



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**UNA REVISIÓN PROPOSITIVA DE LA PARTE
GENERAL DEL DERECHO PENAL**

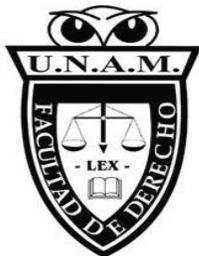
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

ANA KAREN VIVIANA OROZCO CALVO



ASESOR:
DR. MIGUEL ÁNGEL GRANADOS ATLACO.

CIUDAD UNIVERSITARIA, CDMX.
2017.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/SP/35/5/2017
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS**

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

La alumna: **ANA KAREN VIVIANA OROZCO CALVO**, con No. de Cuenta: **306037737**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. MIGUEL ÁNGEL GRANADOS ATLACO**, la tesis profesional titulada "**UNA REVISIÓN PROPOSITIVA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL.**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

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

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis: "**UNA REVISIÓN PROPOSITIVA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna: **ANA KAREN VIVIANA OROZCO CALVO**.

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

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

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 30 de mayo de 2017

MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA
DIRECTOR DEL SEMINARIO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

DEDICATORIAS

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

Más que mi casa te has convertido en una parte insoslayable de mi alma, eres ese todo que acrisoló el mundo y abrió el espectro que ha sabido cobijar cada minuto de mis días entre sus aulas.

A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

La que me recibió con gran ímpetu, refugiándome sedienta de conocimiento, eres el espacio sublime donde nace la esperanza, espero ser una digna representante de tu grandeza.

A MIS MAESTROS DE LA CARRERA

Los que dejaron una huella imborrable, clase a clase me ayudaron a conocer más del universo jurídico y se ganaron mi aprecio como verdaderos docentes.

Dr. Carlos Arellano García †.

Lic. Arturo Luis Cossío Zazueta.

Dr. Everardo Moreno Cruz.

Lic. Jesús Anlen López.

Lic. José Alberto Moreno de Anda.

Dr. Javier Romo Michaud.

Mtro. Arturo Berumen Campos.

Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz.

Lic. Sara Arellano Palafox.

Dra. Sara Bialostosky Barshavsky †.

Dr. Francisco Venegas Trejo.

Dr. Eduardo López Betancourt.

Dra. Emma Mendoza Bremauntz.

Lic. Agustín Alanís y Fuentes.

Dr. José Pedro Peñaloza.

Mtro. Óscar O. Moguel Ballado.

Dra. Elena Ruth Guzmán.

Mtra. Blanca Rosalía Fernández.

A MI DIRECTOR DE TESIS

DR. MIGUEL ÁNGEL GRANADOS ATLACO.

Gracias por cada momento y hacerme ver que el mundo es del tamaño que queremos.

A ti, maestro del alma y la persona que inició el gran paradigma en mi vida, por haber compartido conmigo gran parte de tu conocimiento y ser parte insoslayable de mi vida académica.

**A MI MADRE SOLEDAD CATALINA
CALVO CRUZ.**

La mujer inalcanzable, mi eterna compañera y mi mejor ejemplo de perseverancia. ¡Ella! La que ha sabido conducir el rumbo de tres pequeñas vidas sólo con Dios de su mano, dándome su amor incondicionalmente.

La que día a día estuvo conmigo, impulsándome a alcanzar mis sueños, siempre alentando mi superación.

Te amo.

A MIS HERMANAS SALMA Y MARYSOL

Pequeñas inquietas que han complementado mi ser, las niñas que han sido esa brisa fresca que alimenta cada amanecer. Espero que este, mi primer logro les sirva como paradigma. Gracias por darme la oportunidad de día con día dar lo mejor de mí.

A MI FAMILIA

Ustedes que siendo pequeña se preocuparon por mí.

A los que quiero tanto y saben que este logro ha costado mucho, a ellos que no necesito ver o hablarles todos los días para saber que están conmigo.

Especialmente a:

María de la Paz Cruz Lima.

Elizabeth Calvo y Ángel Gámez.

Cristina Calvo y Andrés Flores.

Mauro Calvo y Georgina Calvo.

