al respecto la jurisprudencia establece:

AUTO DE FORMAL PRISION, LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MOTIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.- La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito probable la responsabilidad de éste. Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuales son, según el delito de que se trate, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que se quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no

debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se advierta por el juzgador, que surjan."

Se observa que esta jurisprudencia pretende abarcar generalmente la obligatoriedad a nivel nacional, sin darse cuenta que eso no es posible, pues en todo caso, ese criterio sólo puede ser obligatorio respecto de la aplicación de aquellas legislaciones penales procesales que, como la federal otorguen un contenido de tanta amplitud, para comprender también las calificativas. No reconocerlo así y pretender lo contrario, implica un atentado contra el sistema federal de competencias y la correspondiente soberanía de las Entidades de la República Federal. Principio que constituye una de las bases fundamentales de nuestro sistema constitucional y que la Suprema Corte de Justicia también obligadamente respeta y, por disposición de la propia Constitución, es el órgano supremo encargado de su custodia y salvaguarda.

Concluyendo, la reforma constitucional en cuestión, dio paso a una etapa transitoria que puso en crisis al sistema de justicia penal mexicano, provocando inseguridad jurídica y efectos de impunidad y de injusticia.

La Constitución máximo ordenamiento en nuestro Estado de Derecho Social y democrático, es el fundamento de todas las disposiciones penales, que

pretenden regular las conductas de los individuos.

El Pacto Federal al ser la norma suprema tienen que proteger valores, que sean considerados de importancia máxima, puesto que sólo aquellos que resulten verdaderamente importantes para el desarrollo armónico de la vida en sociedad, y aquellos que consideren las necesidades del Estado, así como la persecución de sus fines, podrán ser enaltecidos a nivel Constitucional y reconocidos por las normas secundarias para su protección.

Es por eso que la Constitución debe de establecer las bases para la tipificación y aplicación de las leyes penales, en aras de la congruencia con los Principios reguladores de la misma y que en nuestro Estado, son la legalidad la seguridad jurídica, la democracia y los aspectos de carácter social.

La Constitución debe ser en sí, un compendio de principios genéricos de seguridad jurídica, que sirvan de base para la creación de normas específicas.

La Constitución, el Estado de Derecho y por consecuencia el Derecho Penal, obedecen a una serie de Derechos, principios y decisiones fundamentales, pues la obediencia y la observancia de la Constitución, por ser el sostén del Estado y la Ley Suprema, es por eso que la Constitución escrita de un Estado debe atender a todos los factores sociales y económicos y de poder para tener la autoridad suficiente para regular conductas consideradas antisociales.

Es por eso que la Constitución tiene que ser rígida e inviolable, mediante mecanismos de protección y defensa de los Principios en ella consagrados, pero lo suficientemente flexible para lograr adaptarse a los diversos cambios históricos en la vida de un Pueblo, para poder mantener el Orden y sobre todo el Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal.

No obstante estos cambios deben de ser pensados, estudiados y analizados de una manera científica y no sólo atendiendo a las tendencias populistas de un determinado partido político, los cambios tienen que ser siempre para mejorar, en los cambios se debe de avanzar y no de retroceder, y si es necesario reformar la Constitución para poder cambiar el Orden Social, pues que se hagan las reformas, pero mas que esto de fondo se necesita hacer una reestructura social y educativa, para poder atender a las exigencias de la globalización y del avance tecnológico.

CAPITULO II

EL ESTADO

El Derecho se constituye como un sistema de normas jurídicas, declaradas obligatorias por la autoridad competente, por considerarlas soluciones justas, a los problemas surgidos de la realidad histórica; en este sentido tenemos que entender que el Estado se constituye con base en un sistema de normas obligatorias, porque se considera que al ofrecer soluciones justas, se busca conseguir la vida armónica de la sociedad, así como también el fin último del Estado, que es el Bien Común.

En este orden de ideas encontramos dentro del elemento población del Estado a la sociedad; no obstante tenemos que considerar que la célula mínima de la sociedad es la persona individual que realiza conductas.

Tales conductas pueden ser afines o no, con la convivencia armónica de la sociedad, y cuando no los son es necesaria la intervención del Estado aplicando el Derecho.

Sin embargo, existen conductas que por su naturaleza no sólo deben ser reguladas, sino también sancionadas, en virtud de afectar bienes jurídicos importantes para el desarrollo y convivencia armónica de la sociedad, y es en este aspecto donde encuentra su razón de ser el Derecho Penal.

Mir Puig menciona, que el Derecho Penal se puede entender en dos sentidos: el objetivo y el subjetivo.

El sentido objetivo consiste en un conjunto de normas penales; el subjetivo se constituye como *IUS PUNENDI* o facultad del Estado para imponer una pena como consecuencia de la conducta realizada en contra del orden social, es decir, consiste en aplicar en Derecho Penal objetivo.

Mir Puig citando a Liszt, señala que éste decía “Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho, y a la pena como legítima consecuencia”¹

Apoyando el argumento de Mir Pug no se debe entender al Derecho Penal como un conjunto de normas dirigidas a los jueces, ordenándoles imponer penas, sino fundamentalmente dirigidas a los ciudadanos a fin de prohibir conductas bajo la amenaza de una pena, y es por eso que el Estado debe determinar las penas a imponer, pero antes de esto debe determinar que conductas va a sancionar, para que el gobernado dirija su conducta conforme al orden legal, por lo que tales conductas deben estar perfectamente especificadas en la descripción legal de la norma.

En razón de lo mencionado en el párrafo anterior, es importante analizar de donde le nace al Estado esa capacidad punitiva, para lo que es conducente desarrollar el concepto de Estado, su origen, sus elementos, su justificación y los tipos de Estado que existen en la actualidad.

2.1 Origen del Estado

Diversos autores convienen en definir el origen de la palabra Estado de la derivación latinas **STATO, STARE, STATUS**, que quiere decir permanencia, orden permanente o que no cambia².

Hablar del origen del Estado es casi como hablar del origen del hombre, sin

¹ Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal” Parte General. Promociones y Publicaciones Universitarias, SA. Barcelona. Pág. 8

² Acosta Romero, Miguel “Teoría General del Derecho Administrativo” Editorial Porrúa. México Distrito Federal. Pág. 104.

embargo el Estado como actualmente lo conciben la mayoría de los estudiosos, surge a finales de la Edad Media y comienzos del Renacimiento.

La característica esencial en esta época radica en la concentración de un poder central y único frente a los demás, lo cual sucede a partir de dos acontecimientos trascendentes:

1) Una constante lucha que se desarrolló entre el Poder Feudal, el Poder de las Ciudades, el de los Reyes, el del Clero representado por el Papa, y por el emperador del Sacro Imperio Romano Germánico.

2) La Paz de Westfalia de 1648 que tras una guerra de 30 años puso fin a una serie de batallas armadas e ideológicas.

A partir de lo anterior, surge el principio de que el Estado es soberano y tiene la facultad de imponer su régimen jurídico interno y establecer la política interna y exterior, la cual se va a ver influenciada por los factores históricos que desarrollaron al mundo en aquel entonces, tales como la imprenta, las nuevas concepciones filosóficas y la revolución protestante.

En el siglo XVI los caracteres del Estado aparecen de una manera más representativa de la concepción moderna, pues Bodino es el primero en referirse al Estado como una clase social o estamento; posteriormente Thomas Hobbes concibe al Estado como “Un monstruo de Poder Inquisitivo” y un Poder Público que se explica por el grupo social mismo. Esta idea evoluciona con Locke en su “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, habla de un Estado de Naturaleza, de Libertad e igualdad, que es regido por la razón y por las reglas de la conveniencia, esta idea va a poner posteriormente las bases de la teoría contractualista de Rousseau.

Ignacio Burgoa, citando a Rousseau señala que éste afirmaba que “el Hombre en un principio vivía en un Estado de naturaleza”, realizando su libertad sin limitaciones, que las relaciones entre los seres humanos, se entablaban sin contiendas ni luchas, ya que todos estaban al orden natural de las cosas dispuestas por Dios. No obstante los hombres no pudieron mantenerse en esa situación de igualdad natural y comenzaron a surgir diferencias de diversos tipos, que trajo como consecuencia que surgiera la necesidades económicas y socioculturales superan las capacidades individuales de sus miembros, de tal manera que el Género humano no podría subsistir, lo que hace que los hombres por voluntad propia unan sus fuerzas, en lo que Rousseau denomina “*voluntad general*”³. Esta voluntad se transforma en un Poder Soberano en tanto que no tienen limitación y es impuesto de manera coercitiva sobre las voluntades individuales, que sin embargo representa la suma de las mismas y que son coincidentes, pues como el mismo Rousseau lo dice “es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a sus miembros”.⁴

Rousseau dice que la comunidad al escoger un jefe le puede delegar ciertos derechos, pero conservando siempre su autoridad para retirarle esa delegación, y creando relaciones entre la comunidad y la autoridad.

Estas relaciones Estado-contractuales se regulan mediante “actos llamados leyes” teniendo como finalidad el interés general; el problema que surge de esto es que Rousseau cree que por este sólo fin el Estado no puede crear leyes injustas, porque nadie puede serlo consigo mismo, y como el Estado es el todo de un conjunto de miembros con un solo fin, lo que es totalmente utópico en una sociedad como la nuestra, pues también es cierto que el ser humano es predominante egoísta y busca su bienestar particular a través de satisfactores, creando de esta manera la propiedad privada y acumulando riqueza de tal manera que rompe con el principio de igualdad que pretendía Rousseau. También menciona que en ocasiones el soberano no es capaz de crear todas las leyes que

³ Burgoa, Ignacio. “Derecho Constitucional Mexicano”. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal. Pág. 207

⁴ Burgoa, Ignacio. “Derecho Constitucional...”. *ibidem*. Pág. 207

la comunidad necesita, por lo que surge la necesidad de crear a un legislador que conozca la naturaleza y vicios de la comunidad pero sin participar de los mismos, y debe crear leyes apegadas a esa naturaleza, las cuales según este autor se dividen en tres clases:

Las políticas que estructuran y organizan al soberano.

Las civiles que norman las relaciones entre particulares.

Las penales que protegen el pacto social previniendo y castigando su desobediencia”.

Y a las que agrega de manera una cuarta que es la más importante y que es la Constitución, que se estatuye como norma suprema.

Posteriormente, y con la revolución Industrial, la revolución francesa de 1789, la Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, y posteriormente las latinoamericanas en las primeras décadas del siglo XIX dan un nuevo auge e impulso a la formación de Repúblicas en América, y el rasgo más característico es que la soberanía pasa del monarca al pueblo, del pueblo al Constituyente, y de este a la Constitución, el cual se va a convertir en el ordenamiento base y la norma fundamental de la que van a derivar todas las leyes que completen el marco jurídico-social, y cultural-económico de un pueblo.

Pero, el término República es importante porque significa la lucha entre la libertad, la igualdad, la libertad, la justicia social, la legalidad y la democracia, y el poder absoluto de la monarquía. Y desconoce el origen divino del Poder Monárquico, combate el absolutismo real con la ley como expresión de la voluntad general y combate la práctica de las *“LETTRES DE CACHET”* con la presunción jurídica de que toda persona es inocente en tanto no se demuestre su culpabilidad, es importante esta época pues a partir de la revolución francesa es que resurge la idea de república y se conciben aspectos que antes no eran siquiera imaginados.

La idea de la República se fue aplicando sistemáticamente, primero en la Constitución de los Estados Unidos de América, y después en la misma Francia de donde surgieron todos estos pensamientos revolucionarios, hasta que ésta fue adoptada por todos los países latinoamericanos y posteriormente en todo el mundo, de donde surgen nuevos postulados y se adoptan algunos antiguos entre los que destacan **democracia, libertad social, igualdad y división de poderes**, que se explican a continuación:

Democracia.- Kelsen menciona que “el Estado Liberal es aquel cuya forma es la democracia, porque la voluntad estatal es producida por los mismos a que ella están sometidos. El elemento esencial sobre el que se asienta la democracia es el pueblo, que está formado por ciudadanos, y que está encabezado por “el origen popular de los titulares de los órganos primarios del Estado, con un control popular sobre la actuación de los órganos estatales y la separación de poderes, en busca de la justicia social”.⁵

Libertad social.- “Que es la potestad del sujeto para realizar sus fines vitales por conducto de su arbitrio en la cual no debe de tener mas restricciones que las que la ley establezca en aras del interés social, estatal o privado”⁶ entendiéndose por interés social, la persecución del fin de toda sociedad, y que es el bien común o sea el sacrificio de una parte de los bienes particulares, en beneficio de una colectividad.

⁵ Kelsen Hans “Teoría pura del Derecho”. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal Pág. 230

⁶ Montesquieu en Burgoa Ignacio “Derecho Constitucional Mexicano”. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal Pág. 580

Igualdad.- Se traduce en que una colectividad de personas individuales puedan ser cualitativamente poseedoras de los mismos derechos y obligaciones que emanan del Poder Estatal.

Separación de Poderes.- Montesquieu decía que este era el principal soporte de la seguridad jurídica⁷. Es necesaria esta separación para que un sistema democrático de derecho funcione, pues si no caeríamos una vez más en el poder absoluto de un soberano que al mismo tiempo que legisla, enjuicia y aplica las penas. Provocando de esta manera que el gobernado no sepa los alcances de las leyes; el principio de separación de poderes muestra que las funciones del Estado se deben de ejercer separadamente, para crear seguridad jurídica en los gobernados, y divide para este efecto al poder en tres, uno que legisla (o tipifica conductas en ordenamientos penales), otro que califica los hechos para buscar su adecuación a la norma previamente determinada por el legislativo, y una vez que considera que los hechos son acordes a lo que sanciona la norma, aplica la consecuencia y el ejecutivo realiza la aplicación de la sanción, de esta manera se separan las funciones estatales, evitando que una persona se encuentre bajo el poder de una sola persona u órgano y que límite por lo tanto su defensa. Sin embargo y a pesar de lo que se acaba de mencionar es importante recalcar que la separación de poderes no implica independencia, sino más bien interdependencia pues cada poder a pesar de que tiene sus funciones separadas y limitadas, rige su proceder de acuerdo a lo que determine la función de los otros dos poderes, es decir si no hubiera leyes, que derecho aplicarían los jueces, quizá el derecho común, pero la interpretación sería contraria a todo principio de legalidad en tanto no fuera igualitaria para todos los individuos, por otro lado sí no hubiera quien determine las sanciones, como podría ejecutarlas el Poder Ejecutivo, y si este no cumpliera con su parte, de que serviría que el judicial aplicara las leyes realizadas por el legislativo si no se ejecutan las sanciones, lo cual representa una dependencia moderada pero independencia total en sus funciones.

⁷ Montesquieu en Burgoa Ignacio “Derecho Constitucional... ibidem Pág. 580

En el siglo XIX comienza el nacimiento de ideas sociales y la lucha de las clases trabajadoras por obtener un trato justo, la cual va derivar en la creación del Estado socialista, que tuvo su apogeo durante el siglo XX para entrar en crisis y decaer entre los años de 1989 y 1991, dando fin a la Guerra Fría, y el resurgimiento del nacionalismo en muchos países que formaron el gran bloque socialista.

Actualmente el Estado se encuentra creciendo en todos sus órdenes, pero disminuyendo en tamaño, en razón de que el Estado se había convertido en un gigante monopólico y controlador de todos los ámbitos, y debido a las actuales necesidades económicas de los pueblos es necesario comprimirlos y especializar sus funciones.

2.2 CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS DEL ESTADO

González Uribe en su libro “Teoría Política” concibe como la idea pura del Estado a la libertad, de ser y de actuar, la interdependencia entre los hombres que deben convivir y asociarse para sobrevivir, y la idea de fin, concebida como el orden jurídico que se establece para hacer posible la armonía de las libertades.

En sentido jurídico, según Jellinek “El Estado es la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”,⁸ A lo que consideramos se agregaría, que además es reconocida por una población, la cual se encuentra asentada en un territorio, y justificada un ordenamiento jurídico positivo y vigente.

Políticamente hablando, “Estado” es la manera de ser o de estar

⁸ Jellinek en Porrúa Pérez, Francisco. “Teoría del Estado”. Ed. Porrúa México, D.F., Pág. 18

políticamente de los individuos de una sociedad donde conviven con sus semejantes⁹

Jellinek considera también que es un poder ilimitado, incondicional de vencer con la voluntad propia a todas las demás y recibe su fuerza originariamente de sí mismo.

Estado es un término muy discutido pero casi todos los autores coinciden en que no sólo se constituye de territorio, población y Orden Jurídico, sino que surge de la interrelación de éstas con diversos factores, tales como la cultura, el idioma y en ocasiones la religión, que confluyen para formar un todo con sus partes.

2.2.1 ELEMENTOS DEL ESTADO

El Estado está formado por diversos elementos, que devienen de su naturaleza, estos elementos van a darle reconocimiento a su capacidad de imperio, y fuerza coercitiva a sus determinaciones.

Tales elementos son anteriores al Estado, pues como se menciona en el párrafo anterior de ellos deriva la naturaleza del Estado, y los cuales según Porrúa Pérez se subdividen en Elementos Previos y Constitutivos del Estado. Así los elementos previos del Estado, son los siguientes:

⁹ Jellinek en Porrúa Pérez, Francisco. “Teoría del Estado”. ibidem Pág. 18

A) La Población:

Constituida por el elemento humano individual, que en asociación con otros entes forman la sociedad actual e históricamente constituida, y que le dan el soporte real a ese Estado, el mismo que debe tener población sobre la cual recaigan sus determinaciones, y ante quien imponga su capacidad de imperio, de manera coercitiva.

B) El Territorio:

Porrúa Pérez y González Uribe le denominan el elemento físico del Estado, y se va a entender como territorio, el suelo que se llama patria, que viene del latín terra patrum que significa tierra de los padres, Jellinek refiere que “el Estado es una Corporación territorial», el territorio va a comprender además de la superficie terrestre, el subsuelo, la atmósfera, el mar territorial y la plataforma continental.

C) El Gobierno:

Esta va a estar en manos de una administración que va a ser la encargada de dirigir de manera directa a las personas, velar por los intereses de la sociedad, y prestar los servicios que la sociedad demande para su convivencia, subsistencia y desarrollo, tanto de la sociedad, como del mismo Estado, y la actividad privada, para persecución del fin del Estado: el bien común.

D) Orden Jurídico:

Es el sistema normativo de carácter imperativo y obligatorio en la medida que los mandatos derivados del Estado lleven implícita la idea de que deben ser cumplidos inexorablemente y dotados de positividad al estar escrito en un ordenamiento, basado en una Ley Suprema que sirve de marco y referencia para las actividades del Estado, asimismo reconoce los derechos de los gobernados, confiriéndoles también obligaciones.

Y los elementos Constitutivos son:

Un poder Político que asuma el mando supremo e independiente de esa sociedad, es decir que sea soberano.

Un orden Jurídico creado por ese poder soberano para estructurar la sociedad política y regir su funcionamiento.

Una finalidad o teología específica del Estado que consiste en la combinación solidaria de los esfuerzos de gobernantes y gobernados para obtener el bien público temporal.

2.2.2 LA JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO

Santo Tomás al analizar la Naturaleza del Estado, determina las causas eficientes primeras y finales últimas, tomando en cuenta que en la sociedad política es imprescindible la presencia de un poder que proporcione unidad y validez positiva a los esfuerzos encaminados a lograr la finalidad del Estado y esto es lo que le va a justificar su existencia y validez dentro de un marco social y con

base en un ordenamiento jurídico.

“El Estado tiene una causa final que es aquella hacia la que dirige su actividad, que es el bien común”¹⁰

Pero también tiene una causa eficiente que es la naturaleza de hombre creada por Dios con un impulso social con indigencia social y que lo lleva de manera natural a agruparse con sus semejantes formando la sociedad política.

Por ello para Santo Tomás el Estado tiene, en conjunción con las dos anteriores, una causa material que es precisamente la comunidad humana que al intervenir en la causa formal, final y eficiente se constituye como Estado.

Por su parte Jellinek considera que la base del Estado es una serie de hechos que se encuentran en una serie de relaciones humanas que traen como consecuencia, actos condicionados por el contenido psíquico propio de la naturaleza anímica de los seres humanos; el Estado es una creación humana, consistente en una variedad de hombres que mandan y hombres que obedecen y que además se relacionan en un plano de igualdad.

Según Jellinek el Estado entonces encuentra su justificación constituyéndose como un ente formado por seres humanos individuales que reconocen una autoridad superior a las individuales en la cual de manera voluntaria, y persiguiendo el bien social, se politiza y ordena jurídicamente para conseguir su fin consistente en la armonía social y el bien común legítimamente constituido.

De las anteriores concepciones no quede duda, que el Estado se justifica

¹⁰ Santo Tomás en Porrúa Pérez Francisco. “Teoría del Estado” Editorial Porrúa México, Distrito Federal Pág. 187

por representar a la autoridad sostenida por la sociedad en busca de un fin común, elegida de manera libre y democrática, sostenida en un marco jurídico legislado, aplicado y ejecutado por el mismo, pero dividido en sus funciones, con el propósito de crear seguridad jurídica en los gobernados.

2.2.3 NATURALEZA DEL ESTADO

Existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza del Estado y lo conciben con diversos enfoques según el contexto histórico, político, Social y económico en el que se le haya conceptualizado.

Platón concebía al Estado como un hombre gigantesco, con el mismo aspecto psicológico que el individuo. En la Edad Media Salisbury, de igual manera hacia analogías del Estado con el individuo. Para San Pablo era el “cuerpo místico de Cristo”, a esta última doctrina se opusieron los racionalistas quienes lo concebían como un individuo abstracto, en el que hay una asociación libre de individuos.

Wundt elaboró teorías orgánicas en relación con el Derecho, con la sociedad y con el aspecto económico de la sociedad humana. Otras teorías organicistas consideran al Estado como un órgano de orden, una síntesis orgánica que abarca diversas estructuras.

Teorías más modernas tratan de ver al Estado como una unidad colectiva, aunque desde la Edad Media surgió la teoría de la corporación pues ésta siempre va a estar influida por el Derecho natural. Gierke dice que tal unidad se diferencia de los individuos que la componen, o que sólo existe mediante la pluralidad, que

es justo donde los individuos encuentran su base.

Haenel refiere al Estado como una persona jurídica, una asociación corporativa de índole particular que consiste en una comunidad de individuos humanos en comunión espiritual, siendo que el contenido de esta comunión espiritual es igual a la voluntad de los individuos que participan en la comunidad para adquirir la realidad por obra del poder y voluntad de los órganos directores y de los miembros de que constan estos, sin embargo, esta teoría como las anteriores que se han mencionado tiene el defecto de que únicamente relativizan la idea del conjunto de individuos persecutorios de un fin, pero no explican la naturaleza del Estado, ni tampoco lo distinguen de otras realidades sociales, tales como las comunidades religiosas y las asociaciones de carácter social.

Existen otras teorías que conciben al Estado desde el punto de vista jurídico, Porrúa Pérez menciona que existen tres posibles maneras de concebir al Estado, a saber:

El Estado como objeto y establecimiento:

Esta teoría separa internamente dos elementos que existen en el mismo Estado: los dominadores y los dominados, puesto que el objeto supone la existencia de un sujeto al cual referirlo, y entonces los dominados son el objeto de la autoridad, como si fueran esclavos “sometidos a la propiedad de un Señor”.

El Estado como relación jurídica

Concibe al Estado como una ficción jurídica, niega implícitamente la

realidad del Estado explicándolo como la simple inferencia de la relación que hay entre gobernantes y gobernados con mutuas relaciones; el error más grande de esta teoría es precisamente que no dice de donde surgen las relaciones jurídicas entre uno y otro.

El Estado sujeto del Derecho:

A pesar de que el Estado no es una persona física sino una entidad moral, es sujeto de Derecho en cuanto al orden jurídico que se le atribuye, pues tiene personalidad, tiene derechos y a la vez también tiene obligaciones”¹¹

Jellinek considera “que el hecho de que el Estado tenga en su base una serie de relaciones humanas no implica que se le pueda pensar como unidad sintética, sin que, de acuerdo con su teoría del conocimiento sea posible determinar si existe posibilidad de investigar si hay relación entre esa idea y la realidad, dice que el hombre no puede considerarse idéntico a sí mismo, sino que constantemente está sometido a un cambio, que sin embargo, por medio de una abstracción puede considerarse como unidad”.¹²

Santo Tomás, tiene una visión más objetiva y realista del Estado pues dice que su naturaleza se determina por causas eficientes primeras y finales últimas; en este contexto considera al poder como la causa formal del Estado pues éste determina su forma de ser y la forma en que se aparece. El Estado tiene una causa final a la cual debe dirigir su actividad y que es el bien común, el cual solo puede ser realizado por la sumisión del Estado al orden jurídico, también tienen una causa eficiente que proviene de la naturaleza del hombre creado por Dios con un impulso social que lo lleva de manera natural a agruparse con sus semejantes creando una sociedad política; la causa material se manifiesta como la comunidad

¹¹ Porrúa Pérez Francisco “Teoría del Estado” Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, Pág. 136

¹² Jellinek en Porrúa Pérez Francisco. “Teoría del Estado”. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, Pág. 136.

humana que al intervenir en las causas formal, final y eficiente se constituye como Estado.

2.3 CLASES DE ESTADO

2.3.1 Estado Absoluto

En un concepto de Estado, en cualquier época que nos situemos no todos pueden gobernar a la vez, por lo que el pueblo cede sus derechos a un individuo o grupo de individuos investidos de Poder; una vez que el pueblo ha cedido sus prerrogativas, el pueblo ya no tiene facultad alguna a la potestad civil, sino que el gobernante es el que la tiene y esta es absoluta e ilimitada.

El estado absoluto, es una forma de Estado que nace de la idea que una persona que encarna el Poder supremo de un Estado encargado del Poder Ejecutivo o Administrativo, y que delega este poder en un sucesor, elegido por el mismo de una manera caprichosa, la famosa división de poderes añorada por Montesquieu no existe y se depositan los poderes en una sola persona quien además es el soberano y que determina las funciones y atribuciones de los órganos encargados de auxiliarlo.

La soberanía absoluta, dice González Uribe “se funda en la función que ésta desempeña en el seno de la totalidad social:

El establecimiento de la paz y defensa son comunes a todos los hombres de ellas van a derivar la mayoría de los preceptos del Derecho natural; éstas existen no para sí, sino para el bienestar de los ciudadanos, para la mejor satisfacción de su egoísmo”.

El hombre satisface sus intereses egoístas, con la sola limitación de su

fuerza, esto causa en el estado de naturaleza del hombre, una guerra de todos contra todos, en la que sólo ve a sus semejantes como enemigos que hay que exterminar.

Por lo que en un Estado como éste, escasea la seguridad jurídica en virtud de que el gobernante según su criterio subjetivo, va a determinar cuales son las conductas que a su parecer son dañosas para el Orden Social dentro de una determinada comunidad, dando rasgos de licitud o ilicitud, según el caso de que se trate y según sus propios deseos egoístas, así tenemos que incluso el Monarca va a decidir sin juicio previo, quién es culpable o no de una conducta a que su parecer pueda ser sancionable como delito.

Así la historia demuestra casos en los que el Rey investido de este Poder absoluto, incluso “obedeciendo la ley”, exigía la **PRIMA NOTE**, en la que el Rey pasaba siempre la noche de bodas con las doncellas que se desposaban en el reino. Fue una época de abuso de Poder y en donde casi no existían Ordenamientos previos que determinaran cuales eran las fallas al orden social y que tenían que determinarse como delitos, y si los había estos no eran obedecidos, puesto que al pueblo no se reserva ningún derecho u opinión en virtud de no tener una organización que legitime a sus gobernantes por medio del reconocimiento popular de las facultades de un individuo para gobernar y la elección de los gobernados de llevarlo al poder para ser dirigidos por el.

2.3.2 Estado Totalitario

Son diversos los factores que influyen en la formación de un Estado totalitario, el primero sería la transición de un Estado basado en la autoridad del

Derecho a un Estado Policial. En un Estado normal de Derecho la Ley establece una presunción a favor de los derechos del ciudadano, lo cual se invierte en un régimen totalitario; un segundo factor sería en contraposición con los regímenes liberales donde existe una difusión del poder, en una pluralidad de órganos en tanto que en el Estado totalitario lo que se busca es en la concentración y el mando de un reducido número de órganos, siendo que en alguno de los casos esta concentración cae en una sola persona, por lo que convenientemente el Estado instaura un tercer elemento que es el partido monopolizador que proporciona la fuerza para controlar al aparato burocrático y a la sociedad, de modo que éstos puedan aglutinar los elementos autoritarios del régimen, ejemplos de esta clase de Estado son la Alemania de Hitler, la Rusia de Stalin, y la Cuba de Castro.

El mismo partido monopolizador presupone un cuarto elemento en la dictadura totalitaria, que es propiamente la transición de los controles sociales pluralistas a los totalitarios, y se fusiona la sociedad y el Estado no pudiéndose distinguir una de otra; este control logra su fin a través de diversas técnicas.

1. El principio de liderazgo, para dar fuerza a la orientación desde la cumbre y a la responsabilidad hacia la cumbre.
2. La sincronización de todas las organizaciones sociales no solo para controlarlas sino para ponerlas al servicio del Estado.
3. La creación de elites jerarquizadas de modo de permitir a los gobernantes controlar a las masas desde adentro y disfrazar la manipulación desde afuera, esto es ayudar a las burocracias en el sentido limitado del término mediante grupos de liderazgo privados, dentro de los diversos estratos de la población.
4. La atomización y aislamiento del individuo que entraña negativamente la destrucción o por lo menos el debilitamiento de las unidades sociales basadas en factores biológicos (familia), en la tradición, la religión, o la cooperación en

el trabajo o el ocio; y positivamente, la imposición de organizaciones de masas enormes e indiferenciadas que dejan al individuo aislado y más fácil de manipular.

La transformación de la cultura en propaganda, de los valores culturales en mercancía vendibles”¹³

Como quinto elemento y el que es el más discutible e importante del totalitarismo se instituye como la confianza en terror, como el uso de la violencia no calculable, como amenaza permanente contra el individuo, lo importante aquí es que muchas veces esta violencia no es tan irracional, como pudiera parecer porque también el Estado, busca la justificación que el pueblo tenga una identificación con sus gobernantes.

Zaffaroni menciona que “las características del sistema penal, que en esta clase de Estado son:

Primeramente se tiene como fin la protección del Estado

Penas graves para los delitos políticos.

Protección del partido oficial

Predominio de la prevención general mediante intimidación y dejando de lado la especial”.¹⁴

Se protegía al Estado de manera excesiva utilizando la Pena de Muerte, eliminando la prohibición de extraditar a los delincuentes políticos y considerando agravante la calidad de funcionario público de la víctima. La definición de delito

¹³ Neumann Franz “El Estado Democrático y el Estado Autoritario” Ed. Piados, México. Pág. 230-231

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio. “Tratado de Derecho Penal”. Editorial Cárdenas editores México. 1998 Pág. 374

político era subjetiva y no objetiva, atendiendo a los motivos y fin del “delincuente”.

El Derecho Penal del Estado autoritario pretende no sólo regir las conductas de los individuos de una sociedad más aún, pretende regir los pensamientos y ánimos del individuo; atiende más aún Derecho Penal de Autor que a un Derecho Penal de acto, es decir se castiga a la persona y no a su acción, por lo que es y no por lo que pueda hacer.

2.3.3 Estado Liberal

El Estado liberal de Derecho tiene como punto fundamental la consecución de la libertad, pero desde un punto de vista individualista. El Estado liberal de Derecho toma sus bases en presupuestos iusnaturalistas, poniendo como punto central al hombre como titular de derechos imprescriptibles anteriores a la sociedad, sin embargo, estos derechos no están propiamente fundados en la Ley natural de origen divino, sino que devienen de la naturaleza del hombre.

“En la medida que la voluntad del Estado se impone sobre la de los individuos, la justificación iusnaturalista pierde valor y los derechos individuales terminan por concebirse como concesión del propio Estado”.¹⁵

Como consecuencia de lo anterior, los derechos y libertades humanas buscan fundamento únicamente en la Ley positiva del Estado, y por esto el Estado liberal de Derecho comete su más grave error en virtud de que se deja al arbitrio del gobernante, la imposición positiva de ese derecho, desconfiando y dejando de

¹⁵ Lucas Verdú, Pablo. “Estado Liberal de Derecho y Estado social de Derecho”. Ed. Universidad de Salamanca España Pág. 70, 71

lado al Derecho natural, lo cual es sumamente criticable, porque si admitiéramos que el Estado es la única fuente de Derecho y que los derechos fundamentales no tienen más fundamentación que el capricho de los órganos estables estaríamos en presencia de un Estado que persigue como fin único la legalidad, lo cual nos tienen más fundamentación que el capricho de los órganos estables estaríamos en presencia de un Estado que persigue como fin único la legalidad, lo cual nos llevaría a la utopía legal de que toda Ley que emana del Estado mediante los procedimientos determinados por el mismo jamás puede ser injusta.

El sistema penal en esta clase de Estado, en cierto sentido es sinónimo del Estado de Derecho; pues sus características son principalmente: el respeto a la autonomía ética, a la limitación de poder público, a la selección racional de los bienes jurídicos, y en si a la seguridad jurídica; es por eso, que es el sistema penal al que todos aspiramos.

Este sistema de Derecho Penal se fundamenta en varios principios, los fundamentales son:

Nullum crimen sine conducta; Que se sintetiza en que el Estado no puede reconocer que se ha cometido un delito si no hay una realización externa de una conducta, es decir, no se puede imponer una pena por la simple intención de delinquir.

Nullum crimen sine Lege: Que se reduce a que el Estado sólo puede reconocer que se ha cometido un delito, cuando éste ha sido establecido y descrito objetivamente con anterioridad a la realización del hecho que se pretende castigar.

Nullum crimen sine culpa: Que requiere que esa acción que el Estado pretende castigar se acometida al menos con culpa, y que la misma le sea

reprochable al autor, siendo que el reproche se le puede hacer únicamente a una persona.

Nulla Poena sine proevia Lege penale: Que consiste en que la Ley que emana del Estado debe determinar con precisión que bienes le tendrán que ser suprimidos a una persona por haber cometido un delito; también satisface la exigencia del Derecho Penal de que los gobernados se conduzcan conforme a lo que determina la norma en virtud de conocer la punibilidad.

Principio de racionalidad de la pena: Beccaria en su libro Tratado de los Delitos y de las Penas, dice el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada, la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo, es decir, la pena no puede tener otro objetivo sino el de cumplir con el fin último del Derecho Penal, proveyendo seguridad jurídica y evitando ataques futuros a los bienes jurídicos.

Principio de Subsidiariedad: Que consiste en que el Derecho Penal solo debe de actuar como *Ultime Ratio* que no es otra cosa sino que se deben de agotar todos y cada uno de los medios de los que se pueda valer el Estado antes de recurrir al Derecho intimidatorio.

Es por eso, y como consecuencia de toda esta lógica racionalidad de este Estado, que se convierte en el sistema ideal de Derecho Penal.

CAPITULO III

ESTADO Y CONTROL SOCIAL

3.1 DERECHO Y SUS FINES

La escolástica decía *finis operis* y *finis operantes* “todo instrumento tiene un fin propio, en virtud del cual se juzga su calidad buena o mala, y en razón del cual se determinan los fines para el cual puede ser utilizado. Estos fines se justifican o reprobaban a la luz de la moral. El finis operantis puede ser la ambición personal, la protección de los intereses de una clase social, el incremento del poderío nacional, o el obtener la paz social conservando simplemente el estado de las cosas”.¹

Estos fines extrínsecos aportan algunos aspectos justificables, pero la autoridad que los alegará como únicos móviles de sus construcciones jurídicas no lograría el convencimiento de los súbditos mejor preparados. El finis operantis del Derecho no puede ser en realidad más que el bien común, que consiste en la realización duradera “de aquellas condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa”.²

Para alcanzar el bien común es necesario que el Estado se sirva de instrumentos adecuados, siendo el más importante el Derecho, pero este no será útil sino es justo; por eso la justicia es el finis operis, inmediato y esencial del Derecho, de tal manera que vamos a dar por asentado que la justicia es el fin intrínseco del Derecho. La justicia es causa formal del Derecho, en cuanto a que es la justicia la que determina y confiere al contenido de las normas jurídicas su sello específico por el cual son Derecho.

¹ Preciado Hernández R. “Lecciones de filosofía del Derecho”. Ed. Jus México, D.F., Pág. 137

² Villoro Toranzo “Introducción al Estudio del Derecho”...ob cit, Pág. 222

El hombre es el destinatario de todos los valores que componen el cosmos, es por eso que la seguridad jurídica es uno de los valores fundamentales del Derecho ya que ésta se dirige y afecta directamente a las relaciones humanas: “cuando es un sistema ordenador de la sociedad se violan la justicia y la seguridad, se atentan directamente contra la naturaleza y dignidad humanas.”³

El fin del Derecho por lo tanto consiste en garantizar que por medio de la justicia y la seguridad jurídica, se cree las condiciones que permiten a los miembros de un determinado grupo realizar su bienestar.

El derecho según, la rama a la que se refiera puede tener los más diversos fines, por ejemplo si se trata de regular un contrato, le da forma a la voluntad de los otorgantes y menciona el mínimo de condiciones y requisitos que debe contener tal contrato según el propósito que se quiera obtener y la clase de contrato de que se trate; así también el derecho puede ocuparse de regular la manera en que se transmiten los títulos de crédito o la forma en que se debe registrar una marca.

Como se puede ver, el Derecho es muy amplio, y aún se puede dentro de sus ramas dividir en otras ramas, siendo el caso de la materia que nos ocupa. El Derecho Penal se divide a su vez en Teoría del Delito, Delitos en Particular, Derecho Procesal Penal, Derecho penitenciario, etcétera, y consideramos el tipo penal y su consecuencia jurídica: la pena, son importantes en este trabajo, pues, el Derecho, en cuanto al tipo penal, no tiene otro fin más que el de regular y atender a los principios de seguridad jurídica y legalidad, por lo tanto en este aspecto el derecho describe conductas y obliga en el caso de nuestro sistema penal a no realizar tales conductas porque de hacerlo se puede sancionar con una pena.

³ Curi Breña, D. “Los fines del Derecho” México, D.F., Ed. UNAM Pág. 9

El fin del Derecho Penal es primeramente encausar las conductas de los individuos en particular para que se motiven conforme a lo determine la norma, y que tal motivación sea porque el Estado en su capacidad de imperio pretende castigar aquellas conductas que sean contraria al orden armónico de la sociedad.

3.1.1 Seguridad Jurídica

Recasens Siches nos dice lo siguiente: “Imaginemos al hombre primitivo aterrado ante el espectáculo de la naturaleza; presenciando un conjunto de hechos de fatal sucesión, cuyo secreto se ignora, y crea la magia para tratar de explicar lo que no sabe como sucede. Esto le da una seguridad relativa en el mundo en que vive, pero conjuntamente no solo experimenta miedo ante la naturaleza, sino que también tiene similar problema frente a la conducta de los seres que lo rodean y siente la angustia, de no saber a que atenerse en la relación con los demás, de no saber como se comportaran ellos con él, y que es lo que él debe de hacer frente a ellos, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además necesita de la seguridad que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada”.⁴

El Derecho es seguridad, de aquello que el hombre le importa garantizar en una determinada época. El temor a lo desconocido es la motivación primaria del Derecho, pero su más honda raíz es la vida humana, y todas y cada una de sus actividades.

La seguridad jurídica, por sí misma no basta, debe de estar contenida en normas justas constituyéndose en el sentido formal de la función del Derecho. La tarea de la seguridad es lo jurídico ya que sin seguridad no hay Derecho: “la

⁴ Recasens Siches, L. “Tratado General de Filosofía del Derecho” Ed. Porrúa México, D.F., Pág. 224

injusticia se opone a la justicia, el error en determinados fines se opone a la utilidad común, pero en cambio la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico”.⁵

La seguridad jurídica es la razón, el centro del Derecho, y si bien es cierto que es un valor inferior, posibilita la realización de valores superiores.

La seguridad perfecta, no es nuestra meta, ya que esto nos llevará a un Estado de completa inamovilidad. La seguridad debe ser firmeza en sentido general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que una persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que si estos llegaran a producirse le serán garantizados por la sociedad, protegiéndolos, y reparándolos, es decir, que tienen la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos establecidos y por consecuencias conforme a la ley. Pongamos de ejemplo a un niño que mientras está en la escuela, abusivamente y con regularidad, le roban sus cosas, le pegan y lo humillan sus compañeros más grandes; pues bien este niño no se desarrollará académicamente de la misma forma que otro niño que no sufre estas vejaciones.

En el mundo jurídico, la seguridad jurídica es un término muy socorrido, pero ¿Qué es seguridad jurídica?, el maestro Burgoa refiere que es “el conjunto general de condiciones, con requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrado por el *summum* de sus derechos subjetivos”⁶, sin embargo, consideramos que la seguridad jurídica se define de una manera más sencilla abarcando dos aspectos importantes,

⁵ Recasen Siches, L. “Tratado General de Filosofía del Derecho” ibidem, Pág. 224

⁶ Burgoa, Ignacio. “Las Garantías Individuales”. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal. Pág. 504

primeramente se instituye como la limitante que tiene el estado como un todo de poder sobre los gobernados, imponiendo márgenes de actuación a su capacidad de imperio, y por otro lado también dota al gobernado de límites hasta donde puede llegar en el ejercicio de su libertad individual creando un equilibrio sano para la sociedad y los individuos.

Sin embargo, la seguridad jurídica tiene una función que es la de regular conductas, con el propósito de erradicar las que son dañinas para la sociedad y que van en contra del orden armónico de la comunidad, de esta manera describe delitos en la norma con el fin de motivar a los gobernados para que se conduzcan conforme a Derecho, utilizando como medio de coerción la imposición de una pena, pero es aquí precisamente donde entra el principio de seguridad jurídica porque si bien es cierto que el Estado regula conductas por medio de normas, también es cierto que no todas las conductas que regula son motivo de una sanción penal, así tenemos por ejemplo el caso de la imposición de una sanción administrativa correspondiente a pasarse una luz roja del semáforo, o el caso de responder por el daño causado por un animal de nuestra propiedad, siendo que el primero de los ejemplos cae dentro de la esfera del Derecho Administrativo y la segundo dentro del Derecho Civil.

De esta manera Zaffaroni refiere que existen conductas antijurídicas, es decir, contrarias a Derecho, pero no todas las conductas antijurídicas son consideradas delitos; porque la pena como se ha mencionado es la manifestación de la coerción penal, debido a que la pena en estricto sentido no persigue otro objetivo sino el de tener seguridad jurídica; toda vez que su objetivo es la prevención de futuras conductas delictivas, por medio de la prevención general, que no es otra cosa que la retribución ejemplarizante que se dirige a los integrantes de una determinada comunidad; en oposición a los postulados de la prevención especial, que procura que la pena sobre el autor esté destinada a que

el sujeto aprenda a convivir sin realizar acciones que perturben la existencia ajena.

De esta manera, el principio de su seguridad jurídica implica desde su base otro principio que contiene una función especialmente importante dentro del tema de esta tesis y que es el principio de legalidad, Bacigalupo refiere “que el contenido del principio de legalidad determina que la totalidad de los presupuestos de la pena deben estar especificados en la Ley Penal”,⁷ es decir, que todas las circunstancias que condicionan la aplicación de una pena deben estar perfectamente descritas en la Ley. Esto limita la acción punitiva del Estado pues solo en el entendido que la conducta de un gobernado se sitúe perfectamente en la descripción normativa, y sólo en este caso el Estado aplicará una pena.

El principio de legalidad en materia penal traducida en la fórmula: “*Crimen Nullan Poena sine Lege*”, que bien pudiésemos pensar que es una adopción moderna de los principios del Derecho Romano, pero que en realidad su creación se debe a Feuerbach, el cual se encuentra contenido de forma muy precisa en nuestro artículo 14 constitucional, que en el párrafo correspondiente a la letra dice: en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.

Santiago Mir Puig distingue diversas garantías respecto del principio de legalidad en materia penal, tales garantías son las siguientes:

- a) Una garantía criminal; ésta exige que el delito se halle determinado en una ley.
- b) Una garantía penal; Requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho previamente descrito en al misma.
- c) Una garantía judicial; que exige que tanto la realización del delito, como la imposición de una pena sean determinadas mediante una sentencia

⁷ Bacigalupo, Enrique “Estudio de Derecho Penal y Política Criminal” Ed. Cárdenas Editor Pág. 109

jurisdiccional.

- d) Una garantía de ejecución; requiere que la ejecución de la pena se sujete a una que la ley regule.

Pero también el principio de Seguridad jurídica se sostiene según Sócrates en un principio mayor que es el de la Justicia, y éste se subdivide además de la Seguridad Jurídica en el principio de Orden y Paz, que quiere decir que la Justicia no tiene razón de ser sin orden pacífico, en donde la fuerza sólo sea empleada en casos verdaderamente necesarios, y sólo para impedir consecuencias verdaderamente graves en una sociedad; y el Principio de Certeza que quiere decir que la justicia no puede existir si no hay estabilidad y uniformidad en la aplicación de las leyes, es decir, que los gobernados sepan a que conductas se deben atener respecto de aquellos comportamientos que son protegidos por las leyes y condenadas por las mismas.

3.1.2. Certidumbre

Conceptualizando lo mencionado en el inciso anterior, y al regular el Estado las conductas, tiene que fundamentar las mismas en una declaración normativa que se encuentra escrita dentro de un ordenamiento, y que tal ordenamiento haya sido el resultado de la producción de un poder legislativo, que tomando en cuenta las exigencias de la vida social, así como el grueso de las conductas que se consideran antisociales dentro de una comunidad, se determinen como delitos, por lo tanto la Ley debe de revestirse de ciertos requisitos para poder ser cierta.

Antiguamente se decía que la Ley Penal debe revestir ciertas características, y en atención a este principio enarbolaban la siguiente máxima: *“Nullum Poena sine Lege praevia Scripta y Stricta”*, es decir, no hay pena sin una ley previamente escrita y aplicada de manera estricta, para Binding la Ley Penal tiene varias tareas:

1. Determinar cuales son las normas cuya violación requiere de una pena.
2. Establecer en que medida las violaciones de las normas son delitos, ya que solo excepcionalmente las violaciones culpables de normas se presentan como punible.
3. Asignar a los distintos crímenes y, dentro de un mismo género de crímenes a las distintas manifestaciones de aquellos, el grado de punibilidad, es decir, la correspondiente pena según la gravedad de los delitos.⁸

Dice Mir Puig al respecto “Con la exigencia de una Lex Praevia se expresa la prohibición de irretroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición; es preciso que el sujeto pueda saber si va a incurrir en un delito o en alguna nueva pena”. Sin embargo, sí es admitida a *contrario sensu*, tal es el caso del ya mencionado artículo 14 de nuestra Constitución Política:

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Y aunque el precepto constitucional no lo menciona, se ha interpretado que en caso de no causar perjuicio, sino beneficio la Ley si puede ser aplicada de manera retroactiva.⁹

El mismo autor mencionado en los párrafos anteriores, dice que con la exigencia de una Lex Scripta queda excluida la costumbre como posible fuente de delitos o penas, pero no cualquier determinación por parte del Estado tiene rango de ley¹⁰, sino únicamente la que se forma en un Estado de Derecho como el

⁸ Bacigalupo, Enrique “Estudios de Derecho Penal y Política Criminal”. Editorial Cárdenas Editor. Tijuana Baja California. Pág. 108

⁹ Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal” Parte General. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona Pág. 84.

¹⁰ Mir Puig...”Derecho Penal” ibidem pág.84

nuestro y que es discutida en un Poder Legislativo y sancionada por el ejecutivo.

Y para concluir el citado autor menciona que el requisito de Lex Stricta, impone un cierto grado de precisión en la ley penal y excluye la analogía en todo lo que perjudique al reo.

Lo que da como consecuencia el “mandato de determinación”, el cual exige que la ley determine de forma diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Y según este autor, esto constituye un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar burla del significado de seguridad, el mandato de determinación se concreta a través de la exigencia de la tipicidad del hecho.

Por lo tanto, la certidumbre de las leyes penales consiste en determinar que conducta antijurídica es punible, y como ha de ser determinada la pena para de esta manera motivar a que el gobernado sepa que se tiene que ajustar a una norma, y de esta misma manera el Estado se limite a realizar sólo lo que la norma le determine y sólo en el caso de que esta conducta se sitúe realmente en la hipótesis prevista por el legislador.

3.2 CONTROL SOCIAL

Control Social. ¿qué es?, “Todo sistema social, incluso toda relación humana, necesita de instrumentos de control, para evitar que los abusos de unos imposibiliten las expectativas o los derechos de los otros; y tales mecanismos funcionan consciente o inconscientemente siempre”. Los historiadores y sociólogos están encerrados en un debate acerca; de si la historia de las cárceles, hospitales mentales y tribunales juveniles puede ser estudiada en el mismo

contexto que los movimientos obreros. “Una de las razones por las cuales los estudios acerca del Control Social comenzaron fue para tratar de determinar su competencia; es decir no sólo desde el punto de vista conflictual, sino también desde un punto de vista más cercano a la realidad de las sociedades.

No obstante lo que se ha expuesto en el subtema anterior es importante mencionar que el Estado en todo momento debe tender a realizar los fines de la sociedad, dirigirse al bien común y para poder hacerlo debe de controlar de manera justificada, legal y segura la vida de lo gobernados, aunque para ello recurra a la violencia, porque no toda violencia es concebida con fines negativos, sino que también ésta puede ser encausada hacia fines loables.

“La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimo, la violencia es por tanto consustancial a todo sistema de Control Social”¹¹, y la violencia se puede manifestar de distintas maneras.

“Sin la existencia, reconocimiento e imposición sería imposible la vida ordenada en sociedad”¹²

En las sociedades actuales existe una gran diversidad de reglas de conducta, como puede ser la forma de vestirse de hombres y mujeres, las reglas de cortesía, la costumbre, la religión, la moral, la administración, las reglas del Derecho, el ejército, la iglesia y el Estado entre muchos otros, todos estos instrumentos de control social realizan una función protectora del progreso inteligente y armónico de la vida social.

La violación de cualquiera de estas reglas de conducta, implica

¹¹ Múños Conde, Francisco y García Aran Mercedes “Derecho Penal”. Ed. Tirant lo Blanch. Pág. 27

¹² Bodenheimer, Edgar “Teoría del Derecho” Ed. Fondo de Cultura Económica Distrito Federal, México. Pág. 92

consecuencias desagradables para el infractor, en el caso de la inobservancia de las normas de cortesía las consecuencias pueden consistir en la reprobación, la crítica hostil o la interrupción de las relaciones sociales; las violaciones de las normas morales pueden implicar el ostracismo social; una violación de Derecho puede implicar la pérdida de derechos, imposición de sanciones pecuniarias, o la imposición de penas.

Tomando en cuenta lo anterior, puede decirse que la coacción es el factor determinante en la imposición de normas sociales, morales o de derecho, pero debe serlo de manera limitada en el caso del derecho observado por el Estado.

Durante mucho tiempo se ha tratado de distinguir a uno y otro de los diversos medios de control social como por ejemplo el derecho de la costumbre, la moral de la ética, el derecho de la moral, etc.; en algún momento histórico era imposible distinguir las normas religiosas de las morales, ya que en la sociedad primitiva el derecho y la costumbre eran una sola y a su vez era imposible distinguirlo de las creencias religiosas, sin embargo, el control social en general ha evolucionado de tal manera que el Estado tomó la función de regular las más básicas de las relaciones entre los miembros de una sociedad, en cuanto a las relaciones del hombre con los fenómenos inexplicables, el Estado fue cediendo a las corporaciones religiosas, la observancia de los preceptos morales; el Estado se limitó cada vez a una mayor administración del Derecho y dejó la aplicación de la moral, costumbres, y patrones éticos a las comunidades locales.

Toda sociedad presenta una estructura de poder con grupo que dominan y grupos que son dominados, conforme a esta estructura “se controla” socialmente la conducta tanto de los grupos cercanos como de los más lejanos del centro del poder. El ámbito del control social es muy amplio, pero no siempre es evidente, como en algunos casos donde tiende a ocultarse, como por ejemplo “los medios masivos de comunicación que inducen a pautas de conducta sin que la población

lo perciba como control social, sino como formas de recreación”, de esta manera el control social se ejerce a través del propio Estado, la familia, la educación, medicina, de los partidos políticos, del arte, etc., por lo que resulta importante analizar los medios de control social que resulten más sobresalientes.

3.2.1 Medios de Control

Los medios de control social no son otra cosa que las formas en que el Estado controla diversos aspectos de la vida social, cultural, ideológica y jurídica de una determinada población; dentro de estos medios de control social encontramos al Estado. “Cualquier grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la convivencia”,¹³ estableciéndose límites cuya violación el sistema no está dispuesto a tolerar y para ello genera los mecanismos que utilizan tanto los individuos que forman el grupo cuanto los órganos que esté crea, los mecanismos de control defienden un principio los intereses de quien los usa, aún cuando también pueden ser utilizados en defensa de un determinado grupo.