A MIS MEJORES AMIGOS

Los hermanos que elegí para acompañarme por la eternidad, ustedes que están o estuvieron conmigo más que en los buenos momentos y las risas, me han ayudado a permear la adversidad, valorar aún más la lealtad, por coadyuvar día a día a la conclusión de este trabajo, por ser parte esencial de mi vida.

Rocío Silverio Torres.

Carlos Darío Hernández González.

Jesús Rodrigo Hernández Durán.

Andrea Arantza Sánchez Escobedo.

Nancy Gpe. García Maldonado.

Maranatha Morales López.

Edgar Lopez Ledesma.

PARA TODOS AQUELLOS QUE HAN ESTADO AL PENDIENTE DE MI CARRERA

A los que con felicitaciones y críticas han sabido instruirme, forjar mi carácter, me han ayudado a darme cuenta que la amistad no puede ser superflua, que la confianza es algo que no puedes otorgarle a espíritus vacíos. Y que la *lealtad* es inamovible en un mundo lleno de traición. Primer reto superado, deben saber que siempre tendrán noticias más...

A RICARDO

Gracias por enseñarme que aun teniendo diferentes prioridades en la vida siempre hay que demostrar el afecto sin importar si este es reciproco. Aprende a vivir sin darle vuelta a las cosas, disfruta el día a día, deja de insistir en lo que no puedes cambiar, es pasado...Te quiero.

AGRADECIMIENTOS

La vida me ha dado la oportunidad de conocer a muchas personas valiosas, seres maravillosos que se han cruzado en mi camino (o que yo lo he hecho en el suyo), les expreso mi inmensa gratitud y cariño, reconozco que su presencia en mi vida ha sido realmente significativa ya que de manera directa o indirecta coadyuvaron a que este sueño se cumpliera.

¡Gracias por ser!

Piedad Pérez Lozada

Mtro. Hilario Rosas Nolasco

Mtro. José Ramón Reséndiz Estrada

Carlos Enrique Aranda García

Psic. Carlos Núñez Fuentes

Lic. Jorge Vélez Medina.

Brayan Alejandro Ramírez García

Iliana Monserrat Borjas Meneses

#TeamComo

#MaestríaVIP

#TeamPowerRangers

A todos los compañeros de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y de la Facultad de Derecho que me ayudaron a descubrir mi gusto por la docencia.

**UNA REVISIÓN PROPOSITIVA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO
PENAL**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO 1

**MARCO HISTÓRICO A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS
PENALES 1**

1.1 La evolución de las ideas penales en el mundo.....	2
1.1.1 La venganza privada.....	2
1.1.2 La venganza divina.....	3
1.1.3 La venganza pública.....	4
1.1.4 El periodo humanitario.....	5
1.1.5 El periodo científico.....	7
1.1.6 El principio y el fin de la etapa primitiva del derecho penal.....	8
1.1.7 Derecho antiguo.....	8
1.1.7.1 Cultura China.....	8
1.1.7.2 Cultura Babilónica.....	9
1.1.7.3 Cultura Egipcia.....	10
1.1.7.4 Cultura Hitita.....	10
1.1.7.5 Cultura Hebrea.....	11
1.1.7.6 Cultura Hindú.....	11
1.1.7.7 Derecho Penal Griego.....	12
1.1.7.8 Derecho Penal Romano.....	14
1.1.8 Derecho Medieval.....	16
1.1.8.1 Derecho Penal Germánico.....	16
1.1.8.2 Derecho Canónico.....	17

1.1.8.3 Derecho Penal Medieval al cambio necesario	18
1.2. Historia del Derecho Penal en México.....	18
1.2.1 Los primeros pobladores.....	19
1.2.2 Derecho Penal precortesiano.....	19
1.2.2.1 Olmecas	20
1.2.2.2 Mayas	20
1.2.2.3 Aztecas	25
1.2.2.4 Tlaxcaltecas	36
1.2.2.5 Tarascos	37
1.2.2.6 Chichimecas	38
1.2.3 Colonización.....	39
1.2.3.1 Organización de justicia en Nueva España.....	41
1.2.3.2 Legislación penal tras la conquista.....	41
1.2.3.3 Virreinato.....	42
1.2.3.4 Tribunal del Santo Oficio.....	43
1.2.4 México en su época independiente.....	46
1.2.4.1 El inicio de la codificación penal en México.....	47
1.2.4.2 Código Martínez de Castro.....	47
1.2.4.3 Código Almaráz.....	48
1.2.4.4 Código de 1931 vigente.....	49