Desde el inicio de los tiempos los individuos establecieron procedimientos de defensa de bienes jurídicos, tales como su vida, sus bienes, su familia; “la autodefensa, la venganza privada fueron instintos preracionales aunque posteriormente se sometieran a un proceso de racionalización y se utilizaran como advertencia para evitar las agresiones”,¹⁴ no obstante este tipo de agresiones tenían el problema de transgredir los límites del sistema a través de respuestas muy desproporcionadas e innecesarias, paulatinamente esos cuaternarios sistemas de control se van utilizando.

¹³ Carbonell Mateau, Juan Carlos “Derecho Penal: concepto y principios constitucionales”. Ed. Tirant lo Blanch Valencia, España. Pág. 59

¹⁴ Carbonell Mateau, “Derecho Penal...” ibidem Pág. 63

Los medios de control Social han ido derivándose y dividiendo según han evolucionado las sociedades, por lo que resultan ser de la más diversa naturaleza siendo que a continuación sólo analizan aquellos que son importantes para el tema que nos ocupa.

Estado

Todas las relaciones humanas y todos los sistemas sociales necesitan medios de control para evitar que los abusos de ciertos individuos de la sociedad obstaculicen los derechos de otros; tales mecanismos funcionan consciente o inconscientemente, y defienden los intereses de quien los usa, siendo también utilizados en la defensa de un grupo.

“En el Derecho moderno, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, la amenaza y la sanción, es decir, el Derecho penal queda en manos del Estado, el cual constituye el mecanismo de control social legítimo más duro posible”.¹⁵

El hombre es un ser eminentemente Social, y como tal interacciona con otros hombres en grupos permanentes o alternativamente coincidentes o antagónicos en sus intereses o perspectivas, los problemas se van resolviendo de tal manera que van configurando la estructura del Poder de una sociedad, en la que una parte es institucionalizada y la otra difusa.

En toda sociedad con las características que se mencionan, se presenta una estructura de poder donde algunos grupos dominan y otros son dominados,

¹⁵ Carbonell Mateau, “Derecho Penal...” ibidem Pág. 64

con sectores más lejanos o cercanos a los grupos de decisión.

“Con base en esta estructura se controla socialmente la conducta de los hombres, este control no sólo se ejerce hacia los grupos mas alejados de los centros de decisión, sino también de los más cercanos al mismo, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse”.¹⁶

El control social utiliza medios más o menos difusos y encubiertos hasta medios específicos y explícitos como podría ser el sistema penal, el fenómeno de control social es un fenómeno que demuestra que una sociedad es mayor o menormente autoritaria o más o menos democrática, según se oriente hacia uno u otro extremo de la totalidad del fenómeno y no únicamente la parte del control social institucionalizado o explícito.

El control social como se menciona, abarca diversos ámbitos y los condiciona, de tal manera que condiciona también los ámbitos culturales y de educación. En el mundo existen diversas ideologías que en buena parte son encubridoras de las formas de control social e inclusive son creadoras de realidad como menciona Zaffaroni.

La civilización industrial ha llegado a tal grado, en su carrera por conseguir un permanente aumento en la producción, que se comienza a dudar sobre la posibilidad de una vida futura para el planeta. La estructura del Poder Mundial,

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio “Manual de Derecho Penal”. Editorial Cárdenas Editor, 1997. México Distrito Federal. Pág. 23

reconocen países centrales y países periféricos.

El control social en estos países, es diverso según se trate de países centrales o periféricos, y según se trate de países de economía centralizada (capitalista), o estatal o centralizada, y en los periféricos según sea el grado de desarrollo.¹⁷

“El poder en ese afán de control social manipula las ideologías en la parte que le son útiles y las desecha en el resto, y por lo regular tergiversa las mismas, así el autoritarismo de Hegel no tomó la parte liberal, sino la exaltación del Estado; el racismo no tomó del evolucionismo las advertencias prudentes, sino que ostentó una actitud ortodoxa evolucionista jamás sostenida por sus creadores.

Esta manipulación tiene un doble efecto:

- a) Genera en algunos la impresión superficial de que los creadores de las ideologías fueron creadores del mal, que buscan la justificación del Poder.
- b) Por otro lado se generan disputas acerca de lo que verdaderamente quiso decir el autor, corriente o personaje”.¹⁸

En este sentido entendemos que al campo de la ideología pertenecen todas las creaciones de la cultura desde las más inteligentes y sublimes hasta las más aberrantes y confusa; lo que suele suceder es que el poder recoge de las ideologías lo que más le conviene para ejercer el control social y justificarse así mismo, pero no lo autoriza a rechazar la cultura universal, ni tampoco a realizar crímenes en uso de esas formas de control social.

El control social debe de aspirar al respeto a los Derechos Humanos, y con

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio “Manual de Derecho Penal”. ibidem Pág. 24

¹⁸ Carbonell Mateu, Juan Caros “Derecho Penal... ob cit. Pág. 59 y 60

base en el respeto a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la privacidad, la libre expresión de ideas, etcétera debe de crear un sistema penal, en donde entonces pertenecería el grupo de los medios de control institucionalizado.

Dentro de los medios de control institucionalizado existe una forma punitiva que no se reduce como dice Zaffaroni a lo formalmente punitivo, sino que abarca cualquier otro medio de control social, cuando en la práctica, pese al discurso no punitivo opera punitivamente, que es lo que sucede cuando aún están prohibidos, como por ejemplo la tortura que se realiza con una total falta de respecto a las normas jurídicas que la prohíben.

El control Social institucionalizado opera de muy distintas formas, y una de ellas es la institucionalización de personas mediante órganos que segregan a una parte de la sociedad con el fin de ejercer un control social sobre determinados grupos, tales como los orfanatos, asilos, manicomios etcétera.

Iglesia

Los antiguos autores Griegos y Latinos, consideraban que por Iglesia debía entenderse todo tipo de asambleas públicas, así como el lugar donde éstas se reunían, desde el punto de vista católico, es “el lugar destinado a la oración divina como el conjunto de personas que profesan la misma religión y que practican las enseñanzas de Cristo el hombre-Dios”.

El principio de separación Iglesia — Estado es muy antiguo, y lo estableció el mismo Jesús de Nazaret cuando dijo “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”, sin embargo, tanto el Estado como la Iglesia se han constituido en el centro de Control y Poder de diversas sociedades y en ocasiones han sido

uno sólo, hasta el grado incluso de ir mas allá de sus límites territoriales como sucedió en las cruzadas, en la colonización de América, etcétera.

Sea cual fuere la cultura y la idiosincrasia, se debe reconocer que primeramente la Iglesia católica se ha constituido como un medio de Control Social, porque a través de sus enseñanzas, filosofía y sustento ideológico, el punto es que al ser la base para muchos sistemas de gobierno, que se sustentaban en la creencia de que el soberano era elegido por Dios para gobernar sobre la tierra, han influido en la manera de actuar de la gente, al grado de reconocer legítimamente que las normas dictadas por el soberano son normas dictadas por Dios.

La Iglesia incluso ha creado su propio sistema jurídico a través de normas que se llaman cánones, que tienen vigencia en todos los lugares del mundo donde tengan representación o presencia, éste sistema de normas incluso en la actualidad sigue siendo Derecho Positivo en algunos países, como por ejemplo España, en donde aún se reconocen para efectos de Matrimonio los cánones contenido en los artículos relativos del Código Canónico.

La Iglesia controla socialmente, a través de la enseñanza de la moral entendida desde su muy particular punto de vista, mediante normas morales, controla a través de los sermones que los sacerdotes imparten en las Iglesias los días de celebración invitando a los feligreses a que se conduzcan de acuerdo a los evangelios y a los mandamientos de la fe católico cristiana, y por medio de estas enseñanzas, conduce a la gente hacia una manera de comportamiento, bajo la amenaza moral religiosa de no compartir el Reino de los Cielos.

Los Diez Mandamientos son en si una descripción de conductas prohibidas, que pretenden conservar la fe y la armoniosa convivencia de quienes la siguen diciendo “No robaras”, “no Matarás”, no desearás a la mujer de tu prójimo”,

“honrarás a tu padre y madre”, etcétera, que son preceptos que incluso se comparten en diversas disposiciones de carácter positivo vigente en la mayoría de los Estados a nivel mundial, de esta manera la iglesia controla y da márgenes para regir los comportamientos de los individuos, y en busca del Bien Común, tal y como lo hace también el Derecho.

Escuela:

La escuela es otro de los medios de control social como lo son, la familia, la profesión, la prensa, etc., y poseen “un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como lo es el Derecho Penal”.

“El control social puede ser muy amplio, y puede ser tanto difuso (medios masivos, familias, rumores, prejuicios, modas, etc.), o institucionalizado como las escuelas, universidades o psiquiátricos. Dentro del control social institucionalizado hay una forma punitiva que no se reduce a lo formalmente punitivo sino que abarca cualquier otro control social, cuando en la práctica, pese al discurso no punitivo, opera punitivamente. “La educación, al tiempo que prepara el niño para la vida defiende a los demás de los comportamientos que podría tener de no ser educado y adaptado”; de esta manera vemos que el control social, también sirve en el ámbito individual, porque de esta manera el niño no será rechazado, y por lo tanto podrá tener un desarrollo normal que lo motive a conducirse conforme el Estado lo determine.

Aunque son muchas las formas de control social punitivo con discurso no punitivo, cabe tener presente que siempre que el control social opera por medio de institucionalización de personas como las escuelas, se rebela una seria posibilidad de punición real”.¹⁹

Se dice que la escuela es un medio de control social institucionalizado, toda

¹⁹ Zaffaroni, E. “Manual de Derecho Penal...” ob cit pág. 24

vez que obedece a un sistema e implica una disciplina básica para motivar a los alumnos a estudiar, se convierte también en medio de control social en función a que el sistema escolar conduce a los alumnos hacia una manera de pensar, de actuar y de adaptarse a la sociedad.

La escuela es primeramente la herramienta, porque en ella se le otorgan los medios a los alumnos para que desarrollen su intelecto, y para que el Estado mantenga un control sobre sus conductas, y también manipule su manera de pensar y actuar.

En conclusión, la escuela es un medio de control social, en la medida que es el primer contacto que se tiene con la sociedad, y de donde se reciben as primeras reglas de carácter secundario para ejercer su capacidad de dominio sobre los gobernados, y en virtud de que tiene el control de los mismos desde una edad temprana y hasta su desarrollo pleno.

Moral

Bodenheimer, refiere respecto de Thomasius y Kant, que ellos consideraban que el Derecho regula las relaciones externas de los hombres; y la moral su vida íntima, de tal manera que el Derecho coacciona, y la moral apela a la conciencia del hombre buscando que este actúe por motivos buenos, sin embargo, este concepto antiguamente no revestía esta forma sino que derecho y moral estaban unidos en un todo. Así pues, Justiniano en su *INSTITUTA* menciona que se debe de vivir honestamente, apreciándose éste como un principio fundamental del Derecho.

Actualmente la moral es la jerarquía de valores supremos que han de

governar una sociedad, basados en criterios esenciales que evalúan la conducta humana, sin embargo, en el Derecho penal sucede que a veces no es tan fácil separar la moral del Derecho, pues algunos delitos implican por fuerza la intención dolosa en la realización del hecho punible, y dicha intención dolosa deviene de la voluntad del delincuente en la realización de su acción, que a la vez se deriva de su propio desarrollo moral; de esta manera observamos que en muchas ocasiones Derecho y moral se implican, no obstante la doctrina de Thomasius y Kant define que en tanto las reglas de moralidad no sean absorbidas por el sistema jurídico pertenecen “al reino de la conciencia individual”.²⁰

En este sentido, el hombre se rige de acuerdo a lo que le dicta su conciencia, pero sin llegar a afectar con su libertad los derechos de los demás ni a infringir el orden normativo.

Derecho:

El Derecho es a todas luces un medio de control social, pues como sistema de normas, pretende regular los comportamientos de los ciudadanos, desde distintos puntos de vista, se ha mencionado mucho que el Derecho Penal es un medio de control social y reviste las más diversas formas y abarca diferentes ramas.

Existen otras formas de control social de carácter jurídico. La administración pública puede imponer a través de sus funcionarios múltiples sanciones administrativas, y sin embargo ello no se encuentra dentro del derecho penal, sino por el Derecho Administrativo, el legislador es el que decide que sanciones se le pueden confiar al Derecho Administrativo, y cuales al Penal, y para poder decidir

²⁰ Kant en Bodenheimer, Edgar. “Teoría del Derecho”. Ed. Fondo de Cultura Económica, Distrito Federal, México. Pág. 99

entre una pena y una sanción administrativa, es importante que el legislador base su criterio en el principio de Ultima Ratio.

Ahora bien, desde este contexto podemos deducir, que toda rama del Derecho que implique una sanción impuesta por la capacidad de imperio del Estado, es un medio de Control social, así tenemos por ejemplo el Derecho Civil, en su parte dedicada a la obligaciones, impone sanciones que van desde el pago de una pena convencional, hasta el embargo de los bienes del deudor.

En materia Fiscal, tenemos que para que el Estado pueda exigir el pago de los impuestos hace uso de esa fuerza coercitiva que le es característica, imponiendo como sanciones, desde el embargo, hasta la imposición de penas, con la intervención del llamado Derecho Penal Fiscal.

En Derecho Mercantil, las sanciones van desde el embargo precautorio de los bienes para garantizar el pago de un adeudo, hasta el pago definitivo.

De esta manera observamos que el Estado al constituirse como órgano sancionador y limitar conductas, trata de conducir a los gobernados hacia una cierta manera de ser, para determinar el desarrollo que el mismo Estado indique según su propio fin, y en busca del equilibrio de sus Poderes.

Derecho Penal:

“Lo que diferencia a la Derecho Penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo dentro de lo posible de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyuntarismo y de la subjetividad de otros sistemas de control social. El control social es además un control normativo, es decir se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto”.²¹

²¹ Muñoz Conde, Francisco y García Aran Mercedes “Derecho Penal”. ob. cit Pág. 27

Debemos de entender que aunque el Derecho penal actúe como medio de control social su función primordial es la de tutelar valores e intereses. La elaboración de normas que rijan su funcionamiento con base en una selección de bienes jurídicos protegidos por la misma, y considerando la realización de conductas valoradas como intolerables dan como fruto decisiones políticas que en manos del poder legislativo dan como consecuencia la actividad del poder judicial que determina las penas a imponer, actuando estas como un reajusto frente a una actuación antisocial.

El Derecho penal como medio de control social tiende a evitar la realización de conductas sociales que afecten de manera importante el orden armónico de la sociedad (situación que parece se ha ido olvidando en nuestro actual sistema jurídico); es una forma de control social tan importante que ha sido monopolizada por el Estado, es por eso que el poder punitivo sólo puede ejercerse con lo previsto en determinadas normas legales, las cuales en un Estado democrático de Derecho deben de estar establecidas con anterioridad a la conducta considerada antisocial por los representantes del pueblo, pues estos con base en la idiosincrasia, cultura, educación, factores climáticos, geográficos e históricos determinan con la mayor precisión posible las acciones que pueden ser constitutivas de delito, que sanciones se merecen los que las realicen, determinándose entonces la pena como el instrumento coercitivo por parte del Estado para intimidar a los gobernados de manera que estos se conduzcan de acuerdo al orden social establecido hasta ese momento.

De esta manera, la pena es el medio de control social que mediante una amenaza (tipo) coacciona a los gobernados para que cumplan con el orden normativo, con el fin de mantener el orden armónico de la sociedad, y castigar a quien se hay atrevido a violar este orden normativo impuesto por la intimidación punible.

La pena no puede perseguir otro objetivo que no sea la seguridad jurídica teniendo este presupuesto como fin de la pena, y teniendo como fin el prevenir futuras conductas delictivas.

El Derecho penal se puede fundar en diversos órdenes políticos, pero partiendo de una concepción estatal, social y democrática, debemos entender que el Estado de Derecho impone el sometimiento de la potestad punitiva del Estado al Derecho, lo que deriva el principio de legalidad. La idea del Estado social sirva para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad, la concepción del Estado democrático obliga a poner al Derecho penal al servicio del ciudadano y también garantiza su seguridad jurídica.

En el Estado Moderno se considera “monopolio del Estado” la pena y su imposición, pues es el único que en su facultad de imperio puede imponerlas.

Dice Mir Puig “El principio de Estado de Derecho impone e postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho”, y también un sometimiento social voluntario a esa capacidad punitiva.

El Derecho Penal va a revestir ciertas características como ya se ha visto con anterioridad, pero al estar escrito previamente y al ser aplicado de manera estricta se constituye como un medio de control social.

Tenemos entonces que el Derecho penal es un instrumento de control social formalizado y reúne una serie de garantías que proporcionan seguridad jurídica a los gobernados.

Siendo el Derecho Penal una rama del Derecho Público, y actuando el Estado como una persona de Derecho Público, lógicamente tiene injerencia sobre

el mismo, sin embargo, esta intervención no le da explícitamente al Estado el derecho subjetivo de incriminar a punir a un delincuente.

El Derecho subjetivo del Estado a imponer una pena se desarrolla con el objeto de poner un límite, es decir, que el Derecho Penal deberá tener como limitante todos aquellos factores políticos, religiosos, culturales y económicos que determinen la evolución de una determinada sociedad; toda vez que el Estado no puede imponer una moral, y si atendemos a los aspectos religiosos tampoco puede imponer una determinada creencia.

El Estado que pretende imponer una moral “es un Estado inmoral porque lo que impone no puede llamarse moral puesto que el mérito moral surge de la elección libre que se hace cuando se tiene la posibilidad de elegir otra cosa: no hay mérito moral para el que no pudo realizar otra conducta”, dice Zaffaroni.

Por lo tanto, las penas no pueden recaer sobre conductas que se realizan en ejercicio de una autonomía moral o sobre una autonomía ética, en consecuencia un Estado totalitario vendría a ser un Estado inmoral en virtud de que censura completamente esas autonomías pues no puede haber delito que no afecte bienes jurídicos ajenos, sea cual fuere la naturaleza de los mismos, por lo que en este caso la pena en nuestro actual Estado de Derecho no pretende meramente sancionar de manera ejemplificante sino prevenir la realización de conductas delictivas, presuntamente dañinas al orden armónico de la sociedad.

El sistema penal es la forma de control social que se ha institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo aunque este discurso se ha tratado de disfrazar como formas de readaptación social, no obstante y de manera incorrecta el Derecho Penal sólo ocupa una pequeña pero muy importante parte dentro del campo del control social.

3.3 LOS COMPONENTES DEL DELITO COMO MEDIOS DE CONTROL

La teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos²² de delito, sino los componentes del delito. En busca de una definición de delito, diversos juristas han atendido a los elementos que lo conforman. Por lo que la concepción atomizadora²³ ha ido tomando fuerza, ya que de acuerdo al número de elementos que se consideren para estructurar el delito, van surgiendo las concepciones de éste. Dentro de la concepción atomizadora encontramos la dicotómica o bitómica, tritómica, triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito.

El artículo 7 del Código Penal Federal, señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

Podemos decir que el concepto de delito que consigna este precepto corresponde a una concepción bitómica o dicotómica, es decir el delito es una conducta punible.

El referido artículo 7 del Código Penal Federal, ha recibido serias críticas; Fernando Castellanos Tena, citando a Ignacio Villalobos apunta: "estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas,

²² José Nieves Luna Castro, en su libro "El Concepto de Tipo Penal en México", p. 5; citando a Jiménez de Asúa señala que éste considera que "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito."

²³ Para conocer la composición del delito la doctrina ha recurrido principalmente a dos concepciones, la totalizadora o unitaria y la analítica o atomizadora. Mientras que la primera considera al delito como una entidad que no se puede dividir en elementos diversos, es decir, el delito es una unidad infraccionable y homogénea; la segunda estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, el análisis particular de sus elementos no es la negación de la unidad sino un medio para realizarla.

disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos...”²⁴

Celestino Porte Petit, citando a José Ángel Cisneros y Luis Garrido señala que: “en realidad no había necesidad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad al Juez y ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que se trata de definir”²⁵

Y el mismo autor citando a Arilla Blas menciona que éste se pronuncia por la no definición del delito cuando dice que: “en realidad, definiciones de esta clase, generalmente tautológicas no son necesarios en lo Códigos:”²⁶

Así también el afamado jurista señala que en México Carrancá y Trujillo considera que los caracteres constitutivos del delito, según el Código Penal, son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra, de una acción de una conducta humana; y estar sancionado en las leyes penales. Y Jiménez Huerta expone que el concepto de delito consignado en el artículo 7 del Código Penal Federal, expresa que éste es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pero el concepto no queda integrado únicamente con estas palabras. De ser así, sería también innecesario el elemento de la culpabilidad, pues el mismo no se menciona en el artículo 7 del Código Penal Federal.

²⁴ Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 29ª ed, editorial Porrúa, México, D.F. ; 1991, p 133.

²⁵ Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, vol. I, 18ª ed, editorial Porrúa, México, 1999, pp 200 y201.

²⁶ Porte Petit.. Apuntamientos... ibidem, p. 202

“...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.”²⁷

La aportación de diversos juristas en la materia ha traído en número de 7 los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo, no obstante que estos 7 elementos no todos los autores aceptan.

Atendiendo al citado artículo 7 del Código Penal Federal, y al aspecto positivo del delito podemos definir a éste como la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable; en ocasiones con condiciones objetivas de punibilidad y punible.

Los elementos positivos del delito se encuentran cada uno en posición opuesta a su respectivo aspecto negativo; en este orden de ideas tenemos;:

²⁷ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito, 7ª ed. Editorial Porrúa. México, 1999 p.65

Elementos Positivos del Delito	Aspectos Negativos del delito
Conducta	Ausencia de Conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Ininputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Condicionabilidad Objetiva	Falta de Condiciones Objetivas
Punibilidad	Excusas Absolutorias

Mientras que los elementos positivos del delito encaminan a la existencia de éste; los aspectos negativos encaminan hacia su inexistencia.

Para los doctrinarios partidarios del análisis del delito, sin perder de vista la unidad de éste, ha sido un problema determinar si entre los elementos del delito existe una prelación lógica, prioridad lógica o prioridad temporal.

En cuanto a la prioridad temporal en el aspecto positivo del delito nos inclinamos a compartir el criterio de Celestino Porte Petit, quien considera que:

“...al aparecer el delito, no puede existir una prioridad temporal, en virtud de que sus elementos, por la indisoluble unidad del mismo, concurren simultáneamente.”²⁸

Por lo que respecta a la prioridad lógica y la prelación lógica en el aspecto

²⁸ Porte Petit, Apuntamientos... op cit p.225

positivo del delito este mismo autor apunta:

“... Debemos concluir que no existe prioridad lógica en el aspecto positivo del delito. Para que nazca el delito se necesitan determinados elementos, los que guardan entre sí un orden lógico. Para que haya delito, se requiere de una conducta o hecho, según la descripción típica. Se requiere que exista una adecuación al tipo; después que la conducta o hecho sean antijurídicos e imputables, y finalmente la concurrencia de la culpabilidad y punibilidad. En consecuencia, obsérvese que para darse la tipicidad, es obligada la presencia de la conducta, o hecho; para que se dé la antijuridicidad, debe concurrir la tipicidad, y no habría caso de aludir a la culpabilidad, si la conducta o hecho no fueren típicos, antijurídicos e imputables. Por tanto, nuestro punto de vista desde hace tiempo es en el sentido de que entre los elementos del delito hay una prelación lógica, y no prioridad lógica, habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito, y la circunstancia de que sea necesario un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista.”²⁹

La prelación lógica en el aspecto negativo del delito se da cuando existiendo un aspecto negativo del delito, ya no hay una posibilidad de la concurrencia de otro aspecto negativo del mismo.

“Cuando en el caso concreto falta la conducta, estamos frente a su aspecto

²⁹ Porte Petit, Apuntamientos... ibidem, p. 225

negativo: ausencia de conducta y por consiguiente constituye una hipótesis de no delito, no pueden concurrir los restantes elementos del mismo, siguientes al elemento ausente, en apoyo a la mencionada prelación lógica, ni tampoco puede darse otro aspecto negativo del mismo.”³⁰

La teoría del delito se viene a convertir en un medio de control, en virtud de que en atención a los elementos positivos del delito, si no existe alguno de éstos elementos, que son la conducta, la tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, en ocasiones condiciones objetivas y la punibilidad, se excluye al delito, y esto viene a crear seguridad jurídica al gobernado, es decir, el estudio de cada uno de los aspectos positivos del delito, en cualquier tipo penal, crea seguridad jurídica en el gobernado; pues al no concurrir uno de los elementos positivos del delito se excluye el mismo, viene a dotar de racionalidad y ética al derecho penal, pues únicamente la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, en ocasiones dotada de condicionalidad objetiva, y punible puede ser considerada como delito; si falta alguno de los elementos positivos no estaremos en presencia de un delito.

³⁰ Porte Petit, Apuntamientos... ibidem p.226

CAPITULO IV

DERECHO Y TIPO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

El estado al constituirse, necesariamente requiere de un orden que le permita alcanzar sus fines. Existen distintos tipos de Estado, sin embargo, para el desarrollo de cualquiera de ellos es indispensable que exista un orden.

El Estado o el Órgano que ostente el Poder, en un determinado pueblo puede controlar socialmente, a través de los más variados medios, pero con el fin de mantener el orden y la armónica convivencia. Pues bien ese orden sea cual fuere su naturaleza, tiene que estar sustentado en normas, ya sean morales, sociales, religiosas, etc., o bien de carácter jurídico positivo, que realmente motiven y obliguen al gobernado a cumplirlas. Es un medio del Estado para obtener sus fines.

Toda norma es una regla de conducta, es un deber ser con la conducta del hombre¹. La norma nace con el propósito de que el hombre realice o deje de realizar determinados actos, pero nace persiguiendo con ese hacer o no hacer la realización de un fin.

4.1 NORMA

Pueden existir diversas situaciones o causas que den como resultado el nacimiento de normas, como pueden ser desde las creencias religiosas, hasta los mandatos de tipo científico, basados en los acontecimientos naturales y percibidos a través de los sentidos, pero existen también causas sociológicas como los usos y costumbres.

¹ Rojina Villegas Rafael “Teoría del Derecho”. Ed. El Nacional, México, D.F. Pág. 20

Se suele confundir a la norma con el supuesto normativo, pero no son lo mismo, pues la norma las mas de las veces no está determinada por un ordenamiento de carácter positivo, por un orden escrito que diga lo que se debe o no se debe de hacer, sino por un acontecer social que la determina, y que al plasmarla como determinación para que sea obedecida se convierte en un supuesto normativo.

El concepto norma se puede apreciar desde dos puntos de vista, uno en sentido amplio y uno en sentido estricto, en sentido amplio sería toda regla de comportamiento obligatoria o no; y un estricto sentido sería que impone deberes y reconoce derechos; Villoro Toranzo menciona que existen las reglas prácticas, cuyo cumplimiento es potestativo, y existen las que tienen carácter obligatorio que son atributivas de facultades, que imponen deberes y que conceden derechos, a éstas se les denomina normas.

El conocimiento jurídico está dirigido hacia normas que poseen la característica de ser jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a Derecho; con la palabra norma se alude a que algo deba ser o producirse, especialmente determina el comportamiento de uno o varios hombres.

Las normas están dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros, es decir, proponen u ordenan ese comportamiento, pero también lo permiten, o lo prohíben.

Kelsen dice: “cuando un hombre a través de una acción cualquiera, exterioriza la voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción , no puede ser descrito en el enunciado que afirma que el otro así actuara, sino solo con el enunciado de que el otro así debe actuar. Aquel que ordena o autoriza, quiere; aquel que recibe la

orden o al que se da el permiso o la autorización debe obedecerla”.²

Dado que la norma es un deber, mientras que el acto por el cual un sujeto de Derecho se sitúa en la hipótesis normativa es un acto de voluntad, éste se constituye como el ser. “Nadie puede negar que la afirmación de que algo es se refiere a la descripción de un hecho real, es esencialmente diferente del enunciado que dice que algo debe producirse, esto es; del enunciado con el cual se escribe una norma y que en consecuencia de que algo exista, no puede seguirse algo que debe existir, de igual modo a que algo deba ser, no puede seguirse que algo sea”.³

Las acciones cuyo sentido es una norma pueden cumplirse de distintas maneras mímicamente un agente de tránsito puede ordenar con un movimiento de brazos que nos detengamos y con otro movimiento hacer que prosigamos nuestro camino; a través de palabras pronunciadas o escritas “puede darse una orden recurriendo a la forma lingüística de un imperativo, por ejemplo: ¡calla!, pero también utilizando una forma enunciativa: ¡te ordeno que te calles!, mediante esta forma pueden formularse permisiones o autorizaciones. Se trata de enunciado sobre el acto cuyo sentido es una orden, un permiso, una autorización; sin embargo, el sentido del enunciado no constituye una pronunciación sobre un hecho real, sino una norma que establece un deber, vale decir; una orden, una permisión, una autorización”⁴, como por ejemplo una ley penal puede contener la proposición: “el hurto será castigado con prisión”.

El sentido de esta oración no consiste, como su tenor literal pareciera mostrarlo en enunciar algo sobre un acontecer práctico, sino que es una norma: una orden o una autorización para que el hurto sea castigado con prisión. El

² Kelsen, H. Teoría Pura del Derecho” Ed. Porrúa, México, D.F. Pág. 191

³ IDEM

⁴ N.Prior, Arthur en Kelsen, H. “Teoría pura del Derecho” Ed. Porrúa, México, D.F. Pág. 19

proceso legislativo es una serie de acciones que en su conjunto tienen el sentido de crear normas.

Cuando se afirma que mediante uno de los actos o a través de los actos del procedimiento legislativo, es producida o promulgada una determinada norma, se refiere solamente a una expresión figurada para decir que el sentido o significado del acto que constituye el proceso legislativo es una norma. Al ser lo “debido” el sentido objetivo del acto, se expresa que la conducta, hacia la que va dirigida el acto se orienta de manera voluntaria, no solo desde el punto de vista del individuo que realiza el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante, incluso cuando la voluntad cuyo sentido es el deber ha dejado de existir en cuanto a que con voluntad no desaparece el sentido.

Kant hablaba del concepto de ley como sinónimo de norma, mencionando al respecto que el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley.

La norma se presenta como una proposición verbal que, con un contenido constante que se dirige no a un sujeto determinado, sino a todos los sujetos que lleguen a encontrarse en aquella situación prevista y regulada por la norma, lo cual la dota de los caracteres de ser impersonal, general y abstracta.

La norma pierde su carácter abstracto cuando se convierte en precepto o prohibición, en concreto en el terreno de su aplicación. Las normas describen el comportamiento a seguir, no solo para un caso, sino para toda la serie de los casos que entran en el esquema lógico de cada norma.

4.1.1 NORMAS DE CONDUCTA

La ley natural tienen como finalidad la explicación de las relaciones constantes entre fenómenos, el fin de las normas es provocar un comportamiento en específico; “las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos”⁵. El supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga.

Las normas provocan comportamientos, se fundan en la libertad de los sujetos a quienes obligan, es decir, los sujetos quedan libres para obedecerlas o no, en el entendido de que si no lo hacen, obtendrán una sanción, las normas exigen una conducta que debe ser observada, aunque muchas veces no llegue a realizarse; las normas son válidas, cuando con base en la descripción hipotética de una conducta exigen un proceder intrínsecamente obligatorio, entendiendo por obligatoriedad, el que algo debe ser.

Los antiguos romanos decían que donde hay una sociedad hay Derecho: UBI SOCIETAS UBI IUS, que quiere decir que no puede sobrevivir y desarrollarse una sociedad sin carecer de un orden interno y para hacer posible ese orden son necesarias las normas. La norma es por lo tanto un fenómeno eminentemente social, ordenador y regulador de las conductas de los miembros de una sociedad de acuerdo con su proyecto social. “Es evidente que todas las normas, sea cual fuere su especie, presuponen la existencia de una sociedad, con alguien que posee autoridad y por lo menos con un súbdito, para que una sociedad puede funcionar como tal debe tener un fin propio, compartiendo por todos los miembros y encausar la conducta de los mismos al fin social” .⁶

Ahora, hay que distinguir entre normas de conducta y convencionalismos

⁵ Villoro Toranzo, M. “Introducción al Estudio del Derecho”. Ed. Porrúa, México, D.F. Pág. 6

⁶ Villoro Toranzo, M. “Introducción al Estudio... ibidem Pág. 6

sociales, pues debemos entender por estos últimos, aquellos modos de proceder que adopta espontáneamente un grupo o un subgrupo para hacer más previsible y humana la convivencia, el espíritu de los convencionalismos sociales, se basa en la civilidad, cortesía, buenos modales, urbanidad, y respeto social

Los convencionalismos sociales son mera invitaciones a su cumplimiento, solo rigen en sociedad, mientras los respete la generalidad del grupo, y contra su incumplimiento no reacciona la colectividad sino las individualidades.

En si, lo que va a distinguir a los convencionalismos de las normas de conducta, como de las normas jurídicas, es el carácter de obligatoriedad impuesto por el Estado y garantizado a través de una sanción.

A diferencia de las leyes naturales las normas no se cumplen de manera ineludible, esta particularidad no parte de la norma misma sino de los sujetos a quienes está destinada; los juicios normativos perderían validez si las personas a quienes está dirigida la norma no pudieran dejar de obedecerlas, pues toda norma debe de estar dirigida a seres libres con capacidad para optar por la obediencia o violación de la misma, las normas son válidas en tanto exijan un proceder netamente obligatorio, entendiéndose a este último concepto desde el punto de vista axiológico, como un valor.

4.2 NORMA JURÍDICA

La razón de ser de todas las normas jurídicas en un Estado de Derecho Social y Democrático no es otra sino el ordenar la armónica convivencia de una sociedad y se revisten de características importantes como es el que sean sociales, en el sentido de que los miembros de la sociedad a la que se dirigen deban de estar unidos; así mismo el valor protegido por las normas jurídicas debe ser común y sólo debe proteger bienes jurídicos importantes para el Estado y la Sociedad.

Las normas jurídicas son, bilaterales, exteriores, y heterónomas, coercibles:

- A) La Bilateralidad consiste en que la norma impone deberes correlativos o concede derechos correlativos, en busca de un justo equilibrio en la relación entre dos o más personas, o entre personas y el Estado, o entre personas y varios Estados, siendo necesario establecer que estas relaciones, una de las partes se instituye como sujeto activo y la otra como sujeto pasivo.
- B) La Exterioridad es la característica de la norma que consiste en que el destinatario de esta comprenda objetivamente su contenido, para que exteriorice su comportamiento debido al entendimiento de la norma.
- C) La Heteronimia consiste en que se actúe conforme a un querer ajeno, es decir se actúa porque así lo determina el legislador por voluntad del pueblo, porque obliga a todos por igual, al contrario de la norma moral que es autónoma porque sólo obliga al que la debe obedecer.
- D) La Coercibilidad consiste en que la norma no sólo debe cumplirse de manera voluntaria y espontánea, sino también en contra de la voluntad del

obligado, pues implica la imposición de una sanción como consecuencia del incumplimiento.

El ideal de las normas jurídicas es lograr comportamientos voluntarios por parte de los súbditos, pero como ésto no siempre es posible, hay que acudir a presiones externas y en su caso castigos. “Las normas jurídicas que imponen castigos tendrán un carácter subsidiario, secundario y de apoyo respecto de las normas que imponen deberes, serán subsidiarias a estas, es decir, sólo se impondrán cuando no se logre el cumplimiento voluntario, serán de apoyo porque el temor al castigo servirá de presión para el cumplimiento voluntario y porque la fuerza logrará muchas veces lo que la conducta espontánea no realiza”.⁷

El Derecho puede tolerar el uso de la fuerza, pero también puede utilizarla como medio de coacción para hacer cumplir las determinaciones del Estado.

Cuando los supuestos que la norma exige no se realizan, la posibilidad de recurrir a la violencia para lograr la imposición del deber jurídico se actualiza, sin embargo, el Estado en atención al principio penal de ULTIMA RATIO debe de asegurarse de que el sujeto jurídico se ha actualizado en el mundo real de manera estricta.

Es por eso que la norma penal conocida como **TIPO PENAL** debe de ser elaborada con sumo cuidado a fin de dejar salvos los derechos naturales del individuo, así como sus derechos adquiridos, de tal manera que el Estado por medio del Poder Legislativo debe de tener en cuenta además de los factores políticos, sociales, culturales y económicos del grupo de individuos, o la forma en que se quiere controlar a estos; también el carácter interno de la norma, tomando en cuenta su estructura y elementos que lo conforman; así como su redacción y estructura gramatical.

⁷ Villoro Toranzo M. “Introducción al Estudio del Derecho” Ed. Porrúa, México, D.F. Pág. 481

Razón por la cual es conveniente analizar los elementos de la norma jurídica en general antes de analizar el TIPO PENAL.

4.2.1.1 ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

La norma jurídica es la determinación o imperativo categórico (según Kelsen), mediante el cual se establece una forma de conducta para ser obedecida por los gobernados, quienes al encontrarse como sujetos del Estado deben encaminar sus comportamientos a lo que establecen las normas.

Ahora bien, las normas jurídicas para que sean consideradas válidas deben de estar promulgadas por una autoridad legítima, y en un Estado de Derecho deben de ser emanadas de la voluntad del Pueblo a través del Poder Legislativo, que según la clase de Estado o de gobierno, puede ser un congreso, un parlamento, una cámara, etc., pero que tengan la facultad para estudiar las necesidades de los gobernados.

En razón de lo anterior, una norma jurídica en un Estado de Derecho Social y Democrático, debe, antes de su aplicación, haber sido creada como voluntad del pueblo a través de sus representantes, que en nuestro Estado de Derecho son la Cámara de Diputados para las leyes de carácter Federal, y a la Asamblea Legislativa para las leyes de carácter del Fuero Común en el Distrito Federal, y mediante un procedimiento de Creación de la Ley, que comienza con la iniciativa de ley.

Primeramente es importante enunciar los elementos de la norma jurídica, para poder analizar cada uno de ellos de manera adecuada, tales elementos son:

- a) Sujeto
- b) Supuesto jurídico
- c) Derecho subjetivo
- d) Deber jurídico
- e) Sanción⁸

- a) El sujeto, es el titular de la norma jurídica, aquel individuo o conjunto de individuos, hacía los cuales va dirigida la intención de la norma, o es aquel a quien pretende proteger la norma, es el motivo principal de la creación de la norma, ya que sólo los sujetos de Derecho pueden conducir su conducta de acuerdo a éstas.
- b) El supuesto jurídico, el cual en base en los diversos factores que se han mencionado debe de ser según la imaginación del legislador la hipótesis a realizar o a dejar de realizar por parte de los sujetos de Derecho.

Es importante resaltar que la hipótesis normativa no necesariamente se tiene que realizar, sino que una disposición legislativa tiene también la función de prever, y sobre todo en el Derecho Penal, la realización de conductas antes que sancionar su consumación o su aproximación a la consumación.

El supuesto jurídico se elabora con el propósito de que se le respete, es una previsión para mantener el orden armónico de la sociedad.

El supuesto jurídico se forma de datos jurídicos de que el legislador lo dote y según el Maestro Villoro Toranzo se pueden clasificar según el número de datos jurídicos de que consten, de tal manera que existen supuestos simples y supuestos complejos, los primeros contienen un solo dato jurídico, los segundos,

⁸ Ortiz Urquidi, Raúl. “Derecho Civil” Ed. Porrúa México, D.F. Pág. 57

tienen dos o mas.

Por ejemplo el Artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal, que se refiere al delito de Robo, menciona:

“Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán...”

Lo cual nos aporta un solo dato jurídico; distinto es cuando a este supuesto se le dota de más datos jurídicos, lo que sucede cuando se le conecta con el artículo 223 del mismo ordenamiento y se le adiciona alguna de las características o circunstancias que describe este artículo en sus diez fracciones, pudiendo incluso darse simultáneamente, por ejemplo cuando dice: “en lugar cerrado”.

Existen dos clases de supuestos jurídicos: los hechos y los actos jurídicos; sin embargo, los supuestos jurídicos penales sólo describen y prevén hechos jurídicos y no actos jurídicos, en razón de que no se pretende en los primeros crear consecuencias de Derecho como puede ser la pena, mientras que en los segundos, se realizan con el propósito de crear consecuencias jurídicas.

4.2.2 NORMAS EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL

“La pena es uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas y su función depende de la que le asigne el Estado”.⁹

⁹ Mir Puig, Santiago “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”. Barcelona, Ariel, S.A. Pág. 29.

El Estado Social de Derecho es un concepto nuevo, apenas nacido en México en el siglo XX, pues es en la Constitución mexicana en donde por primera vez se reconocen los derechos sociales de los gobernados, y es a partir de entonces que los textos constitucionales de todo el mundo comienzan a reconocer no sólo al hombre abstracto sino al ciudadano social, de tal manera que las tendencias sociales van limitando los derechos individuales.

“El Estado Social y Democrático de Derecho supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado Social a los límites formales del Estado de Derecho sino también hacia la democracia real”.¹⁰

La norma penal en un Estado de Derecho Social y Democrático debe garantizar la efectiva protección de todos los miembros por lo que debe tender a la prevención de los delitos más que a la sanción; “debe” dice Mir Puig orientar a la pena como consecuencia lógica de la realización de la norma a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

“La idea del Estado Social sirva para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad, por lo que el Derecho a castigar se debe fundar en los límites que el legislador debe respetar, y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva deben reconocer y aplicar”.¹¹

El Estado Social es intervencionista pues participa en el juego social, presta atención a la función de la prevención especial y adopta el principio de igualdad ante la Ley que tiene origen en el liberalismo, y se legitima como un sistema de protección efectiva a los ciudadanos, pero limitándose con los derechos innatos del individuo o “garantías individuales”.

¹⁰ Mir Puig, Santiago “El Derecho Penal... ibidem, p. 29

¹¹ Mir Puig, Santiago “El Derecho Penal... ibidem, p. 31

“La Constitución Político Social es la conjugación en un solo cuerpo de leyes fundamentales, de materias que integran la Constitución Política y de estratos, necesidades y aspiraciones de los grupos humanos que forman el subsuelo ideológico de la Constitución social; la Constitución político-social, se caracteriza por su esencia política y social, incluyendo en su sistemática derechos individuales y sociales, reglas especiales a favor de los individuos vinculados socialmente o de los grupos humanos que constituyen las clases económicamente débiles”.¹²

El Estado de Derecho Social busca teniendo como sistema de Derecho Penal a un sistema que atiende al principio de prevención general, busca prevenir el delito mediante una amenaza general con el fin de que no sólo un individuo sino la comunidad completa se conduzcan de acuerdo a lo que determina la norma en virtud de existir una amenaza punible de gravedad.

En consecuencia nuestra Constitución integró al mismo tiempo al Estado Político con sus funciones públicas y le asignó nuevas funciones sociales surgiendo de esta manera el Estado de Derecho Social, con poderes sociales que ejercen en el campo de su ministerio funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales, esencialmente sociales.

1 El Estado es jurídicamente persona de Derecho Público en los términos de la Constitución Política, y es persona de Derecho Social cuando ejerce funciones redentoras del proletariado y de los económicamente débiles, así como también cuando íntegra derechos y protecciones constitucionales a los individuos vistos como una sociedad y reconociéndoles garantías mínimas de seguridad social.

Ahora bien, el Estado de Derecho crea toda una nueva conceptualización de los derechos del hombre, así es, que por ejemplo, el concepto de libertad va a

¹² Trueba Urbina, Alberto “Derecho Social Mexicano”. México, Ed. Porrúa Pág. 240

estar influido por las ideas contractualistas de Rousseau y el individuo entonces tendrá que renunciar a una parte de su libertad a cambio de la protección del Estado.

“El problema del Estado Social de Derecho consiste en crear una situación de bienestar general que garantice el desarrollo de la persona humana y respete el ordenamiento jurídico”¹³

“El Estado de Derecho en la actualidad ha dejado de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en un Estado material de Derecho, en cuanto adopta una dogmática política y establece la justicia social, de tal manera que ahora nos encontramos ante un Estado Social de Derecho”.¹⁴

En un Estado Social como el que se consagra en nuestra Constitución, la función de prevenir exige a que se dirija a la sociedad motivándola para evitar comportamientos no deseados.

“Para que el Estado no sea autoritario, sino democrático los límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo el control de todos los ciudadanos”.¹⁵

El Estado de Derecho va a proteger al individuo de la manera mas objetiva, pues se va a preocupar por crear normas que cuiden su desarrollo, así como también el del Estado, pues su actuación va a estar regulada y dirigida por la ley.

¹³ Lucas Verdu, Pablo. “Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho” Ed. Acta Salmanticensia Ibsb Senatus Universitatis Edita. Salamanca. España Pág. 78

¹⁴ Lucas Verdu... “Estado Liberal... ibidem Pág. 79

¹⁵ Lucas Verdu... “Estado Liberal... ibidem Pág. 81

4.2.3 NORMAS EN UN ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO

La democracia suele confundirse con la omnipotencia de la mayoría argumento que resulta nulo cuando se han tenido ejemplos históricos de regímenes, que en su momento han gozado de una posición mayoritaria pero que ha resultado perjudiciales como es el caso del nazismo, fascismo o stalinismo.

“La democracia es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones; y que tales equilibrios se rompen, y se pone en peligro la democracia cada vez que los poderes, sean económicos o políticos, pero aún se confunden en formas absolutas. Este complejo sistema de vínculos y equilibrios no es otra cosa que el Derecho y más precisamente la Constitución, que debe ser, reconocida como la principal garantía de la democracia; no sólo desde el punto de vista formal como conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría; sino también desde el punto de vista sustancial, en cuanto a sistema de derechos fundamentales estipulados contra cualquier tentación absolutista en garantía de la igualdad y de las necesidades vitales de todos”.¹⁶

El Derecho es un sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la democracia, se funda en una característica estructural propia del Estado constitucional de Derecho. Dicho Estado es una sujeción del Derecho al derecho generada por la disociación entre vigencia y validez y entre forma y sustancia, entre legitimación formal y sustancial, y si se quiere racionalidad formal y material.

¹⁶ Ferragioli Luigi “Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción” Ed. Valladolid, Valladolid, España. Pág. 22

La democracia es un sistema político que pretende ser el sistema político de actualidad pero que tiene sus raíces profundas desde la Roma antigua y supone una sociedad unida en un Estado de Derecho definido por la historia de una sociedad que reclama un consenso pactado, y fundamentado en instituciones que desarrollen o persigan su fin último que es el bien común.

“La democracia es sobre todo el régimen político que tiene al máximo desarrollo de los procedimientos laicos que proclaman la transparencia, las libertades formales, la igualdad sustancial: en su centro están los hombres-personas que ocupan toda la escena, o al menos tienen derecho a ocuparla, y procesos de composición de los intereses y de las formulaciones de la voluntad pública, basado en la confrontación libre, razonable e informada”.¹⁷

La democracia es totalmente opuesta al absolutismo, tanto la legalidad como los límites y controles conexos a ella resultan contrarios a los principios absolutistas. El problema principal de la democracia se divide en dos: por un lado es el desarrollo de las garantías jurídicas en institucionales idóneas para vincular los poderes a la tutela de derechos y para reducir la divergencia entre normatividad y efectividad, entre los ideales de la Constitución y el verdadero funcionamiento de las instituciones que de ella emanan; el segundo problema es de carácter político cultural y tiene que ver con la maduración de la conciencia civil de un modelo de democracia que no solamente contemple la liberal democracia basada en la imposición de los poderes políticos o económicos sobre los sujetos e intereses sociales débiles, sino también en derechos para los ciudadanos.

Paradójicamente los derechos sociales muchas veces permanecen en el Estado como simples promesas cuyo cumplimiento se haya confiado a la discrecionalidad política y administrativa, la idea de que la democracia consiste en

¹⁷ Cerroni Humberto “Reglas y valores en la democracia” Serie Los Noventa. Ed. Alianza México, D.F. México Pág. 41

el consenso de la mayoría, conlleva más allá de la reducción del pluralismo, así como la legitimación de la legalidad y del abuso.

Lo que realmente legitima al Estado Social-Democrático de Derecho es su apego a la Constitución, y esto es lo único que podría regular el orden armónico de la sociedad en virtud de que se trata de un orden legal consensado por las mayorías, sin embargo, la social democracia está limitada por los factores económicos y políticos que influyen en el desarrollo de los pueblos.

Los antiguos romanos decían que donde hay una sociedad hay Derecho **UBI SOCIETAS, IBI IUS**, que quiere decir que una sociedad no puede sobrevivir y desarrollarse careciendo de un orden interno, y para hacer posible ese orden son necesarias las normas.

La norma es por lo tanto un fenómeno eminentemente social, ordenador y regulador de las conductas de los miembros de una sociedad de acuerdo con su proyecto social.

“Es evidente que todas las normas, sea cual fuere su especie, presuponen la existencia de una sociedad, con alguien que posee autoridad y por lo menos con un súbdito, para que una sociedad pueda funcionar como tal debe tener un fin propio, compartido por todos los miembros y encausar la conducta de los mismos al fin social.”¹⁸

Ahora bien, hay que distinguir entre normas de conducta y convencionalismos sociales, pues debemos entender por estos últimos, aquellos

¹⁸ Sánchez-Mejorada y Velasco, Carlos “El Estado de Derecho” Ed. Instituto de Propositiones Estratégicas, A.C. México, Distrito Federal, México. Pág. 25

modos de proceder que adopta espontáneamente un grupo o subgrupo para hacer mas previsible y humana la convivencia, el espíritu de los convencionalismos sociales, se basa en la civilidad cortesía, buenos modales, urbanidad y respeto social.

4.2.4. NORMAS JURÍDICO PENALES EN UN ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho es un ideal muy antiguo, es un conjunto de principios que se instituyen como requisitos fundamentales para una vida social armónica y con libertad, porque si es como dice Elías Díaz, “el imperio de la ley constituye la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho”.¹⁹ , en función de que en el Estado de Derecho la Ley es la forma formalmente creada por un órgano de representación popular, que se instituye como expresión de la voluntad general, entonces no todo imperio por la Ley es un Estado de Derecho, toda vez que esta voluntad general muchas veces no es tomada en cuenta sino únicamente obedece a la voluntad individual de un dictador o monarca absoluto, o tal vez a un pequeño grupo de individuos que no tienen nada que ver con la voluntad general del pueblo.

Como se mencionó anteriormente el Estado de Derecho es un ideal perseguido desde la antigüedad y en su desarrollo han intervenido importantes pensadores de todos los tiempos tales como Platón, Aristóteles, Demóstenes, Tito Livio, Cicerón, Locke, Hume, Smith y los más modernos Montesquieu, Rousseau y Voltaire, los cuales han concluido que el Estado de Derecho esta formado por diversos elementos, que son:

1. Generalidad: Consiste en que las leyes son coercitivas a todos los individuos de manera igualitaria, sin distinguir personas y sin distinguir un caso en concreto, sin una pluralidad de casos semejantes, por lo que es necesario y se

¹⁹ Sánchez-Mejorada... “El Estado de Derecho” ibidem. Pág. 32

marca como requisito indispensable el que las leyes se expidan para el futuro, siendo en un principio de carácter permanente, por lo que aplicar una ley de manera retroactiva provocaría que se violara el principio de generalidad en virtud de que se estaría aplicando a casos concretos, conocidos, particulares, ocurridos antes de su entrada en vigor y como venganza pública.

El fin último del Estado de Derecho es garantizar a los gobernados al amparo de la ley, su libertad. “La norma se establece sin saber de un caso en particular y por que no es la voluntad de hombre alguno la que decide sobre la coerción que se deba usar para aplicarla”.²⁰

Una forma será compatible con el Estado de Derecho en la medida en que el legislador la establezca como una norma general y que no esté dirigida especialmente a una persona o grupo de personas, usándola como medio para utilizar al Estado para afectar a una persona o a un grupo de personas en especial.

Ahora bien, si una ley es universalmente aplicable esto determina al Estado desde dos puntos de vista por un lado limita su poder de control social y por otro lado determina una garantía de seguridad jurídica a los gobernados en virtud de que sabe hasta donde llegan sus derechos y la manera en que el Estado los protege, sin embargo, también es inherentemente restrictiva de la libertad, por eso es sumamente importante mantener a la ley dentro de límites adecuados para que no se convierta en instrumento de abuso sujeto al poder discrecional del Estado; por lo que si algo está prohibido lo está para todos, y de ahí se deriva precisamente la máxima del Derecho, de que el gobernado puede hacer todo lo que no está prohibido, entendiendo por prohibido todo lo que dispone una norma

²⁰ Sánchez-Mejorada... “El Estado de Derecho” ibidem. Pág. 32

impuesta por el Estado a efecto de impedir que los particulares realicen conductas en contra de su objeto o fin; y de allí también deriva el principio de que el Estado únicamente puede hacer lo que la Ley le determine.

2. **Igualdad:** Este concepto se encuentra ligado con el de la generalidad y consiste en que la ley al estar determinada hacia una generalidad personas debe ser aplicada de manera igual a todos los gobernados sin distinciones o clasificaciones.

El problema principal surge a partir de la naturaleza propia del hombre, pues como sabemos todos los seres humanos somos semejantes pero diferentes e individuales, lo que exige este principio es que la ley obliga a todos de la misma manera, que todos seamos iguales ante ella y que tanto la aplicación como sus efectos sean los mismos para todos.

No basta que la ley sea general e igual para todos, sino que además debe ser justa y para que este supuesto se actualice es necesario que sea aceptada como justa por la mayoría de la gente y cumplida por el Estado de manera igualitaria; la ley será justa en relación directa con la aplicación que de manera igualitaria se haga de la misma, dar a cada cual lo que se ha ganado.

El Estado que protege y promueve la igualdad de la ley fortalece la libertad y conduce a la sociedad al fin último del Estado que es el bien común, es decir, un beneficio igual para todos.

3. **La certeza de la ley:** Este principio al igual que el de generalidad tienen una relación directa con el trabajo que se está exponiendo, en virtud de que el tipo penal es precisamente certeza jurídica.

“La certeza radica en el hecho de que las normas jurídicas deben ser

susceptible de ser conocidas por aquellas personas que deban tenerlas en cuenta al proyectar su vida futura”.²¹, teniendo la seguridad de que podrán ajustar su conducta a los lineamientos predeterminados por el Estado, por lo que es importante determinar dos factores; el primero consiste en que la ley que se pretenda aplicar debe existir con anterioridad a la situación que se pretende regular, debe regir para el futuro y no para el pasado y para el presente, el segundo consiste en que la ley esta redactada de forma clara y precisa de tal manera que los gobernados tengan la certidumbre y la precisión en el conocimiento de sus derechos y obligaciones, por lo que el ideal del Estado de Derecho se basa en certeza y preexistencia de la ley y se resume al principio general de Derecho Penal “Nullum crimen, Nulla Poena, sine Lege” dice Sánchez Mejorada, citando a Feuerbach.²²

4. Separación de Poderes: Es cuando el ejercicio del poder se divide en tres funciones como decía Montesquieu que son la legislativa, ejecutiva y judicial: esto es importante pues las leyes deben de estar promulgadas por una autoridad, ejecutadas por otra y administradas en cuanto a su orden justo por otra.

Citando al autor referido nos explicamos fácilmente el motivo de tal principio: “Y como para la fragilidad humana, lista para abusar del poder, puede ser una muy grande tentación el que las mismas personas que tienen el poder de hacer la leyes tengan también el poder de ejecutarlas, porque podrían dispensarse de obedecer las leyes que formulan y acomodar la ley tanto al hacerla, como al ejecutarla a su interés privado y en consecuencia, llegar a tener un interés distinto del resto de la comunidad, contrario al fin de la sociedad y del Estado”.²³

Los Derechos Fundamentales y Privados de los Particulares: Cuando

²¹ Sánchez-Mejorada... “El Estado de Derecho” ibidem. Pág. 40.

²² Sánchez-Mejorada... “El Estado de Derecho” ibidem. Pág. 42

²³ Sánchez-Mejorada... “El Estado de Derecho” ibidem. Pág. 48

decimos que el Estado goza de la facultad coactiva para hacer a los particulares cumplir las leyes generales, debemos entender que para que ésta tenga sentido es necesario que se limite a la esfera dentro de la cual el particular puede desarrollar sus propios planes, pues como se ha mencionado anteriormente nadie podrá impedirle al gobernado que haga lo que desee y que no necesita el permiso de autoridad alguna para hacer lo que quiera, siempre y cuando se mantenga dentro de los límites de su esfera de Derecho, y cumpliendo con sus obligaciones; y el Estado debe reconocer como fundamentales los derechos inherentes al hombre y darle a los particulares los medios necesarios para poder protegerlos de esa manera poder limitar su poder.

4.3 NORMA PENAL

“La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular, para eso es necesario partir de la conducta tal y como aparece en la realidad. Es por eso la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal, y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito. Nuestro derecho penal es un Derecho Penal de acto y no de autor”.²⁴

La razón de que nuestro sistema penal se base en el Derecho Penal de acto se debe a que es el único que puede ser controlado y limitado democráticamente; el derecho penal de autor se fundamenta en determinadas características de la persona, de las que la mayoría de las veces ésta no es responsable, pues se trata de características de orden físico o genético.

Siendo que para la creación de normas jurídico penales para el Poder Legislativo es mucho más sencillo determinar la descripción de una conducta que

²⁴ Muñoz Conde, Francisco “Teoría General del Delito”. Ed. Temis Bogotá, Págs. 7 y 8

puede ser cometida en general por cualquier persona, como podría ser un fraude, un homicidio, un robo, que por el contrario describir las características de un determinado delincuente que se tome como modelo para castigar a personas con características afines a las de esos delincuentes, siendo injusto tan sólo el pensar que se le castigue a una persona tan sólo por sus particularidades, aún sin haber cometido conducta delictiva alguna.

De la idea de un Derecho Penal de acto se deduce que por encontrar fundamento en un Estado de Derecho Social y Democrático no se puede castigar al individuo en su esfera de pensamiento, y tampoco la completa decisión de delinquir, en tanto no se exteriorice su voluntad de actuar.

La norma penal debe determinar cuales son las normas cuya violación requiere realmente de una pena, debe también establecer en que medida las violaciones a esas normas se constituyen como verdaderos crímenes, mantener una relación de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena imponer, resulta peligroso para cualquier Estado imponer penas altas a conductas que realmente no representen un verdadero peligro para la sociedad o para el Estado.

La norma penal debe ser la ULTIMA RATIO en la solución de controversias entre el Estado y los particulares, o entre los particulares mismos, la norma penal debe ser acorde al Estado de Derecho, y al tipo de gobierno que tenga un Estado y debe ser congruente con la idiosincrasia del pueblo, con los aspectos religiosos, con su economía, y sobretodo debe tender a la educación, para poder evitar conductas que resulten después en daños serios al Orden social o Estatal.

La norma penal es un mensaje prescriptivo, que prescribe actuar en determinado sentido. Los enunciados legales constituyen el vehículo de expresión de las normas legales a cuya clase pertenecen las normas jurídicas penales, es la manera en que se trata crear un lenguaje común que sea accesible tanto a los

gobernados como a las autoridades intervinientes en el procedimiento penal; sin embargo, un enunciado legal no necesariamente contiene una norma jurídico-penal pues puede simplemente contener preceptos de orden normativo, que no implican la descripción de una conducta prohibida, sino que dan estructura a la ley y describen una serie de reglas generales para su aplicación.

Dice Mir Puig, que un enunciado legal también puede servir de base a más de una norma jurídica, de donde derivamos que un enunciado legal es una norma pero también puede constituir un principio rector de varias normas, tanto las que prohíben la realización de determinadas conductas, como las dictan al Juez la manera de imponer las sanciones en caso de que se viole la norma primaria contenida en determinado enunciado legal.

4.3.1. ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL

Como veíamos anteriormente toda norma jurídica se constituye por dos elementos: “un supuesto de hecho”, y una consecuencia jurídica, pues bien, esta es la estructura de las normas jurídico-penales, encierra dentro de si mismas el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas, de tal manera que una norma jurídico-penal como el Artículo 174 del Código Penal para el Distrito Federal, que nos describe la conducta prohibida conocida como el delito de violación, expresa también su consecuencia jurídica, que en este caso es la pena a imponer, y que a continuación se transcribe para ejemplificar:

“Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela”.

Como se evidencia, existen dentro de este enunciado legal distintas normas penales, pues por un lado determinan al Juez que la pena a imponer por el delito de violación es de seis a diecisiete años de prisión y por otro describen que la conducta genérica es la de introducir por la vía vaginal o bucal, con uso de violencia física o moral el miembro viril, y después también menciona que puede ser cualquier instrumento, siempre y cuando sea por esas vía vaginal o anal.

Pues bien después de entender porque una norma penal contiene dos normas, vemos que la pena a imponer es la consecuencia jurídica de la realización de una conducta prohibida, no obstante nuestro sistema penal es de doble vía porque se pueden imponer tanto penas como medidas de seguridad, es decir, no toda realización de una conducta prohibida por un supuesto jurídico-penal tiene la misma clase de consecuencia, pues puede contener una pena de prisión, o una medida de seguridad como podría ser la prohibición de ir a un determinado lugar, impuesta al delincuente, con el propósito de salvaguardar bienes jurídicos de importancia, como puede ser la vida, el patrimonio, la integridad física, o la libertad psicosexual de la víctima de un delito o de su familia.

Así pues, tenemos que la norma jurídico penal que cumpla con los elementos de supuesto y consecuencia, impone dos deberes y deriva en una consecuencia jurídica.

4.4 TIPO PENAL

“Así como por un solo hombre entró el pecado en el mundo y con el pecado entró la muerte, así la muerte pasó a todos los hombres porque

todos pecaron.

Antes de que apareciese la ley ya estaba el pecado en el mundo, pero como no había ley, el pecado no podía ser castigado” Rom, 5,12-13

Ahora bien, retrayéndonos a uno de los puntos que se plasmaron en el apartado anterior y una vez que ya hemos analizado todos los antecedentes, presupuestos, principios y consecuencias jurídicas de la norma, así como su fundamentación constitucional, es conveniente mencionar que el TATBESTAND o Tipo Penal es una norma, pero también es un supuesto jurídico, por medio del cual el legislador plasma en el ordenamiento que denomina Código Penal una serie de conductas que considera son contrarias al orden social y que denomina delitos definiéndolos erróneamente en el artículo 7° del Código Penal Federal, como “actos u omisiones que sancionan las leyes penales”, esto en atención a los presupuestos de la forma de Estado que determinado país tenga con base en sus principios constitucionales.

El Derecho Penal al constituirse como un medio de control social, pretende por medio de una amenaza punible, regir las conductas de los individuos que pertenecen a un Estado, y al hacerlo condiciona el desarrollo de la sociedad, en aras de sus objetivos. Es por esto que en atención a los principios de seguridad jurídica y legalidad, consagrados en nuestra norma superior se defina en una ley que conductas son socialmente indeseables, otorgando al legislador la facultad de que por medio de descripciones legales, tipifique tales conductas.

Estas conductas descritas en una norma escrita, se denominan Tipos Penales, y atienden también al principio Nullum Poena sine Lege, los cuales tienen que ser acatados en el más estricto de los sentidos, sin haber más interpretación que la que pueda hacer de ellos el máximo Tribunal de la Nación, pues como se ha mencionado, el artículo 14 de Pacto Federal, señala: “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún **por mayoría de**

razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, es por eso que el legislador para poder realizar la tipificación de un hecho en la norma, es necesario que tome en cuenta los principios de igualdad, de legalidad, de ofensividad, de adecuación y de culpabilidad, además de tomar en cuenta los factores Socioculturales del grupo de gobernados hacia el cual va a ir dirigido el Tipo Penal.

El Tipo Penal debe ser claro y preciso para evitar errores en su aplicación, y porque debido a esa falta de exactitud es que en nuestro actual Código Penal surgen los más diversos errores en la comprensión de sus elementos cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial tratan de integrarlos dentro de una Averiguación Previa o un Proceso.

Tal es el caso del artículo 224 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción III misma que complementa el ilícito de robo: “Encontrándose la víctima o el objeto del apoderamiento en un vehículo particular o de transporte Público”, de donde obtenemos que basándonos estrictamente al concepto de transporte público, lo que hace de acuerdo al espíritu del legislador, se refiere al transporte concesionado, y no hace distinción alguna respecto a los demás automotores que por su propia naturaleza revisten ese carácter, verbigracia una grúa, un camión carguero, un autobús de transporte particular que porten placas del Servicio Público Federal, y ante tal inobservancia el Ministerio Público consigna los asuntos como por ejemplo: en tratándose de un sujeto que sustrae una televisión de una grúa del servicio público, bajo dicha hipótesis de la fracción III en comento, cuando es evidente que no es un transporte público, sino que presta un servicio público, de ahí que en la vida laboral cotidiana nos encontramos con estas deficiencias de adecuación gramatical, pues lo favorable era que se añadiera a la hipótesis de referencia “encontrándose la víctima en un vehículo de transporte público o de servicio público

“El Derecho Penal, no sólo está constituido por la dogmática jurídico-penal o por la teoría del delito; la importancia del Derecho Penal no radica simple y

llanamente en conocer cuales son los caracteres que integran al delito o repetir mecánicamente que delito es la conducta típica, antijurídica, culpable, conceptos que sin duda son importantes, sea cual fuere la función que se desarrolle en el procedimiento penal”.²⁵

Los tipos penales se encuentran contenidos en el Código Penal, y cuando buscamos saber que es delito nos remitimos a ese ordenamiento, pues en el pensamos encontrar la pena o consecuencia jurídica que merece la realización de una determinada conducta es por eso la importancia de una redacción adecuada y docta de los tipos penales, especificando y buscando conceptos de fácil comprensión para evitar problemas en su interpretación y aplicación.

4.4.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPO PENAL

Durante muchos, años y hasta 1993 los requisitos para poder causar actos de molestia, de naturaleza penal en los particulares, ya sea Orden de Aprehensión, Auto de Formal Prisión o Sujeción a Proceso, en los artículos 16 y 19 constitucionales respectivamente era la acreditación del Cuerpo del Delito, sin embargo se dio un avance gigantesco en materia jurídico penal cuando se instituyó el término Tipo Penal en tales artículos.

Sin embargo, este término causó numerosos problemas de interpretación y adecuación, tal y como se arguyó en la reforma de 1999 donde se regresó al viejo concepto de Cuerpo del Delito. La duda es, si realmente está contrarreforma beneficia los principios Generales de Derecho Penal, y más importante aún los de un Estado de Derecho Social y Democrático, a la cual de entrada se le puede hacer la crítica de que una reforma que en un primer momento otorga garantías de seguridad jurídica y después las modifica o las restringe, o de plano las elimina es

²⁵ Orea Ochoa, Sara Patricia. “La Defensa de los derechos de los ciudadanos”. Consejería jurídica del gobierno del Distrito Federal. Pág. 51

un mal síntoma del control social que el Estado ejerce, y denota una falta de estudio por parte del Poder Legislativo de las realidades socioculturales y económicas, en México siempre se ha tenido la idea de dejar de ser un país subdesarrollado y dar el gran salto al primer mundo, pero como va a ser esto posible, sin garantías de seguridad jurídica, que doten al gobernado de verdadera certeza de las acciones a tomar por parte de una entidad estatal, se ha llegado a la contradicción dentro de las mismas leyes, lo que hoy es lícito mañana bien puede ser delito, o viceversa, según sean los caprichos de los partidos políticos que integran las cámaras o los deseos del ejecutivo.

LA EVOLUCIÓN DEL TIPO EN SUS FASES DE INDEPENDENCIA, INDICIARIA, DE LA IDENTIDAD, DE LA RATIO ESSENDI, DE LA IMAGEN RECTORA Y DE LA FASE DESTRUCTIVA.

Una vez que se ha comprobado que existe una conducta, debe investigarse si ésta se adecua al tipo.

Jiménez de Asúa dice que tipicidad es: "...la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción..."²⁶

Jiménez Huerta consideró: "...adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias"²⁷

Para Francisco Blasco y Fernández de Moreda: "La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de

²⁶ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, III, 2a. Edición, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1958, p. 744

²⁷ Jiménez Huerta, Mariano, La tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, p.207

referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida"²⁸

Sergio García Ramírez señala:

"La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley. Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponda, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales. Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo, el artículo 395, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal señala, entre otros elementos del delito de despojo, que el medio con el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquier de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño, Si en agente emplease un medio distinto, aún cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno o dos de ellos".²⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado:

²⁸ Francisco Blasco y Fernández de Moreda. La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnica jurídica. Criminalia, IX, p443.

²⁹ García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Editorial UNAM. México, 1981. Pág. 97.

²⁸ Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXVII, p. 731

“RESPONSABILIDAD PENAL. Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real y grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente, al concurrir la causa justificativa de la acción, resulta no culpable o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos.

Amparo penal directo 1511/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de agosto de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.”³⁰

No debemos confundir tipicidad con tipo; la tipicidad se refiere a la conducta y el tipo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre una conducta ilícita, es la formula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.

Podemos decir que la tipicidad:

- * Es el elemento esencial del delito.
- * Es fundamento del hecho punible, y en el Derecho Mexicano está recogido en el artículo 14 Constitucional párrafo tercero³¹ y el artículo 7o. del Código Penal Federal³² al definir el delito.
- * Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada

³¹ El párrafo tercero del artículo 14 Constitucional establece: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

³² El artículo 7o del Código Penal Federal señala: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...”

en abstracto.

* Pertenece a la conducta.

*Le caracteriza una función predominantemente descriptiva y constituye un mecanismo indiciario de la existencia de la antijuridicidad.

Podemos decir que el tipo:

* Es la creación legislativa; la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

* Es la fórmula que pertenece a la ley.

* Es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito.

* Narración o descripción legal, despojada de todo carácter valorativo.

* Instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas.

La tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, el cual, históricamente y en relación al surgimiento de este concepto podemos señalar, que tipo proviene del latín *tipus* que significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Tipo es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella. José Nieves Luna Castro, en su obra *El Concepto de Tipo Penal en México*, afirma que la raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes, vertido después *tatbestand* a la lengua alemana.

“El tatbestand, indica el maestro Piñero, fue entonces el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto (degriff), lo que Jiménez Huerta, en su primera acepción del cuerpo del delito, entiende como acción punible, como el hecho objetivo. De igual forma Zaffaroni refiere que hasta 1906 se usaba la voz tatbestand pero no con un contenido sistemático similar al que actualmente se le asigna en alemán (supuesto de hecho), también refiere que dicho vocablo proviene del latín medieval (facti species), que significaba figura del hecho, por eso agrega dicho autor, tatbestand se traduce al italiano como fattispecie y al castellano como tipo.”³³

Beling le dió al tipo (tatbestand) un sentido distinto; anterior a Beling, el tipo era sólo entendido como figura del delito específica, que abarcaba la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo, la culpa e incluso la forma de sanción respectiva) en cambio, para Beling el tipo penal solo describe en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie del delito. Posteriormente, debido a ataques y críticas Beling sostiene una diversa concepción del tipo, en 1930 publica una monografía en la que considera como imagen rectora, cuadro o especie dominante. Por lo que Márquez Piñero,³⁴ citando a Jiménez de Asúa recuerda que en la obra de Beling pueden distinguirse dos momentos:

- a) el tipo se materializa; (1906)
- b) el tipo se espiritualiza, (1930)

³⁴ Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, 3a. Edición, México 1994, p. 211

A Beling se le considera el creador de la teoría del tipo, ya que dentro del ámbito de la Teoría del Delito, descubrió en esa figura una función sistemática que ha servido de base para toda la estructuración teórica que respecto de la misma se ha generado.

La evolución del tipo, se ha referido a las siguientes fases:

1.- FASE DE LA INDEPENDENCIA

La tipicidad se estima como una función meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Por ejemplo, el homicidio, el tipo penal se satura con la mera comprobación de la hipótesis descrita en la ley: “matar a un ser humano” sin ocuparse de establecer si la muerte fue contraria a la norma, o si se realizó en legítima defensa, pues esto es una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad; en tanto que la atribución a una persona imputable, respecto del acto cometido y reproche (con dolo o culpa) se realiza mediante la culpabilidad.

La acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes, pues una acción puede ser típica (por encajar en la descripción de un precepto punitivo) y no ser antijurídica (por existir causas de justificación) y también pueden existir conductas que a pesar de contrariar una norma no estén tipificadas en una ley penal. También debe separarse la tipicidad de la culpabilidad, la tipicidad de una conducta es independiente de la determinación del dolo o de la culpa. Pues según Max Ernesto Mayer: “...el tipo con el que se relaciona la acción cometida (sea dolosa o culposamente) debe tener, por

necesidad lógica, el mismo contenido...”³⁵ .

José Nieves Luna Castro, citando a Jiménez de Asúa, señala que para éste: “...la descripción típica contenida en la ley, entre otras cosas, representa la utilidad para poder clasificar las infracciones; establecer el concepto de tentativa; decidir el concurso aparente de leyes y aclarar la unidad del acto de las acciones complejas, funciones que no se pueden atribuir a la culpabilidad.”³⁶

Esta fase no tuvo gran aceptación entre los tratadistas.

2.- FASE DE CARÁCTER INDICIARIO DE ANTIJURIDICIDAD

La tipicidad ya no es considerada como simple descripción, sino que tiene además un valor indiciario de la antijuridicidad. Para Max Ernesto Mayer la tipicidad representa el primer presupuesto de la pena y la antijuridicidad su segundo presupuesto; también considera pertinente la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero a la tipicidad se le asigna un papel indiciario respecto de la antijuridicidad considerándola su fundamento de conocimiento. Jiménez de Asúa considera que la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos; surgiendo como ejemplo el tipo legal del delito de robo donde se incluye la cualidad ajena respecto de la cosa. De donde deriva la afirmación de que la tipicidad es la ratio cognoscendi de lo antijurídico.³⁷

³⁵ Max Enesto Mayer, Der Allgemeine Teil des deutsche Strafrechts Lehrbuch, 2a. Edición pp 9,10, 182, citado por Luna Castro, José Nieves. El Concepto de Tipo Penal en México, editorial Porrúa, México, D.F. 2000, p 12

³⁶ Luna Castro, José Nieves, El Concepto de Tipo Penal en México, editorial Porrúa, México, D.F, 2000, p12

³⁷ Luna Castro...; El Concepto de Tipo... ibidem p.13

3.- FASE DE LA RATIO ESSENDI DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Esta tercera concepción es antagónica a la de Beling. Su máximo exponente es Edmundo Mezger, quien define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable. Por lo que si el delito es una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en un apartado propio o independiente, sino que se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y ulteriormente como injusto tipificado. La tipicidad es mucho más que indicio, mucho mas que ratio cognoscendi de la antijuridicidad, pues viene a constituir la base real de ésta, su ratio ssendi. La antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Pero Jiménez de Asúa reitera su crítica a esta concepción de Mezger y la señala como inadmisibles porque dota a la tipicidad de una función desproporcionada.

4.- FASE DEFENSIVA: “LA FIGURA RECTORA DE BELING”

El creador del tipo, Beling, tuvo dos momentos diversos en cuanto a la forma de comprender su obra, pasando de la concepción materializada del tipo (1906), a la consideración reelaborada de dicha figura siendo la segunda la que suele recibir el nombre de fase defensiva del tipo, por considerar que Beling, al sostener entonces la idea de la “figura rectora”, en realidad sale en defensa de su propia teoría que no tuvo buena acogida entre los doctrinistas de esa época. La

evolución del tipo se vió adicionada con esta nueva faceta en donde ya no se sostiene la idea de un tipo objetivo y abstracto descrito por sus elementos materiales, sino considerado como imagen que rige el cuadro formado por la especie delictiva de que se trate, es decir las diversas hipótesis enmarcables en la misma especie del delito, incluyendo la tentativa y la participación.

5.- FASE DESTRUCTIVA

El derecho penal encuentra como meta sancionar la voluntad, no la acción, el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible, y el punto de partida no es ya el resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente. De acuerdo a esto se pueden sancionar las intenciones, los propósitos de los hombres aun antes de tener una manifestación externa.

“En conclusión de ese devenir evolutivo, coincidimos con el maestro Piñero en el sentido de que en el momento actual, se afirma la necesidad del mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad como características funcionales del delito, pero sin soslayar que conforman el todo denominado delito, no obstante la posibilidad de distinguirse para efectos teóricos.

Desde otra perspectiva, la secuencia evolucionista del tipo penal se relaciona y clasifica primordialmente en función de dos concepciones, la llamada objetiva y la compleja.

La primera corresponde a la obra de Beling a partir de 1906, enmarcada en una sistemática del delito dividida diametralmente en injusto objetivo y culpabilidad subjetiva, atribuyéndose a dicho autor el introducir una distinción en el primero de esos planos (injusto) dando lugar así a la tipicidad y la antijuridicidad, no obstante que ambas categorías seguían perteneciendo a la parte objetiva de ese esquema

sistemático.

Según expone Zaffaroni, la llamada concepción compleja tiene lugar a partir del descubrimiento de la culpabilidad normativa en 1907 y los elementos subjetivos del tipo, aproximadamente en el año de 1910, lo que aconteció como resultado de las dificultades acarreadas por la concepción objetiva del tipo, al no resolver problemas como la limitación de la causalidad, la explicación de la tentativa, y la ubicación de elementos subjetivos, lo que produjo la idea atribuida a Hellmuth Von Weber (1929 y 1935) y Alexander Zu Dohna (1936), de que se pensare que el dolo, como voluntad del resultado debía estar ubicado en el tipo. Sin embargo, se dice que Weber seguía concibiendo una división bipartita aun cuando consideró al dolo en el tipo de injusto y una culpabilidad normativa, en tanto que Zu Dohna estimaba una división tripartita admitiendo un tipo objetivo (dentro de la antijuridicidad) y un tipo subjetivo (abarcado por la culpabilidad).

Finalmente con Hans Wezel (década de 1930), el tipo complejo se perfecciona con un aspecto objetivo y otro subjetivo, considerando como elementos del delito la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Según podemos observar, conforme a ese proceso de transformación respecto de la concepción del tipo (de objetivo a complejo) la esencia de la modificación en ese tramitar de la dogmática se reduce al desplazamiento del dolo y la culpa (aspectos subjetivos) considerados inicialmente como formas de culpabilidad (y por consiguiente dentro de ese elemento del delito), hasta ubicarse dentro del tipo, por tanto, a lo largo de este siglo la teoría del tipo ha enfrentado opiniones opuestas relativas precisamente a la diferente manera de considerar su

contenido, es decir, los componentes que lo conforman³⁸

“Por más inmoral o antisocial que se considere cualquier hecho, sino se encuentra en un tipo penal, no será un delito; asimismo, se establece la presunción de antijuridicidad, contra la cual se puede dar prueba en contrario, si estamos ante la concurrencia de una causa de justificación”³⁹

La tipicidad no debe concretarse únicamente al elemento material porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto; salvo que el tipo requiera solamente el elemento objetivo.

Los elementos del tipo generalmente se clasifican en: objetivos, normativos y subjetivos; y de estas categorías se realizan distinciones dependiendo del punto de vista de la teoría que se ocupe de ello. Sin embargo se reconoce que el tipo penal, por tratarse de una descripción de conductas humanas, acude obligatoriamente a destacar sólo aquellas notas distintivas o características de las hipótesis que se pretenden prever como típicas, en virtud de que la captación absoluta de la realidad es imposible de encajar en la descripción de una norma. En la configuración de las descripciones típicas participan elementos de alcance diverso. En ocasiones el comportamiento injusto antijurídico que concretiza el tipo es puntualizado mediante la sola descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; en otras, por medio de referencia expresa a la valoración

³⁸ Luna Castro... El Concepto de Tipo... ibidem, pp. 18 y 19

³⁹ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito. op. cit. p. 119

normativa de dicha conducta; y otras más, mediante la especial apreciación de la proyección que surge desde lo más profundo de la voluntad del autor.

4.4.2. DESARROLLO DE LA TEORIA DEL TIPO

En el siglo XVIII existía una gran inseguridad jurídica, derivada del liberalismo, pues correspondía al Juez valorar, la licitud o ilicitud de una determinada conducta, que fuera considerada como antijurídica y culpable por la comunidad y los usos, esta inseguridad se derivaba de la falta de una afirme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles.

Posteriormente a este movimiento se comenzó a identificar que clase de acciones eran realmente destructoras del orden social o del Poder Estatal, por lo que se comenzó a delimitar tales acciones describiéndolas, y mediante la codificación de las mismas se logró tener Seguridad Jurídica.

Belling es el iniciador del concepto de Tipo, pues en su obra Die Lehre Vom Verbrechen, le asignó un significado totalmente independiente de la antijurídidad y de la culpabilidad, de esta manera constituyéndose como el fundador de la teoría del Tipo.

Según este autor el Tipo Penal consiste en la descripción exterior en los elementos del tipo del delito, por lo que el Tipo Penal es objetivo y valorativamente neutral, lo cual quiere decir primeramente que la objetividad del Tipo Penal estriba en elementos cuya consideración no implica los ánimos de autor; se dice que es valorativamente neutro porque no contiene ningún juicio de valor del legislador, aunque en México esto no sea muy cierto, toda vez que las descripciones legales están llenas de elementos de valoración judicial y de apreciación subjetiva.

Belling al situar al Tipo Penal fuera de la culpabilidad y la antijuridicidad, lo mantiene como un aspecto aislado de las características subjetivas del sujeto que encuadre su conducta en él, y así mismo también lo separa de la antijuridicidad pues si es cierto que el que una conducta sea antijurídica es contrario de Derecho, lo es porque esta conducta está descrita de manera de Tipo Penal en una norma; pero ello no es suficiente para arribar a la conclusión de que la conducta es antijurídica, el legislador al considerar las conductas que pretende castigar, escoge de entre varias solo las que considera más relevantes para describirlas en una norma, y no siempre considera a todas las hipótesis conductuales que infringen la norma, en este sentido puede haber antijuridicidad pero no necesariamente tipicidad. Dicho autor ya reconocía que la realización del Tipo podía ser un indicio de la antijuridicidad.

Claus Roxin, manifiesta que se observó un gran avance en la teoría del Tipo cuando Max Ernest Mayer descubrió los elementos normativos, señala que éste decía: “el Tipo Penal es ante todo neutral desde el punto de vista de la valoración del legislador”. Sólo la antijuridicidad expresa un juicio de valor de parte del legislador”.⁴⁰

El Tipo debe ser libre de elementos que requieran una valoración judicial, “la ajeneidad de una cosa, la falsedad de un hecho, la honestidad de una joven, la falta de verdad, la discriminación, etc. Puesto que estos serán valorados de acuerdo al criterio, nivel cultural, estrato social, costumbres, y región donde se haya desarrollado el juzgador, y aunque la jurisprudencia resuelve algunos de los significados de estos elementos, no deja claros la mayoría.

Mayer dice que los elementos del Tipo se perciben mediante los sentidos, y que los elementos normativos no pueden captar por medio de la percepción sensorial, sino que se requiere de una valoración, las valoraciones no pertenecen al Tipo básicamente, sino a la antijuridicidad, por lo tanto los elementos normativos

⁴⁰ Roxin Claus “Teoría del Tipo Penal” Ediciones De Palma Buenos Aires, Buenos Aires Pág. 60.

son elementos de la antijuridicidad y no propiamente del Tipo. “El Tipo Penal es un juicio por el cual se establece que la acción subsumida en el, constituye un injusto mientras no se demuestro lo contrario”⁴¹, además de que toda valoración implica subjetivismo.

Al analizar la teoría de Belling, los doctrinarios Fisher, Hegler, Mayer y Mezger, se dieron cuenta que en la mayoría de los casos lo injusto del hecho depende de la voluntad del autor sin que por ello se trate de elementos de la culpabilidad aunque tengan que ver con el estado anímico interior del sujeto, concibiendo al Tipo en el Derecho Penal como la tipificación de lo injusto.

Según Max Ernst Mayer, los elementos del Tipo son fácilmente apreciables por los sentidos, sin embargo, esto no sucede con los elementos normativos, pues estos requieren de una valoración y apreciación subjetiva, entendiendo que las valoraciones no pertenecen al Tipo sino a la antijuridicidad.

El Tipo constituye “un juicio provisorio de disvalor, sin embargo hay que reconocer que para un no iniciado no hay gran diferencia en considerar el matar en legítima defensa como un comportamiento que se subsume provisoriamente bajo un juicio jurídico de disvalor”.⁴²

2.4.2.1 FUNCIONES DEL TIPO PENAL

El Tipo Penal como cualquier norma, tiene el propósito de dirigir conductas hacia un objetivo específico, es decir controla a sus destinatarios por medio de imperativos que deben ser obedecidos, so pena de una sanción, es por eso que el tipo tiene varias funciones:

⁴¹ Roxin Claus “Teoría del Tipo Penal”, ibidem Pág. 67

⁴² Roxin Claus “Teoría del Tipo Penal”, ibidem Pág. 69

- a) **Función Sistemática:** Es la que describe el conjunto de elementos, con los cuales el sujeto del delito y el Juez pueden apreciar objetivamente el delito de que se trata, es el conjunto de elementos que permiten al delincuente distinguir entre una acción jurídica y una antijurídica, sus consecuencias y la forma de realización de la misma al corresponderle por su actualización en el mundo fáctico la imposición de una pena por la realización de la misma.

Sin esta función el Tipo no tendría la cualidad de señalar objetivamente los elementos que merezcan la punición de una determinada conducta, tales elementos pueden ser “El desapoderamiento de una cosa ajena”. Privar de la vida a otro”, etc.

- b) **Función Política Criminal:** Que precisamente radica en su función de garantía, dentro de esta función contiene la estricta aplicación de la ley penal, que menciona el artículo 14 Constitucional, y cuando se dice que nuestro sistema legal encuadra dentro de los patrones de un Estado de Derecho Social y Democrático, en donde tenemos un Derecho Penal de tipo y no de autor, es decir se castigan conductas generalizadamente prohibidas por considerarlas contrarias al Orden Social, y no porque se piense que una determinada persona es peligrosa por haber realizado alguna acción, y se le pretenda imponer una pena especialmente diseñada para ella.

- c) **Función Dogmática:** Que consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye al dolo, quien no conoce las circunstancias pertenecientes al tipo legal no actúa dolosamente, y así lo determina el artículo 9° del Código Penal Federal, al mencionar “Obra dolosamente el que conociendo los elementos del Tipo Penal quiere o acepta su realización”, como podría ser también el error de tipo, es decir son elementos sin los cuales el sujeto activo del delito no está en condiciones de poder saber que su conducta es típica y mucho menos antijurídica.

Es importante la función dogmática del tipo como limitadora del ejercicio del Poder Punitivo del Estado, toda vez que dota al Derecho Penal de elementos comunes para la comprensión de la materia.

De tal forma que aunque la redacción un determinado tipo penal sea objeto de diversas interpretaciones, la idea es común en cuanto a los elementos esenciales como son la conducta, el objeto material, el sujeto activo, el sujeto pasivo, y los elementos normativos, en el caso de que los contenga.

De la anterior idea deducimos, que sí hay un lenguaje común en la redacción de Tipos Penales, existe entonces seguridad jurídica, tanto para los gobernados, como para el Estado en uso del **ius Punendi**.

4.4.3 TIPO GARANTÍA

Desde el Principio de los tiempos, la Ley, ya sea humana o divina ha tendido a ser el parteaguas y el lineamiento por el cual un gobernado debe dirigir su proceder, pues entonces, y sólo en el caso de la realización de una conducta prohibida en la ley, entonces se le podrá castigar, repercutiendo esto también sobre la autoridad del que dicta la ley, pues no tendrá control sobre tales conductas, si estas no están descritas en la Ley.

Sólo se puede sancionar un hecho, cuando la punibilidad del mismo está perfectamente delimitada antes de la comisión del mismo, además de saber si la conducta está perfectamente descrita como delito en una ley, por lo tanto todo gobernado tienen el derecho a saber antes de realizar una conducta, sí su acción amerita la imposición de una pena.

El tipo Penal tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de

una acción prohibida, ya que sólo así se dará cumplimiento al Principio “**NULLUM POENA SINE LEGE**”

El Tipo representa un límite para el Poder punitivo del Estado, ya que de esta manera garantiza al gobernado que el Estado, en tanto no se sitúe en la hipótesis normativa, y que si la conducta del gobernado se adecua al supuesto jurídico, tendrá que afrontar las consecuencias de Derecho; y en este sentido es una Garantía, que en nuestro caso se eleva a norma Constitucional en su artículo 14.

Roxín considera que el Tipo Penal actúa como garantía, el gobernado debe saber, hasta donde el Estado mediante su facultad de Imperio puede llegar a sancionarlo, por la realización de una conducta prohibida, y hasta donde puede llegar el gobernado mediante sus acciones, pues si solo existe la descripción objetiva de una conducta puede entonces el estado combatirla, y el gobernado evitar su realización.

4.4.4 ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL TIPO

Roxin menciona como elementos estructurales del Tipo, principalmente al sujeto activo, al resultado y al nexos de imputación entre ambos, pero también una serie de múltiples elementos específicos de cada delito y que caracterizan con detalle la acción del autor, el Tipo Penal en si se constituye como una oración gramatical, que se compone primeramente de sujeto y predicado, pero específicamente de sujeto, verbo, objeto directo, objeto indirecto, adjetivos, pronombres, artículos, proposiciones, que dado su orden y acomodo de acuerdo a la sintaxis provocan en el ánimo de quien lo lee la recreación mental de la idea que se plantea con dicha Oración.

Asimismo el Tipo Penal debe de proporcionar los datos objetivos de la acción prohibida, así como también los subjetivos, que implican la voluntad y el ánimo de quien realiza tal acción, para que la autoridad y el gobernado estén en facultades plenas para su obediencia y su distinción entre una conducta jurídica y una antijurídica.

Así tenemos que el Tipo según su Estructura se divide en elementos descriptivos y normativos, subjetivos y según Roxin de actitud interna, aunque no necesariamente todos los Tipos Penales contienen cada uno de estos que se mencionan, toda vez son muchos los factores políticos, culturales, económicos, religiosos etcétera, que dan origen a la creación de un nuevo Tipo Penal.

Por otro lado “debe evitarse dentro de la estructura del Tipo el *casuismo* en la descripción de las conductas prohibidas⁴³, no obstante es imposible llegar a describir totalmente todas las formas de aparición de un delito, por lo que es importante en la creación de un Tipo Legal el acudir a fórmulas comunes con caracteres fácilmente comprensibles, para describir a cada grupo de delitos, y solamente ir dotando de características específicas a aquellos Tipos a los que se pretenda darles una calificación específica para efectos de atenuar o agravar la pena, o incluso dotar de causas de exclusión del delito.

Deben evitarse en la redacción de los Tipos Penales los “conceptos indeterminados⁴⁴”, pues representan un atentado a la Seguridad Jurídica de los gobernados, pues no precisan con claridad la conducta prohibida, como sucede con los conceptos: **moral, buenas costumbres, mala fama.**

⁴³ Muñoz Conde Francisco. “Teoría General del Delito” Ed. Temis, Bogotá Pág. 36

⁴⁴ Muñoz Conde, “Teoría General..., ibidem Pág. 39

Dice Muñoz Conde que en ocasiones es imposible comprender en un solo Tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito, y esto sucede cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que agravan o atenúan la antijuridicidad o la culpabilidad, estas circunstancias, el legislador crea Tipos Derivados del Básico, tal y como pasa con el delito de Robo que encuentra su descripción típica en el artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice “**Artículo 220.- Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena...**”, el cual es el Tipo Básico del delito de Robo, pues si se le agrega una circunstancia especial como lo es alguna de las circunstancias que determinan el artículo 223 del mismo ordenamiento legal, como puede ser, cuando se comete en “**lugar cerrado**”, “respecto de vehículo automotriz o partes de éste”.

Resulta ser diferente cuando al Tipo se le añaden características de agravación específica dada la importancia de los bienes jurídicos a proteger, que en ocasiones también resultan derivados de la conducta prohibida, por la puesta en peligro que significa la realización del tipo básico aunado a esas circunstancias especialmente particulares, de donde resulta que se trata de un Tipo Calificado. No obstante esta características para la agravación de la pena y que se la añaden al tipo a fin de Cualificarlo, no son en muchos casos dentro de nuestra legislación las mas adecuadas, pues así tenemos el artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal que en su fracción I dice: “Con violencia física o moral...”, en donde si bien es cierto que la conducta típica de robo se cualifica, puniendo de manera severa el robo con violencia, también lo es que al no calificar el grado de violencia a ejercer sobre la víctima, lo convierte en una descripción legal injusta, pues tampoco importa la cantidad de lo robado, que en algunos casos es de unos cuantos pesos, por haberle realizado la “llave china” al pasivo del delito, y sin el uso de arma alguna y sin causarle lesiones, conducta que aunque resulta típica y antijurídica y en su momento se demostró la culpabilidad, demuestra que el Estado pretende sólo reprimir y utilizar los viejos conceptos de Pena Pública y

ejemplificante, pues se pune a estos delincuentes con penas que no son proporcionales con el daño realmente causado.

El Tipo Penal es mucho más que un enunciado gramatical que describe la realización de una determinada conducta es la limitante del poder estatal en contra de un gobernado y es la norma que pretende dirigir las conductas de los gobernados hacia el fin social del Estado de Derecho.

Ahora bien, también existen los Tipos Privilegiados, que son dotados de características que atenúan la pena en virtud de las circunstancias en que se hayan cometido distintos delitos, tal y como sucede con el famoso robo de uso, en donde no hay de manera cierta un ánimo de apropiación, sino de un uso temporal de la cosa robada, con el fin de devolverlos a su legítimo dueño o poseedor, tal como lo señala el artículo 222 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Distintos son los Tipos que se vuelven autónomos en cuestión de alguna característica que lo hace especialmente punible,.

El mismo autor dice “para saber cuando estamos ante un tipo calificado, privilegiado o autónomo es necesario acudir a la interpretación partiendo de la regulación legal concreta”, no obstante lo anterior, vamos a encontrar que según la clasificación que se le dé al Tipo Penal este será agravado, atenuado, impune, etc., sin embargo siempre contará con elementos básicos para su composición o estructura:

Sujeto Activo: El delito para que sea delito tienen que ser cometido o realizado por alguien, ese alguien es quien realiza la acción prohibida y descrita en la norma jurídico-penal, y es quien recibe la sanción determinada por el legislador en atención a esa conducta considerada antisocial.

En atención a que el delito necesita ser realizado por alguien tenemos que existen delitos plurisubjetivos, es decir, que necesitan concurrir varias personas,

ya sea de manera autónoma o de manera uniforme.

Acción: En todos los Tipos Penales debe existir la descripción de una acción, que va a constituir el núcleo del tipo, y viene la mayoría de las veces en forma de verbo **PRIVAR, APODERAR, ENGAÑAR**, etc.

Estos delitos pueden ser de mera actividad, es decir que no producen resultado material, como son la Falsedad en Declaraciones, la Difamación, la Calumnia, etc., que realmente no producen un cambio apreciable en la realidad actual, en el mundo exterior.

Bien Jurídico: Como hemos visto la norma penal se emite, para proteger y proteger bienes jurídicos que son considerados importantes para o por la sociedad, y que su daño o su puesta en peligro significan una grave afectación al orden armónico de la sociedad, es importante señalar que los bienes jurídicos que deben ser protegidos por la norma jurídico penal, sólo deben ser aquellos que impliquen un verdadero peligro social, o particular que no pueda ser reparado por alguna otra rama del derecho, se debe de atender al Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal, y sólo proteger los bienes que realmente sea necesario cuidar mediante una amenaza punible (tipo penal), como la integridad física, el patrimonio, la fe pública, la vida, el ecosistema, las instituciones, la seguridad pública, etcétera; y no se debe atender a crear protección para bienes jurídicos que ya están protegidos por otras ramas del derecho, como sucede con los delitos contra la dignidad de las personas, que ya protegen los derechos laborales de los particulares y el adulterio, que hasta hace poco existía en el Código Penal para el Distrito Federal.

Objeto Material: Es aquella cosa física o inmaterial sobre la que recae directamente la conducta del sujeto activo del delito, y que en diversas ocasiones puede coincidir con el bien jurídico tutelado, sobre todo en aquellos delitos que tienen un resultado inmaterial, como en los delitos de falsedad, o los delitos contra

el honor.

Sujeto Pasivo: Este, tal y como lo menciona Muñoz Conde, no siempre coincide con el bien jurídico protegido por el Tipo Legal, y es aquel sujeto que resulta lesionado física o moralmente mediante la conducta realizada por el sujeto activo en contra del bien jurídico, y de la que resulta un daño en su persona, ya sea material o inmaterial, pero que afecte su esfera jurídica.

4.4.4.1 ELEMENTOS NORMATIVOS Y DESCRIPTIVOS DEL TIPO

Se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el Juez, ejemplo: Casa, dinero, privar. Son elementos que describen un determinado objeto, pero que no implican que ese objeto sea precisamente aquel sobre el que recae la acción del sujeto activo del delito, sino que más bien enmarca las circunstancias de modo y lugar donde se llevará a cabo la acción realizada por el agente del delito.

Los elementos normativos son aquellos que dependen de una valoración, es decir que dependen de la apreciación subjetiva del Juez de acuerdo a los diversos factores que se han mencionado en esta tesis, como pueden ser “buenas costumbres”, “reprobables”, “verdad”, “falsedad”, etcétera.

Santiago Mir Puig menciona que “son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social”, y por lo tanto tal autor divide a los elementos normativos en jurídicos y sociales: entendiendo por jurídicos a aquellos que son propios del lenguaje legal y que implican términos cuya interpretación está sobrentendida por el medio aunque en casos son sujetos

de diversas interpretaciones; por otro lado están los sociales que son aquellos que derivan de los convencionalismos y costumbres inherentes a un pueblo, sociedad comunidad o modo de vivir.

No obstante dice Roxin que los elementos normativos pueden traer aparejado un “substrato descriptivo”, del cual se desprenden elementos de apreciación objetiva pero que requieren una valoración.

En mi personal modo de pensar, los elementos normativos, son riesgosos, pues cada autoridad que tenga contacto con ellos le puede dar distintos sentidos o significados a la misma palabra, cambiando por completo el criterio de interpretación, tan es así que con frecuencia en la vida práctica, las Averiguaciones Previas que son consignadas por el Ministerio Público, en ocasiones queda bajo los efectos del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal al no poder obsequiar los jueces la Orden de Aprehensión o comparecencia correspondiente, en virtud de que el Representante Social le ha dado un sentido diferente al delito, con base en la interpretación. Se debe de pensar en la creación de tipos penales que no den lugar a conceptos multívocos, pues esto es una causa de inseguridad jurídica muy importante, es por eso que en la redacción de tipos penales se debe aclarar que se debe entender por los conceptos que pudieran tener problemas en cuanto al sentido que le pretende dar a la norma, la conducta que pretende punir, y la interpretación judicial de la misma.

4.4.5 TIPOS SUBJETIVOS DE INJUSTO

“El Tipo de injusto, no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa”⁴⁵, sino que también tiene que ver la voluntad a través de los elementos subjetivos del Tipo, que se encuentran revestidos de la

⁴⁵ Muñoz Conde Francisco “Teoría General del Delito” Ed. Civitas, Argentina, pág. 48

voluntad del sujeto activo para realizar el delito, pues como sabemos no siempre que no se quiera cometer un delito se está en presencia de una causa de exclusión del mismo, como sucede con los delitos culposos, donde lo que se castiga es la falta del deber de cuidado que se debía observar, y en este tipo de delitos aunque no cuente la intención, sí implican una infracción a la norma en atención al grado de riesgo en que se haya expuesto o dañado al bien jurídico, es por eso importante analizar los tipos subjetivos de injusto como lo son el dolo y la culpa, que en el Código Penal Federal, se encuentran descritos en los artículos 8° y 9° de éste ordenamiento, y que según nuestro derecho son las únicas formas comisivas para la realización de los delitos.

4.4.5.1. TIPOS SUBJETIVOS DE INJUSTO DE DELITO DOLOSO

El Código Penal Federal, en su artículo 9° define al dolo de manera correcta, aunque un tanto imprecisa, ya que de su redacción no se marca una diferencia radical entre el conocido Dolo Directo y el Dolo Eventual, siendo que esta se tienen que desprender de la interpretación lógica de la redacción de tal artículo, sin embargo, esta si toma en cuenta los dos elementos básicos para la descripción del Dolo.

Estos elementos tienen que ver con el ánimo subjetivo del sujeto activo y son:

- a) **Elemento cognoscitivo.**- Que consiste en que el sujeto activo tienen que conocer de manera objetiva y real, que su conducta está prohibida por la ley, y que es contraria al Orden Social, que en citado precepto legal, dice “. .al que conociendo los elementos del Tipo Penal...”
- b) **Elemento Volitivo.**- El cual se actualiza en el ánimo el sujeto cuando, exterioriza su conducta, una vez que ha reflexionado sobre el delito que va a

cometer, es decir cuando quiere la realización de la misma, y pone en marcha físicamente sus acciones con el fin de conseguir la realización de la conducta tipificada en la norma penal.

- c) Ahora bien, nuestra legislación reconoce dos tipos de Dolo, el Dolo Directo y el Dolo Eventual, que doctrinariamente son los más utilizados.

El Dolo Directo, consiste en que el sujeto activo del delito, quiera realizar precisamente esa acción disvaliosa y la realiza, es el que quiere matar y mata, el que quiere robar y roba, es la consecuencia principal unida a la intención original de conseguir el resultado previsto por el sujeto activo.

El Dolo Eventual, consiste en que el sujeto activo del delito se representa a manera de probabilidad la producción del resultado, que si bien no quiere, sí acepta la realización del mismo, y sigue actuando poniendo todos los medios para producir el resultado, no quiere el resultado pero admite su producción, es decir acepta el riesgo, ejemplo: un terrorista coloca una bomba en un centro comercial, para matar a determinado personaje político; en este ejemplo existe un dolo directo en contra del personaje político al que se pretende matar, pero existe un dolo eventual en contra de las demás personas que concurran al centro comercial, pues aunque el terrorista originalmente no quiera matar a esas personas en específico, acepta la realización del resultado muerte, y pone en marcha los medios para la realización del multihomicidio, actualizándose de esta manera el dolo eventual.

Sin embargo, resulta a veces doctrinaria y prácticamente difícil distinguir entre el dolo eventual y a la culpa, pues aunque en los elementos subjetivos del Tipo, no se quiere la realización del resultado prohibido por la ley, en uno existe una voluntad y en el otro no, es decir, acepta el riesgo en la realización del

resultado, admite su producción, pero con completo conocimiento del resultado, y en nuestro Código Penal dice “acepta” la realización del resultado descrito por la ley.

No obstante la doctrina ha formulado dos teorías para distinguir esta situación:

Teoría de la probabilidad.- Admite la existencia del dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admita o no su producción.

Teoría de la voluntad.- Que se resume a la Fórmula de Frank “aún cuando fuere segura su producción, actuaría”, es decir al sujeto activo no le importa sí se produce o no el resultado, pues éste llevaría a cabo de todas formas su acción disvaliosa, denotando con su proceder una total indiferencia y falta de respeto al bien jurídico que puede resultar afectado.

También puede existir dentro de la conducta originalmente dolosa un error, que excluya al dolo, siempre y cuando este sea vencible, de tal manera que el sujeto activo sólo responderá por la imprudencia cometida, como en “el caso del sujeto que dispara sobre un animal, y mata a una persona”, existen diversos tipos de error:

1) Error sobre el objeto de la acción (**error in objeto vel in persona**): es cuando consigue que se produzca un daño que originalmente iba dirigido a una determinada persona se produzca en otra persona”⁴⁶ dando en ocasiones origen a otro delito, como el que dispara a una persona en específico, pero mata a su padre, pues tenemos entonces un homicidio en razón del parentesco.

⁴⁶ Muñoz Conde Francisco “Teoría General...”, Ibidem, pág. 52

2) Error sobre la relación de causalidad: Es cuando las circunstancias se constituyen como desviaciones que no afectan la realización del resultado querido, ejemplo: una persona le dispara a otra y esta muere hasta varios días después a consecuencia de las heridas infringidas.

3) Error en el golpe (**aberratio ictus**): Es cuando el resultado se verifica en otro sujeto distinto al que iba dirigida la acción.

4.4.5.2. TIPO DE INJUSTO DE DELITO CULPOSO

“En los Delitos Culposos la acción no está determinada con precisión en la ley⁴⁷, sin embargo el Código Penal Federal en su artículo 9° menciona:

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

El Delito culposos, sí bien es cierto es una acción, que a primera vista puede constituir una acción típica, no lo es del todo, toda vez que la voluntad con que se realiza la acción está condicionada por un deber objetivo de cuidado y no propiamente con la voluntad dolosa de llevar a cabo la conducta típica.

Los delitos culposos tienen como base la falta de juicio de previsión, que el sujeto activo debía haber realizado antes de poner en riesgo el bien jurídico, es decir los delitos culposos son involuntarios, sin embargo si se realiza en el ámbito interno del sujeto una reflexión, al llevar a cabo determinada acción que le obliga a

⁴⁷ Muñoz Conde Francisco “Teoría General...”, Ibidem, pág. 53

observar un determinado cuidado en la realización de la misma.

Como ejemplo podemos citar, la acción de un sujeto que va conduciendo su automóvil, pues bien, al conducirlo el debe portar una licencia de manejo que lo acredita como conductor plenamente facultado para conducir un vehículo, no obstante que para obtener esa licencia de conducir, fuere necesario que tuviere conocimiento del Reglamento de Tránsito, y una vez que tuvo conocimiento de éste, fue necesario que presentara un examen para probar que física y mentalmente se encontraba en condiciones para conducir un vehículo por lo tanto una vez que le fue otorgada la licencia de conducir, debe de realizar diversos juicios de previsión al manejar el auto, pues debe prever que existe un límite de velocidad, que debe de obedecer las señales de tránsito que debe darle preferencia al peatón, que no debe de conducir en estado de ebriedad, por lo tanto, si no cumple con alguna de las disposiciones que se han mencionado, es totalmente correcto suponer que esta previendo que se puede presentar una eventualidad, pero como pretende ser muy diestro en el manejo del automóvil confía en que podrá vencer cualquier eventualidad, como podría ser que un niño saliera corriendo en una bocacalle, y se atravesara en su trayectoria, confiando en que no se producirá ningún resultado; sin embargo, debido a la falta de deber de cuidado atropella al menor y pierde la vida.

Pues bien, en los delitos culposos no hay voluntad, pero hay una violación al deber de cuidado que podía y debía observar el sujeto activo del delito, y precisamente por eso también debe ser sancionado, es por eso que se menciona que los tipos de injusto de delitos culposos son tipos penales abiertos, pues le toca al Juez llevar a cabo un juicio de disvalor en el que precisamente deberá valorar hasta que grado pudo evitar lesionar el Bien Jurídico Tutelado por la norma penal.

Se dice que los delitos culposos son Tipos Penales Abiertos en virtud de que el tipo genérico de los delitos que admiten la comisión de las conductas culposas, no contiene en su redacción la voluntad intrínseca del sujeto para la

realización de las mismas, y el Juez tiene que completar el tipo usando su criterio y con base en las pruebas que tenga a su alcance, tal y como sucede con el delito de Homicidio en Razón del Parentesco o Relación contenido en el artículo 125 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente, consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario, u otra relación de pareja permanente con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a treinta años, y pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima incluidos los de carácter sucesorio. Si faltare el conocimiento de la relación, se estará a la punibilidad prevista para el homicidio simple”. Pues bien éste artículo es un Tipo abierto, también es un Tipo en blanco, pero nos referiremos primero al aspecto de su apertura, si observamos detenidamente su redacción nos damos cuenta que es un tipo penal en el que no se encuentra previsto el injusto de delito culposo, no obstante, dichos delitos también pueden encuadrar en conductas culposas como cuando choca alguna persona y se mueren sus familiares, o al ir de reversa se atropella y mata a un hijo; la realización culposa de este homicidio si se encuentra dentro del catálogo de delitos que el artículo 76 del Código Penal considera de realización culposa, por lo tanto el Juez deberá completar el tipo interpretado, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, el grado de previsión y puesta en peligro por parte del agente del delito, para poder individualizar la pena e imponer la sanción correspondiente, por otro lado tenemos que se trata de un Tipo Penal en blanco pues este nos remite a varias disposiciones dentro del mismo ordenamiento. Del análisis anterior derivamos, que si bien se puede realizar la conducta típica de Homicidio en Razón del Parentesco o Relación la imposición de pena será impuesta en razón de la voluntad con que se haya realizado la conducta típica deduciéndose esta de un juicio de disvalor en atención a la mecánica de la acción de donde también se deduce el Juicio de presión del resultado obtenido de esa conducta.

Muñoz Conde refiere “el núcleo del tipo de injusto de delito imprudente

consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente era necesario observar”⁴⁸

El citado autor también define de forma muy exacta, la manera en que se produce el resultado de la acción típica realizada por el activo del delito, y lo traduce como una lesión del cuidado objetivo, refiriendo si de la comparación entre el deber de cuidado objetivo y la acción concreta realizada, resulta que la acción será típica a los efectos de constituir el de injusto de un delito imprudente, si por el contrario la acción típica es realizada conforme al cuidado requerido, tal conducta no será típica, pues la norma jurídico penal no puede exigir a una persona, el ir más allá de la observancia del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto, y por lo tanto estaríamos tal vez en el caso de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad del delito, alguna causa de atipicidad, o un error de tipo pero no habría encuadramiento de la conducta al tipo de injusto de delito culposo.

En conclusión los Tipos de injusto de delito culposo son tipos penales que punen las conductas, en razón de la falta de voluntad sobre el resultado de su acción, pero que violan un deber objetivo de cuidado que debía haber observado el sujeto activo del delito, y por eso tales acciones son consideradas antijurídicas y punibles en virtud de ser consideradas antisociales, a pesar de ser involuntarias.

⁴⁸ Muñoz Conde Francisco “Teoría General...”, Ibidem, pág. 53

4.4.6 TIPOS ABIERTOS

Existen Tipos Penales en los que no se hace una descripción exhaustiva de todos los aspectos objeto de la prohibición, tipos penales en los que no se enuncian en la redacción del tipo ciertos elementos o conceptos, que se dejan abiertos para que el Juez pueda llenar estos vacíos y cierre los tipos de tal manera que puedan completarse y entonces en la sentencia tener una aproximación de la conducta que se pretende punir.

Claus Roxin, en su libro “Teoría del Tipo Penal” dice: “Todos los Tipos Penales son abiertos en la medida en que el Juez luego de su realización de la conducta está obligado a comprobar si la acción cae fuera del Orden históricamente desarrollado de la vida social”.⁴⁹ También opina que son tipos en los que el legislador no ha logrado describir suficientemente el delito mediante elementos descriptivos relativos al objeto material: “La amenaza de un mal sensible aún no supone un Tipo delictivo suficientemente perfilado, dado que el funcionamiento de los procesos sociales depende de la presión y la contrapresión”.⁵⁰

Welsel define a los Tipos Abiertos como aquellos a los que falta un elemento, o cuadro rector material para la complementación del Tipo, sin el cual el Juicio de Valor no podrá realizarse y sólo el Juez podrá determinarlo.

Maurach dice: “Son aquellas combinaciones penales en que la tipicidad está subordinada a la antijuridicidad de la acción”⁵¹, es decir, no hay antijuridicidad sin tipicidad, para ejemplificar el artículo 251 del Código Penal para el Distrito Federal **“A quien porte, fabrique, importe acopie sin un fin lícito instrumentos**

⁴⁹ Roxin Claus “Teoría del Tipo Penal” Ed. Depalma pág.289

⁵⁰ Roxin Claus “Derecho Penal Parte General” Ed. Civitas, Madrid Pág. 299

⁵¹ Maurach, Reinhart “Tratado de Derecho Penal” Ed. Ariel Barcelona

que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativa, atendiendo a las referencias de tiempo, modo y lugar se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de noventa a trescientos sesenta días de multa”. El Juez tendrá que hacer un juicio de valor sobre lo que se puede considerar instrumento para agredir, que no tenga aplicaciones en actividades laborales o recreativa, pues dentro de este concepto, puede haber un cortaúñas, una espada ornamental, una silla, una botella.

Otro ejemplo era la fracción I del artículo 311 del nuevo Código Penal, que en su redacción dice : **“Quien al declarar ante autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltará a la verdad”**, en este caso el Juez debe completar el Tipo haciendo un juicio de valor para definir que es la “verdad”, pues recordemos que procesalmente ésta puede ser histórica, real o formal, de tal manera que queda al Juez valorar cual es la verdad que debe operar, pues además la verdad no es la misma para el activo del delito como para la víctima. Además que como sabemos jurídicamente hablando existen diversos tipos de verdades, la histórica, la legal, la forense, etcétera.

En sí, un Tipo Abierto es un Tipo antagonista del Principio de Seguridad Jurídica, y sobretodo de la Máxima **“NULLUM POENA SINE LEGE”**, el tipo debe estar completo para que el gobernado sepa a que atenerse.

A este respecto algunos autores mencionan que los Tipos Abiertos, en virtud de que el legislador deja al Juez la facultad y el arbitrio para valorar la voluntad dentro de la realización de una conducta típica y al parecer antijurídica; sin embargo, consideramos que el legislador en un Estado de Derecho Social y Democrático debe pretender punir sólo aquellas conductas que considere socialmente dañinas del orden armónico de un grupo o grupos sociales y por lo tanto debe definir las en la ley, sin prestar atención a la voluntad con que éstas se realicen, pero previendo una disminución en la pena en cuanto al delito culposo, en virtud de que el fin no es el mismo que en el delito doloso, como por ejemplo: Puede ser que una persona conduzca un vehículo a una velocidad superior a la

determinada por el Reglamento de Tránsito, confiando en que no se producirá una eventualidad, no obstante un peatón se atraviesa en su trayectoria y termina embistiéndolo y privándolo de la vida, pues si bien es cierto que se actualizó una conducta típica, es decir adecuada al Tipo Penal de homicidio, no es lo mismo si se trata de la misma conducta pero revestido del elemento subjetivo conocido como “DOLO”, puesto que de igual manera se puede conducir un vehículo arriba de los límites de velocidad permitidos pero con la finalidad de embestir a una determinada persona mostrando la voluntad incondicionada de privarla de la vida.

En ambas hipótesis el Tipo se completa con la realización de la conducta prohibida, pero los fines son distintos, por lo tanto los elementos subjetivos no tienen que ver con la apertura o no del Tipo, incluso porque existen descripciones legales que ni siquiera los implican.

El Dolo y la Culpa lo único que hacen es calificar la voluntad de la conducta como hacen en la gramática los adjetivos calificados; Ejemplo “El Hombre” es un sustantivo que no nos dice nada, pero si lo calificamos con adjetivo calificativo como “malo”, la oración se completa “Hombre Malo”, que nos da una idea subjetiva de la apreciación que debemos de tener de una determinada persona o de un genero de personas, así sucede con los Tipos Abiertos existe la inseguridad jurídica de que el Juez complementa el Tipo de acuerdo a su apreciación subjetiva de las cosas porque algo que para el puede ser bueno, para otra persona puede ser malo, lo que para el puede ser verdad para otros es mentira, por lo tanto se puede injustamente punir a alguien sin merecerlo, o no punir a quien realmente se lo merece.

Los Tipos Penales Abiertos para algunos son inconstitucionales, pues opinan que van en contra del Principio de Estricta Aplicación de la Ley Penal contenido en el artículo 14 Constitucional, que en la parte conducente dice:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple

analogía, y aún por mayoría de razón, **pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata**".

Consideran que si un Juez tiene que valorar o completar el tipo penal, tendrá que hacerlo utilizando la analogía o la mayoría de razón para poder substanciar la parte faltante del tipo, y por lo tanto estará contraviniendo la norma constitucional que se ha citado, pues aún utilizando la jurisprudencia, entendiendo a esta como criterios para la aplicación de la ley, para completar al tipo penal, se estará violando el Pacto Federal, pues el citado artículo menciona "una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", y la jurisprudencia no es una ley, sino criterios de interpretación de la misma, de donde resulta muy importante, atender a una técnica legislativa impecable en donde se valoren perfectamente las conductas que se pretenden tipificar como delitos, y analizando la redacción y estructura gramatical en la elaboración de los tipos penales que se pretendan crear en el futuro, a modo de que la descripción típica sea completamente cerrada y no deje espacios para la valoración subjetiva del Tipo Penal o de algunos de sus elementos.

4.4.7 TIPOS EN BLANCO

Los Tipos Penales en Blanco son, descripciones legales de conductas consideradas socialmente dañinas, pero que por razón de su redacción o de la misma materia que se pretende proteger no es posible deducirlos de la propia descripción legal, sino que nos remiten a otra disposición legal dentro del mismo ordenamiento, o dentro de otra ley, como por ejemplo, el artículo 216 del Código Penal Federal, que a la letra dice:

"Cometen el delito de coalición de servidores públicos, los que teniendo tal carácter se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley o

reglamento, impedir sus ejecución, o para hacer dimisión de sus puestos con el fin de impedir o suspender la administración pública en cualquiera de sus ramas.....”

Este Tipo Penal, es un Tipo Penal en Blanco, en virtud de que es necesario atender, a la Ley Federal de Responsabilidad de los Servicios Públicos, para poder definir la calidad de servidores públicos de los sujetos, por lo que remitimos el Código Penal Federal a la mencionada ley, entonces se completa el Tipo pero en virtud de una ley formalmente creada y no de manera subjetiva, como sucede con los Tipos penales en Blanco.

A diferencia de los Tipos Penales Abiertos los Tipos en Blanco, no son inconstitucionales, pues como dice Zaffaroni “la ley penal no es inconstitucional en tanto venga impuesta por la división de Poderes del Estado”.⁵²

Es decir, no son leyes que el Juez de manera subjetiva tenga que completar, sino que se complementan o cierran, según las disposiciones legales contenidas en otras normas jurídicas formalmente formadas, promulgadas y publicadas, de tal manera que los tipos penales en blanco no son inconstitucionales, pero tampoco quiere decir que sean correctos, pues lo ideal es una descripción que no implique la remisión a otra ley o precepto para poder completarlo, lo ideal sería elaborar tipos penales completos dentro del mismo ordenamiento.

4.5 ASPECTOS PRIMARIOS, SECUNDARIOS Y GRAMATICALES PARA LA CREACIÓN DE TIPOS PENALES

Como aspectos primarios, y atendiendo a que el Derecho es una ciencia,

⁵² Zaffaroni, Eugenio “Manual de Derecho Penal parte General” Ed. Cárdenas, Editor, México

como tal debe de atender a principios y sobre todo a métodos para la creación de supuestos jurídicos que responden a las necesidades de una determinada sociedad, pero atendiendo siempre a conceptos de tipo general para toda la legislación.

Por ejemplo en Brasil, en donde al igual que en nuestro país se trata de una federación, pero tiene un Código Penal base para todos los estados que lo conforman y solamente adoptan conceptos que tiene que ver con los factores

sociales, económicos y sociales de esa región.

Consideramos que sería benéfico que siguiendo el Método Científico, primeramente que en la creación de normas penales se establezca el objetivo de la norma penal, una vez establecido el objetivo, se estudie las consecuencias sociales, jurídicas, económicas y en su caso étnicas o consuetudinarias. Posteriormente que se establezcan las hipótesis de solución al problema que se pretende solucionar, y que estas se discutan por verdaderos especialistas en la materia que se pretende regular.

Una vez discutido el problema desde la perspectiva de diversos especialistas, darle forma jurídica tomando en cuenta las hipótesis establecidas, para que entonces un experto en lingüística y gramática se asegure que el sentido que se le está dando al enunciado legal contenga realmente el propósito propuesto en las hipótesis.

Después de lo anterior sería muy sano que se experimentara su aplicación mediante la creación hipotética de casos prácticos, en los cuales tanto el Poder Judicial como el Órgano Ministerial tuvieran oportunidad de aplicarlos sin perjuicio de nadie, y una vez que se analizara toda esta cuestión, entonces someter la iniciativa de ley o de reforma al Poder legislativo para su discusión cuidando que durante esta las modificaciones que pudieran surgir resulten también analizadas por el Poder Judicial.

Como aspectos **secundarios**, es importante atender a diversos factores circundantes a la creación de tipos penales, pueden ser diversos pero principalmente considero que son:

- A) **CULTURALES** Es necesario atender al grupo étnico o social, hacia el cual se va dirigir la prohibición, pues de esta manera se evitará caer en errores de prohibición, como por ejemplo: los indígenas tarahumaras que durante sus ceremonias religiosas utilizan el peyote, lo cual en la Ciudad de México, y dentro del marco de competencia de la autoridad Federal sería un delito contra la salud, si el Tipo Penal ya incluyera la observancia de este aspecto, dentro de su misma redacción podría contener una causa la licitud, que prevea la posibilidad de hacer jurídicas ciertas conductas, que en el caso se revistan de características que sean aplicables a los grupos que se pretendan proteger, así como sus consecuencias jurídicas.
- B) **SOCIALES**: El aspecto social en si mismo implica que se debe de atender a la realidad social que se desarrollo en una determinada comunidad, en donde intervienen factores electorales, económicas y de religión, por ejemplo: se ha institucionalizado donde se miente en estadísticas de criminalidad, donde se miente en cuestiones de economía, sin embargo, se imponen penas por el delito de Falsedad a una ama de casa, porque miente sobre el robo de su teléfono celular, provocando la movilización de toda la maquinaria de procuración y administración de justicia, haciendo que para su persecución, aprehensión se utilicen fondos estatales que bien podrían ser empleados para la investigación, persecución, y administración de justicia en delitos como el secuestro, el robo con violencia, el homicidio, que verdaderamente causan un impacto social serio, de lo que resulta incompresible que el Estado permita que una madre de familia permanezca en el interior de un reclusorio, mientras los verdaderos criminales se encuentran afuera disfrutando de la impunidad que los Tipos penales mal empleados y comprendidos les otorgan.

- C) **HISTORICOS:** No hay que olvidar el pasado y sobre todo los errores, hay que atender a los factores históricos reales que influyen en la creación de la norma jurídico-penal, es increíble que sigan existiendo delitos como el aborto **honoris causa**, homicidio en duelo, que se hable del abandono de expósitos, etc.. Se debe de hacer una análisis de las necesidades históricas de la sociedad, pues actualmente es necesario voltear nuestras miradas hacia los delitos económicos, la manipulación genética, los delitos informáticos, la donación, la fecundación in **vitro**, el genoma humano, toda vez que estas cuestiones realmente causaran transformaciones importantes en nuestro mundo en el marco de la globalización y el avance tecnológico.
- D) **JURÍDICOS:** Se debe de revalorar los bienes jurídicos, para que de esta manera sólo se protejan aquellos que sean realmente importantes, como en aquellos casos en que debido al manejo inadecuado del Tipo Penal, se pretenden cobrar deudas de carácter puramente civil mediante la coacción de un procedimiento penal, violando manifiestamente el Principio de Subsidiariedad, en este sentido conviene intervenir jurídicamente de manera diversa a través de la educación, de la prevención del delito, eliminando en lo posible el Derecho Penal Emergente. Conductas como la utilización indebida de la vía pública merecen que mejor se atienda a sus causas y no a la imposición de una pena, la bigamia solo debería implicar una fuerte sanción civil, el estupro, que sólo ha provocado una gran incidencia de matrimonios forzados, que como consecuencia traen dificultades del orden familiar, que en muchos casos derivan en un daño de la célula básica de la sociedad, en delitos como el abandono de hijos o la violencia familiar, que causan mas daños que la conducta misma de tener relaciones con una persona mayor de doce años y menor de dieciocho, pues en muchos casos no ha habido embarazos de por medio, sin descuidar por supuesto la responsabilidad civil que pueda surgir de la concepción de un nuevo ser humano, en caso de que esta se llegue a dar.

E) DE PROTECCIÓN A LOS FINES DEL ESTADO: El Estado como entidad autónoma de la sociedad, debe proteger sus funciones a través de normas que realmente sean estudiadas a conciencia, para que una vez que se establezcan los puntos de riesgo, en las distintas ramas y funciones que integran el conjunto llamado Estado, se ofrezca una verdadera protección jurídica a sus instituciones, pues resulta inverosímil que el peculado en materia Federal no sea considerado delito grave, cuando realmente en algunos casos causa mas daño que un robo calificado, que en tal ordenamiento si resulta ser considerado delito grave.

Es necesario analizar todo el aparato estatal a fin de no dejar salvos los derechos de personas que atenta contra el sistema financiero de manera impune, por no estar tipificadas a través de un análisis exhaustivo de las conductas delictivas que realmente ponen en riesgo la economía y la estabilidad social del país.

Dentro de los que considero factores GRAMATICALES, encontramos los problemas de gramática, redacción y sintaxis en la elaboración de los Tipos Penales, toda vez que hasta este momento el uso de la lengua, sigue siendo el medio de comunicación por excelencia, de lo que resulta necesario que se estudie perfectamente el sentido que se le pretende dar al Tipo Penal, y se analice la redacción del Tipo Penal, hasta que le de una redacción clara y sin reticencias o términos que puedan causar confusión o interpretaciones encontradas, pues recordemos que el Tipo Penal es un Principio de Seguridad Jurídica, que implica la estricta aplicación de las normas penales, por lo que resulta importante que se cuide en la redacción de los supuestos jurídicos el verdadero sentido que se le pretende dar, pues una coma, un punto, un acento pueden hacer la diferencia en su interpretación y por consecuencia su aplicación.

Si bien es cierto que la norma jurídico-penal está hecha para ser aplicada por juristas, también lo es que los verdaderos destinatarios de la norma son los

que no son juristas, resulta importante que en la redacción y estructura gramatical se empleen términos que no sean rebuscados y que sean de fácil comprensión para la población promedio, y que den lugar a una interpretación lógica del precepto, para no abusar de los criterios jurisprudenciales, que a veces sólo complican lo que parecía un principio derivado de una comprensión clara de la norma penal.

Se debe tomar en cuenta todos estos factores para la elaboración de Tipos Penales, de donde se desprende que para la realización de tipos penales adecuados, las legislaturas deben ser multidisciplinarias y deben de dotarse de sociólogos, juristas, biólogos, politólogos, ingenieros, médicos, etc., dependiendo del sentido que se le pretende dar a la norma, y el bien jurídico que se pretenda proteger.

Se debe pensar y hacer conciencia en que todos podemos llegar a ser sujetos de Derecho Penal, o nuestra familia o algún amigo, por lo que es necesario atender verdaderamente al bienestar social, y no a la revancha política, al cobro de deudas de carácter civil, al odio social, a la venganza particular para la creación y aplicación de tipos penales, es verdad que también se debe de tomar en cuenta y dejar salvos los derechos de la víctima de un delito, pero sólo se debe recurrir al Derecho Penal en aquellos casos en que sea imposible llegar a la satisfacción de sus respectivos intereses por otra vía.

La creación de Tipos Penales debe tender a la prevención general, a que la amenaza punible cumpla con la labor educativa que le confiere el artículo 18 Constitucional, y que al verdadero criminal se le debe de reeducar y resocializar, dándole una nueva oportunidad, para que una vez que le ha sido aplicado el castigo, pueda volver a la sociedad siendo útil y armónico con la misma y retribuya en beneficios el daño que haya producido.

El Tipo Penal debe tener una verdadera función motivadora de conductas apegadas a Derecho, y debe de fomentarse su aplicación objetiva y subsidiaria, buscando una aplicación justa, entendiendo por justicia el concepto aristotélico de la justicia distributiva de “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”, en conjunción con la fórmula de Ulpiano “IUSTITIA EST CONSTANT AI PERTUAM VOLUNTAS SUUUM CUIQUE TRIBUENDI”

El Tipo penal debe de atender a los principios de un Estado de Derecho, Social y Democrático, pues es fundamento de los ideales constitucionales de libertad, igualdad y seguridad jurídica a los que todo mexicano debe de aspirar.

El Tipo penal tiene que ser apreciado desde su contexto, con responsabilidad y objetividad, y aplicando de manera correcta atendiendo al valor moral conocido como empatía, y buscando su verdadero propósito.

PROPUESTA

El Tipo penal no es otra cosa que una oración gramatical, que va dirigida a manera de mandato hacia los gobernados en un Estado de Derecho Social y Democrático, con el fin de dirigir conductas, hacía los objetivos últimos del Estado, es un medio de Control Social, del que se vale el estado para poder orientar los aspectos sociales de una determinada comunidad.

Es por eso que cuando se crea un Tipo Penal es necesario atender a diversos aspectos, los cuales me permitiré enumerar a modo de guía para la creación de Tipos Penales más justos, y que no permitan, o por lo menos no admitan errores o diversidad de criterios en su interpretación, máxime si analizamos el momentos histórico por el que estamos pasando, en el que la creación de nuevas conductas alteran el orden armónico de la sociedad, y que hace tan sólo algunos años sólo sucedían en las películas de ciencia-ficción, situaciones creadas por el desarrollo tecnológico, que inclusive pueden dar lugar al reconocimiento de nuevos derechos naturales que deberán ser protegidos de manera Constitucional.

Un ejemplo claro de este tipo de conductas, sin las manipulaciones genéticas, que hacen sobre los granos algunas empresas, y que pretenden a futuro crear una semilla estéril, con el fin de monopolizar y controlar el mercado de granos a escala mundial, pues será necesario comprar el producto de esas empresas para poder producir cierto producto, por lo que será necesario proponer dentro de la Constitución el derecho a producir semillas que permitan obtener nuevos frutos que aseguran las supervivencia de los grupos sociales que no puedan pagar por las semillas “mejoradas”.

Es por eso que mi propuesta es atender a ciertos aspectos que llamaré primarios, secundarios y gramaticales para la creación de Tipos Penales e incluso

para la creación de un nuevo Código Penal que adopte esta forma de creación de Tipos en cuanto a su elaboración y redacción.

Como aspectos primarios, y atendiendo a que el Derecho es una ciencia, como tal debe atender a principios y sobre todo a métodos para la creación de supuestos jurídicos que responden a las necesidades de una determinada sociedad, pero atendiendo siempre a conceptos de tipo general para toda la legislación.

Por ejemplo en Brasil, en donde al igual que en nuestro país se trata de una federación, pero tiene un Código Penal base para todos los estados que lo conforman y solamente adoptan conceptos que tienen que ver con los factores sociales, económicos y sociales de esa región.

Consideramos que sería benéfico que siguiendo el Método Científico, primeramente que en la creación de normas penales se establezca el objetivo de la norma penal, una vez establecido el objetivo, se estudie las consecuencias sociales, jurídicas, económicas y en su caso étnicas o consuetudinarias. Posteriormente que se establezcan las hipótesis de solución al problema que se pretende solucionar, y que estas se discutan por verdaderos especialistas en la materia que se pretende regular.

Una vez discutido el problema desde la perspectiva de diversos especialistas, darle forma jurídica tomando en cuenta las hipótesis establecidas, para que entonces un experto en lingüística y gramática se asegure que el sentido que se le está dando al enunciado legal contenga realmente el propósito propuesto en las hipótesis.

Después de lo anterior sería muy sano que se experimentara su aplicación mediante la creación hipotética de casos prácticos, en los cuales tanto el Poder Judicial como el Órgano Ministerial tuvieran oportunidad de aplicarlos sin perjuicio de nadie, y una vez que se analizara toda esta cuestión, entonces someter la iniciativa de ley o de reforma al Poder legislativo para su discusión cuidando que

durante esta las modificaciones que pudieran surgir resulten también analizadas por el Poder Judicial.

Como aspectos **secundarios**, es importante atender a diversos factores circundantes a la creación de tipos penales, pueden ser diversos pero principalmente considero que son:

- A) **CULTURALES** Es necesario atender al grupo étnico o social, hacia el cual se va dirigir la prohibición, pues de esta manera se evitará caer en errores prohibición, como por ejemplo: los indígenas tarahumaras que durante sus ceremonias religiosas utilizan el peyote, lo cual en la Ciudad de México, y dentro del marco de competencia de la autoridad Federal sería un delito contra la salud, si el Tipo Penal ya incluyera la observancia de este aspecto, dentro de su misma redacción podría contener una causa la licitud, que prevea la posibilidad de hacer jurídicas ciertas conductas, que en el caso se revistan de características que sean aplicables a los grupos que se pretendan proteger, así como sus consecuencias jurídicas.
- B) **SOCIALES**: El aspecto social en si mismo implica que se debe de atender a la realidad social que se desarrollo en una determinada comunidad, en donde intervienen factores electorales, económicas y de religión, por ejemplo: se ha institucionalizado donde se miente en estadísticas de criminalidad, donde se miente en cuestiones de economía, sin embargo, se imponen penas por el delito de Falsedad a una ama de casa, porque miente sobre el robo de su teléfono celular, provocando la movilización de toda la maquinaria de procuración y administración de justicia, haciendo que para su persecución, aprehensión se utilicen fondos estatales que bien podrían ser empleados para la investigación, persecución, y administración de justicia en delitos como el secuestro, el robo con violencia, el homicidio, que verdaderamente causan un impacto social serio, de lo que resulta incompresible que el Estado permita que una madre de familia permanezca en el interior de un reclusorio, mientras los

verdaderos criminales se encuentran afuera disfrutando de la impunidad que los Tipos penales mal empleados y comprendidos les otorgan.

- C) **HISTORICOS:** No hay que olvidar el pasado y sobre todo los errores, hay que atender a los factores históricos reales que influyen en la creación de la norma jurídico-penal, es increíble que sigan existiendo delitos como el aborto **honoris causa**, homicidio en duelo, que se hable del abandono de expósitos, etc.. Se debe de hacer una análisis de las necesidades históricas de la sociedad, pues actualmente es necesario voltear nuestras miradas hacia los delitos económicos, la manipulación genética, los delitos informáticos, la donación, la fecundación in **vitro**, el genoma humano, toda vez que estas cuestiones realmente causaran transformaciones importantes en nuestro mundo en el marco de la globalización y el avance tecnológico.
- D) **JURÍDICOS:** Se debe de revalorar los bienes jurídicos, para que de esta manera sólo se protejan aquellos que sean realmente importantes, como en aquellos casos en que debido al manejo inadecuado del Tipo Penal, se pretenden cobrar deudas de carácter puramente civil mediante la coacción de un procedimiento penal, violando manifiestamente el Principio de Subsidiariedad, en este sentido conviene intervenir jurídicamente de manera diversa a través de la educación, de la prevención del delito, eliminando en lo posible el Derecho Penal Emergente. Conductas como la utilización indebida de la vía pública merecen que mejor se atienda a sus causas y no a la imposición de una pena, la bigamia solo debería implicar una fuerte sanción civil, el estupro, que sólo ha provocado una gran incidencia de matrimonios forzados, que como consecuencia traen dificultades del orden familiar, que en muchos casos derivan en un daño de la célula básica de la sociedad, en delitos como el abandono de hijos o la violencia familiar, que causan mas daños que la conducta misma de tener relaciones con una persona mayor de doce años y menor de dieciocho, pues en muchos casos no ha habido embarazos de por

medio, sin descuidar por supuesto la responsabilidad civil que pueda surgir de la concepción de un nuevo ser humano, en caso de que esta se llegue a dar.

E) DE PROTECCIÓN A LOS FINES DEL ESTADO: El Estado como entidad autónoma de la sociedad, debe proteger sus funciones a través de normas que realmente sean estudiadas a conciencia, para que una vez que se establezcan los puntos de riesgo, en las distintas ramas y funciones que integran el conjunto llamado Estado, se ofrezca una verdadera protección jurídica a sus instituciones, pues resulta inverosímil que el peculado en materia Federal no sea considerado delito grave, cuando realmente en algunos casos causa mas daño que un robo calificado, que en tal ordenamiento si resulta ser considerado delito grave.

Es necesario analizar todo el aparato estatal a fin de no dejar salvos los derechos de personas que atenta contra el sistema financiero de manera impune, por no estar tipificadas a través de un análisis exhaustivo de las conductas delictivas que realmente ponen en riesgo la economía y la estabilidad social del país.

Dentro de los que considero factores GRAMATICALES, encontramos los problemas de gramática, redacción y sintaxis en la elaboración de los Tipos Penales, toda vez que hasta este momento el uso de la lengua, sigue siendo el medio de comunicación por excelencia, de lo que resulta necesario que se estudie perfectamente el sentido que se le pretende dar al Tipo Penal, y se analice la redacción del Tipo Penal, hasta que le de una redacción clara y sin reticencias o términos que puedan causar confusión o interpretaciones encontradas, pues recordemos que el Tipo Penal es un Principio de Seguridad Jurídica, que implica la estricta aplicación de las normas penales, por lo que resulta importante que se cuide en la redacción de los supuestos jurídicos el verdadero sentido que se le pretende dar, pues una coma, un punto, un acento pueden hacer la diferencia en su interpretación y por consecuencia su aplicación.

Si bien es cierto que la norma jurídico-penal está hecha para ser aplicada por juristas, también lo es que los verdaderos destinatarios de la norma son los que son juristas, resulta importante que en la redacción y estructura gramatical se empleen términos que no sean rebuscado y que sean de fácil comprensión para la población promedio, y que den lugar a una interpretación lógica del precepto, para no abusar de los criterios jurisprudenciales, que a veces sólo complican lo que parecía un principio derivado de una comprensión clara de la norma penal.

Se debe tomar en cuenta todos estos factores para la elaboración de Tipos Penales, de donde se desprende que para la realización de tipos penales adecuados, las legislaturas deben ser multidisciplinarias y deben de dotarse de sociólogos, juristas, biólogos, politólogos, ingenieros, médicos, etc., dependiendo del sentido que se le pretende dar a la norma, y el bien jurídico que se pretenda proteger.

Se debe pensar y hacer conciencia en que todos podemos llegar a ser sujetos de Derecho Penal, o nuestra familia o algún amigo, por lo que es necesario atender verdaderamente al bienestar social, y no a la revancha política, al cobro de deudas de carácter civil, al odio social, a la venganza particular para la creación y aplicación de tipos penales, es verdad que también se debe de tomar en cuenta y dejar salvos los derechos de la víctima de un delito, pero sólo se debe recurrir al Derecho Penal en aquellos casos en que sea imposible llegar a la satisfacción de sus respectivos intereses por otra vía.

La creación de Tipos Penales debe tender a la prevención general, a que la amenaza punible cumpla con la labor educativa que le confiere el artículo 18 Constitucional, y que al verdadero criminal se le debe de reeducar y resocializar, dándole una nueva oportunidad, para que una vez que le ha sido aplicado el castigo, pueda volver a la sociedad siendo útil y armónico con la misma y retribuya

en beneficios el daño que haya producido.

El Tipo Penal debe tener una verdadera función motivadora de conductas apegadas a Derecho, y debe de fomentarse su aplicación objetiva y subsidiaria, buscando una aplicación justa, entendiendo por justicia el concepto aristotélico de la justicia distributiva de “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”, en conjunción con la fórmula de Ulpiano “IUSTITIA EST CONSTANT AI PERTUAM VOLUNTAS SUUUM CUIQUE TRIBUENDI”

El Tipo penal debe de atender a los principios de un Estado de Derecho, Social y Democrático, pues es fundamento de los ideales constitucionales de libertad, igualdad y seguridad jurídica a los que todo mexicano debe de aspirar.

El Tipo penal tiene que ser apreciado desde su contexto, con responsabilidad y objetividad, y aplicando de manera correcta atendiendo al valor moral conocido como empatía, y buscando su verdadero propósito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- “Constitución no sólo es un problema de derecho, sino de factores reales de poder que se manifiestan en los ámbitos económico, político, cultural y religioso; estos factores son ponderables según el momento histórico, político y económico que se esté viviendo. Por lo que una Constitución no sólo contiene normas jurídicas generales que regulan la legislación, sino también se refiere a otros objetos políticamente importantes, que la doctrina ha llamado “decisiones fundamentales“ y son los principios básicos proclamados en la Constitución que se expresan de manera ideológico normativa, y en obediencia a estas decisiones fundamentales se fijan las normas básicas que no tienen este carácter.

SEGUNDA.- Constitución es un ordenamiento escrito, basado en decisiones políticas fundamentales que son consecuencia de factores reales de poder derivados del momento histórico, político, cultural y económico que viva una determinada sociedad, de acuerdo a su forma de gobierno, y de la cual emanan primeramente principios básicos de Derecho a los que obedecen normas constitucionales secundarias y en segundo lugar de estas normas derivan leyes secundarias.

TERCERA.- Hay normas que regulan la producción de otra norma; las primeras serán las normas superiores; y esas normas primarias o fundamentales

se encuentran en un documento escrito conocido como Constitución de la Nación, emanan de un poder constituyente y original; es decir de la conjunción de factores reales de poder y decisiones políticas fundamentales emanadas de un Congreso originario que define por vez primera la manera en que éstas se plasmaran en el documento escrito, el artículo 133 Constitucional, define a la constitución como ley suprema. La constitución, al contener normas supremas de observancia obligatoria con base en decisiones políticas fundamentales; a su vez, también limita el poder del Estado, obligándolo a respetar las esferas jurídicas individuales de los gobernados, limitando de esta manera el poder punitivo del Estado.

CUARTA.- El Derecho Penal es una rama estrechamente ligada a la Constitución, pues es esta la norma que define y escoge los valores a los que ha de servir el ordenamiento. Específicamente es de suma importancia el principio de legalidad, (muy ligado con el concepto de tipo penal), derivado de la máxima de Derecho Penal: “nullum poena sine lege”.

QUINTA.- El Sistema Jurídico Mexicano se caracteriza por la supremacía constitucional y por la salvaguarda de las garantías constitucionales contenidas en la parte dogmática del máximo ordenamiento legal. Por lo que es un imperativo en los sistemas políticos actuales garantizar en todo momento la correcta y justa relación entre gobernados y órganos del Estado. La Constitución determina las bases de un Estado de Derecho, que en nuestro caso es un Estado de Derecho Social y Democrático, que a su vez tutela una serie de bienes jurídicos fundamentalmente importantes para la supervivencia del Estado y reconocen

principios que la dotan de seguridad y certeza, limitando la capacidad de imperio del Estado. Por lo que la Constitución determina las bases de un Estado de Derecho, que en nuestro caso es un Estado de Derecho Social y Democrático que a su vez tutela una serie de bienes jurídicos fundamentalmente importantes para la supervivencia del Estado y reconocen principios que la dotan de seguridad y certeza, limitando la capacidad de imperio del Estado. Por lo que la Constitución prohibiendo la intervención arbitraria del Estado en contra de los derechos fundamentales de los individuos, enunciados como un mínimo de libertades que debe poseer el individuo para su total desarrollo, tiene a bien enunciar una serie de garantías individuales en materia penal, que son un reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre.

SEXTA.- El Estado de Derecho Social busca teniendo como sistema de Derecho Penal a un sistema que atiende al principio de prevención general, busca prevenir el delito mediante una amenaza general con el fin de que no sólo un individuo sino la comunidad completa se conduzcan de acuerdo a lo que determina la norma en virtud de existir una amenaza punible de gravedad. En consecuencia nuestra Constitución integró al mismo tiempo al Estado Político con sus funciones públicas y le asignó nuevas funciones sociales surgiendo de esta manera el Estado de Derecho Social, con poderes sociales que ejercen en el campo de su ministerio funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales, esencialmente sociales.

SÉPTIMA.- Si una ley es universalmente aplicable esto determina al Estado

desde dos puntos de vista por un lado limita su poder de control social y por otro lado determina una garantía de seguridad jurídica a los gobernados en virtud de que sabe hasta donde llegan sus derechos y la manera en que el Estado los protege, sin embargo, también es inherentemente restrictiva de la libertad, por eso es sumamente importante mantener a la ley dentro de límites adecuados para que no se convierta en instrumento de abuso sujeto al poder discrecional del Estado; por lo que si algo está prohibido lo está para todos, y de ahí se deriva precisamente la máxima del Derecho, de que el gobernado puede hacer todo lo que no está prohibido, entendiendo por prohibido todo lo que dispone una norma impuesta por el Estado a efecto de impedir que los particulares realicen conductas en contra de su objeto o fin; y de allí también deriva el principio de que el Estado únicamente puede hacer lo que la Ley le determine.

OCTAVA.- La razón de que nuestro sistema penal se base en el Derecho Penal de acto se debe a que es el único que puede ser controlado y limitado democráticamente; el derecho penal de autor se fundamenta en determinadas características de la persona, de las que la mayoría de las veces ésta no es responsable, pues se trata de características de orden físico o genético. De la idea de un Derecho Penal de acto se deduce que por encontrar fundamento en un Estado de Derecho Social y Democrático no se puede castigar al individuo en su esfera de pensamiento, y tampoco la completa decisión de delinquir, en tanto no se exteriorice su voluntad de actuar. La norma penal debe ser la *ULTIMA RATIO* en la solución de controversias entre el Estado y los particulares, o entre los particulares mismos, la norma penal debe ser acorde al Estado de Derecho, y al tipo de gobierno que tenga un Estado y debe ser congruente con la idiosincrasia del pueblo, con los aspectos religiosos, con su economía, y sobretodo debe tender a la educación, para poder evitar conductas que resulten después en daños serios al Orden social o Estatal. La norma penal es un mensaje prescriptivo, que

prescribe actuar en determinado sentido. Los enunciados legales constituyen el vehículo de expresión de las normas legales a cuya clase pertenecen las normas jurídicas penales, es la manera en que se trata crear un lenguaje común que sea accesible tanto a los gobernados como a las autoridades intervinientes en el procedimiento penal; sin embargo, un enunciado legal no necesariamente contiene una norma jurídico-penal pues puede simplemente contener preceptos de orden normativo, que no implican la descripción de una conducta prohibida, sino que dan estructura a la ley y describen una serie de reglas generales para su aplicación.

NOVENA.- El Derecho Penal al constituirse como un medio de control social, pretende por medio de una amenaza punible, regir las conductas de los individuos que pertenecen a un Estado, y al hacerlo condiciona el desarrollo de la sociedad, en aras de sus objetivos. Es por esto que en atención a los principios de seguridad jurídica y legalidad, consagrados en nuestra norma superior se define en una ley que conductas son socialmente indeseables, otorgando al legislador la facultad de que por medio de descripciones legales, tipifique tales conductas. Estas conductas descritas en una norma escrita, se denominan Tipos Penales, y atienden también al principio Nullum Poene sine Lege, los cuales tienen que ser acatados en el más estricto de los sentidos. El legislador, para poder realizar la tipificación de un hecho en la norma, es necesario que tome en cuenta los principios de igualdad, de legalidad, de ofensividad, de adecuación y de culpabilidad, además de tomar en cuenta los factores Socioculturales del grupo de gobernados hacia el cual va a ir dirigido el Tipo Penal.

DÉCIMA.- El Tipo Penal debe ser claro y preciso para evitar errores en su aplicación, y porque debido a esa falta de exactitud es que en nuestro actual Código Penal surgen los más diversos errores en la comprensión de sus elementos cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial tratan de integrarlos dentro de una Averiguación Previa o un Proceso. Si hay un lenguaje común en la redacción de los tipos penales, existe entonces seguridad jurídica.

DÉCIMO PRIMERA.- El Tipo representa un límite para el Poder punitivo del Estado, ya que de esta manera garantiza al gobernado que el Estado, en tanto no se sitúe en la hipótesis normativa, y que si la conducta del gobernado se adecua al supuesto jurídico, tendrá que afrontar las consecuencias de Derecho; y en este sentido es una Garantía, que en nuestro caso se eleva a norma Constitucional en su artículo 14.

DÉCIMO SEGUNDA.- El Tipo Penal es mucho más que un enunciado gramatical que describe la realización de una determinada conducta es la limitante del poder estatal en contra de un gobernado y es la norma que pretende dirigir las conductas de los gobernados hacia el fin social del Estado de Derecho.

DÉCIMO TERCERA.- Los elementos normativos del tipo dependen de una valoración, es decir, dependen de la apreciación subjetiva del Juez, por lo que consideramos que los elementos normativos, son riesgosos, pues cada autoridad que tenga contacto con ellos le puede dar distintos sentidos o significados a la misma palabra, cambiando por completo el criterio de interpretación, tan es así que con frecuencia en la vida práctica, las Averiguaciones Previas que son consignadas por el Ministerio Público, en ocasiones queda bajo los efectos del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal al no poder obsequiar los jueces la Orden de Aprehensión o comparecencia correspondiente, en virtud de que el Representante Social le ha dado un sentido diferente al delito, con base en la interpretación. Se debe de pensar en la creación de tipos penales que no den lugar a conceptos multívocos, pues esto es una causa de inseguridad jurídica muy importante, es por eso que en la redacción de tipos penales se debe aclarar que se debe entender por los conceptos que pudieran tener problemas en

cuanto al sentido que le pretende dar a la norma, la conducta que pretende punir, y la interpretación judicial de la misma.

DÉCIMO CUARTA.- el Derecho, en cuanto al tipo penal, no tiene otro fin más que el de regular y atender a los principios de seguridad jurídica y legalidad, por lo tanto en este aspecto el derecho describe conductas y obliga en el caso de nuestro sistema penal a no realizar tales conductas porque de hacerlo se puede sancionar con una pena.

DÉCIMO QUINTA.- La seguridad jurídica es la limitante que tiene el estado como un todo de poder sobre los gobernados, imponiendo márgenes de actuación a su capacidad de imperio, y por otro lado también dota al gobernado de límites hasta donde puede llegar en el ejercicio de su libertad individual creando un equilibrio sano para la sociedad y los individuos. Sin embargo, la seguridad jurídica tiene una función que es la de regular conductas, con el propósito de erradicar las que son dañinas para la sociedad y que van en contra del orden armónico de la comunidad, de esta manera describe delitos en la norma con el fin de motivar a los gobernados para que se conduzcan conforme a Derecho, utilizando como medio de coerción la imposición de una pena, pero es aquí precisamente donde entra el principio de seguridad jurídica porque si bien es cierto que el Estado regula conductas por medio de normas, también es cierto que no todas las conductas que regula son motivo de una sanción penal, así tenemos por ejemplo el caso de la imposición de una sanción administrativa correspondiente a pasarse una luz roja del semáforo, ejemplo que cae dentro de la esfera del Derecho Administrativo.

DÉCIMO SEXTA.- El Derecho penal como medio de control social tiende a evitar la realización de conductas sociales que afecten de manera importante el orden armónico de la sociedad; es una forma de control social tan importante que ha sido monopolizada por el Estado, es por eso que el poder punitivo sólo puede

ejercerse con lo previsto en determinadas normas legales, las cuales en un Estado democrático de Derecho deben de estar establecidas con anterioridad a la conducta considerada antisocial por los representantes del pueblo, pues estos con base en la idiosincrasia, cultura, educación, factores climáticos, geográficos e históricos determinan con la mayor precisión posible las acciones que pueden ser constitutivas de delito, que sanciones se merecen los que las realicen, determinándose entonces la pena como el instrumento coercitivo por parte del Estado para intimidar a los gobernados de manera que estos se conduzcan de acuerdo al orden social establecido hasta ese momento. De esta manera, la pena es el medio de control social que mediante una amenaza (tipo) coacciona a los gobernados para que cumplan con el orden normativo, con el fin de mantener el orden armónico de la sociedad, y castigar a quien se hay atrevido a violar este orden normativo impuesto por la intimidación punible. La pena no puede perseguir otro objetivo que no sea la seguridad jurídica teniendo este presupuesto como fin de la pena, y teniendo como fin el prevenir futuras conductas delictivas.

DÉCIMO SÉPTIMA.- El Derecho penal se puede fundar en diversos ordenes políticos, pero partiendo de una concepción estatal, social y democrática, debemos entender que el Estado de Derecho impone el sometimiento de la potestad punitiva del Estado al Derecho, lo que deriva el principio de legalidad. La idea del Estado social sirva para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad, la concepción del Estado democrático obliga a poner al Derecho penal al servicio del ciudadano y también garantiza su seguridad jurídica. Tenemos entonces que el Derecho penal es un instrumento de control social formalizado y reúne una serie de garantías que proporcionan seguridad jurídica a los gobernados. El sistema penal es la forma de control social que se ha institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo aunque este discurso se ha tratado de disfrazar como formas de readaptación social, no obstante y de manera incorrecta el Derecho Penal sólo ocupa una pequeña pero muy importante parte dentro del campo del control social.

DÉCIMO OCTAVA.- La Teoría del Delito no estudia los elementos de cada uno de tipos de delito, sino los componentes del delito. La teoría del delito se viene a convertir en un medio de control, en virtud de que en atención a los elementos positivos del delito, si no existe alguno de éstos elementos, que son la conducta, la tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, en ocasiones condiciones objetivas y la punibilidad, se excluye al delito, y esto viene a crear seguridad jurídica al gobernado, es decir, el estudio de cada uno de los aspectos positivos del delito, en cualquier tipo penal, crea seguridad jurídica en el gobernado; pues al no concurrir uno de los elementos positivos del delito se excluye el mismo, viene a dotar de racionalidad y ética al derecho penal, pues únicamente la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, en ocasiones dotada de condicionalidad objetiva, y punible puede ser considerada como delito; si falta alguno de los elementos positivos no estaremos en presencia de un delito.

BIBLIOGRAFIA

Acosta Romero, Miguel, "Teoría General del Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, México. 2000

Alzaga, Oscar, "La Defensa de los Derechos Ciudadanos", Consejería Jurídica y de Servicios Legales, del Gobierno del Distrito Federal, México 2000.

Antolisei, Francesco, "Manual de Derecho Penal", Ed. Uthea Argentina 1960.

Bacigalupo, Enrique, "Estudio de Derecho Penal y Política Criminal", Ed. Cárdenas Editor,. México, 1988.

Beristain, Antonio, "El Delincuentes en el Estado Social de Derecho", Ed. Resus, S.A. España 1971.

Bodenheimer, Edgar, "Teoría del Derecho", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Carbonell Mateu, Juan Carlos, "Concepto de Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch España 1996.

Carnelutti, Francesco, "Las Miserias del Proceso Penal", Ed. Temis, SA. Colombia 1993.

Cerroní, Humberto "Reglas y Valores en la Democracia", Ed. Alianza, México 1991.

Curi Breña, "Los Fines del Derecho", Ed. UNAM, México, 1991.

Ferrajoli, Luigi "Corrupción y Estado de derecho, el papel de la Jurisdicción", Ed. Bosch, España 1995.

Ferrajoli, Luigi "El Estado Constitucional de Derecho Hoy", Ed. Bosch, España

1995.

Guerrero, Omar, "La Secretaría de Justicia y el Estado de Derecho en México", Ed. Universidad Autónoma de México, México 1996.

Islas, Olga y Ramírez, Elpidio "El Sistema Procesal Penal en la Constitución", Ed. Porrúa, S.A., México 1979.

Jardín André "Historial del Liberalismo Político", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1912.

Jiménez de Asúa, Luis "La Ley y el Delito (Curso de Dogmática Penal)", Ed. Bello, Andrés, Caracas 1945.

Jiménez de Asúa, Luis "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, S.A., Argentina 1956.

Jiménez Huerta, Mariano "Derecho Penal Mexicano (Tomo I)", Ed. Porrúa, S.A. México 2003.

Jiménez Huerta Mariano "La Tipicidad", Ed. Porrúa, SA. México 1955.

Kaufmann, Armin "Teoría de las Normas", Ed. De palma, Argentina 1977.

Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Ed. Porrúa México, 2006.

Lasalle, Ferdinand, "Qué es una Constitución", Ed Ediciones Coyoacán, México, 1995

López Betancourt, Eduardo, "Teoría del Delito", Ed. Porrúa, Segunda Edición, México, 2004.

Lucas Verdú, Pablo "Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho", Ed. Universidad de Salamanca, España, 1994.

- Luna Castro, José Nieves, El concepto de Tipo Penal en México, Ed. Porrúa, Segunda Edición, México, 2007.
- Maggiore, Giuseppe "El Derecho Penal", Ed. Themis, Bogotá 1989
- Melossi, Dario "El Estado del Control Social", Ed. Siglo Veintiuno Editores, México 1992.
- Mezger, Edmundo "Tratado de Derecho Penal", Revista de Derecho Privado, España 1955.
- Mir Puig, Santiago "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático (Parte 1, Parte II)" Ed. Ariel, S.A., España, 1994.
- Mir Puig, Santiago "Derecho Penal Parte General" ~ Edición Corregida y puesta al día. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. España 2003.
- Muñoz Conde Francisco "Teoría General del Delito", Ed. Temis, S.A., Colombia 2008.
- Muñoz Conde Francisco "Derecho Penal", Ed. Tirant Lo Blanch, España 2006.
- Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes "Derecho Penal Parte General" Ed. Tirant lo Blanch, España 1996.
- Neumann, Franz "El Estado Democrático y el Estado Autoritario", Ed. Paidós, México 1994.
- Orea Ochoa, Sara Patricia, "La Defensa de los Derechos de los Ciudadanos", Consejería Jurídica del Gobierno del Distrito Federal, México, 2002.
- Ortiz Urquidi, Raúl, "Derecho Civil", Ed. Porrúa , S.A, México, 1992

Preciado Hernández, Rafael, "**Lecciones de Filosofía del Derecho**", Ed. UNAM, México, 1984

Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Vol. I Ed. Porrúa, décimo octava Edición, México, 2007.

Rábasa Emilio "El Artículo 14 y el Juicio Constituciones (Orígenes, Teoría y extensión)", Ed. Porrúa, S.A. México, 2008.

Ramírez Fonseca, Francisco "Manual de Derecho Constitucional", Ed. Porrúa, S.A. México, 1967.

Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, S.A. México, 2006.

Rípollés, M. Quintano "Curso de Derecho Penal" Revista de Derecho Privado España, 1963.

Roxin Claus "Teoría del Tipo Penal", Ed. Palma Buenos Aires, Argentina 1979.

Roxin, Claus "Derecho Penal Parte General (Tomo 1, Tomo II)", Ed. Civitas, S.A., Universidad de Munich, Alemania 2005.

Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos "El Estado del Derecho", Instituto de Proposiciones Estratégicas, A.C., México, 1996.

Tena Ramírez, Felipe "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, S.A. México, 2008.

Trueba Urbina, Alberto "La Primera Constitución político-social del Mundo (Teoría y Proyección)", Ed. Porrúa, S.A, México 1971.

V. Castro, Juventino "Lecciones de Garantía y Amparo", Ed. Porrúa, S.A. México

2004.

Verdú, Pablo Lucas "Estado Liberal del Derecho y Estado Social del Derecho", Universidad de Salamanca, España 1955.

Villoro Toranzo, Miguel, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa S.A , México, 2007.

Von Liszt, Franz, "Tratado de Derecho Penal", Instituto Editorial Reus, Madrid 1952.

Von Liszt, Franz, "La Idea de Fin en el Derecho Penal", Universidad de Valparaíso, Chile, Chile 1994.

Zaffaroni, Eugenio "Manual de Derecho Penal", Editorial Cárdenas editores, México, distrito Federal, México 2006.

Zaffaroni, Eugenio "Tratado de Derecho Penal", Editorial Cárdenas editores, México, distrito Federal, México 2005.