CAPÍTULO 2

CONCEPTO DE DERECHO PENAL Y SUS CARACTERÍSTICAS	50
2.1 El Derecho Penal.....	50
2.2 El concepto de Derecho Penal.....	54
2.3 Principios fundamentales del Derecho Penal.....	55
2.3.1 Principio de legalidad	56
2.3.2 Principio de irretroactividad	56
2.3.3 Principio de intervención mínima	57
2.3.4 Principio de fragmentariedad	57
2.3.5 Principio de culpabilidad	57

2.3.6 Principio de presunción de inocencia	58
2.3.7 Principio de proporcionalidad	59
2.3.8 Principio de necesidad	59
2.3.9 Principio <i>non bis in idem</i>	60
2.3.10 Principio de humanidad	60
2.4 Sujetos del Derecho penal.....	60
2.4.1 Sujeto activo.....	61
2.4.2 Sujeto pasivo.....	65
2.5 Características del Derecho Penal.....	66
2.5.1 El carácter público del Derecho Penal.....	66
2.5.2 La autonomía del Derecho Penal.....	66
2.5.3 El carácter sancionador del Derecho Penal.....	67
2.6 Vinculación del Derecho Penal con diversas ramas del Derecho.....	67

CAPÍTULO 3

PRINCIPALES ESCUELAS PENALES

3.1 Antecedentes.....	69
3.2 Escuelas y teorías que estudian el delito.....	76
3.2.1 La Escuela Clásica.....	75
3.2.2 La Escuela Positiva.....	78
3.2.3 El Sistema Causalista.....	80
3.2.4 Finalismo.....	82
3.2.5 Modelo lógico.....	85
3.2.6 Funcionalismo.....	87
3.2.6.1 Teoría de los fines de la pena	87
3.2.6.2 Teoría de la culpabilidad	88

CAPÍTULO 4

PANORÁMICA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

4.1 Teoría de la norma penal.....	90
4.2 Teoría de la ley penal.....	91

4.3.2.1.1.2.2 Resultado	124
4.3.2.1.1.2.3 Nexa causal	125
4.3.2.1.2 Ausencia de conducta	125
4.3.2.1.2.1 Vis absoluta	126
4.3.2.1.2.2 Vis maior	127
4.3.2.1.2.3 Movimientos acto reflejo	127
4.3.2.1.2.4 Sueño	127
4.3.2.1.2.5 Sonambulismo	128
4.3.2.1.2.6 Hipnotismo	128
4.3.2.2 Tipicidad y atipicidad.....	129
4.3.2.2.1 Tipicidad	129
4.3.2.2.2 Atipicidad	131
4.3.2.3 Antijuridicidad y causas de justificación.....	133
4.3.2.3.1 Antijuridicidad	133
4.3.2.3.2 Causas de justificación	137
4.3.2.3.2.1 Defensa legítima	137
4.3.2.3.2.2 Estado de necesidad	138
4.3.2.3.2.3 Ejercicio de un derecho	139
4.3.2.3.2.4 Cumplimiento de un deber	139
4.3.2.3.2.5 Consentimiento de ofendido	140
4.3.2.4 Imputabilidad e inimputabilidad.....	140
4.3.2.4.1 Imputabilidad	141
4.3.2.4.2 Inimputabilidad	142
4.3.2.4.2.1 Trastorno mental y desarrollo intelectual retardado	143
4.3.2.4.2.2 Minoría de edad	144
4.3.2.4.2.3 Acciones libres en su causa	144
4.3.2.5 Culpabilidad e Inculpabilidad.....	145
4.3.2.5.1 Culpabilidad	145
4.3.2.5.1.1 Formas de la culpabilidad.....	146
4.3.2.5.1.1.1 Dolo	146

4.3.2.5.1.1.2 Culpa	147
4.3.2.5.1.1.3 Preterintencionalidad	148
4.3.2.5.2 Inculpabilidad	149
4.3.2.5.2.1 Formas de la inculpabilidad	151
4.3.2.5.2.1.1 Error esencial e invencible del hecho	151
4.3.2.5.2.1.2 No exigibilidad de otra conducta	151
4.3.2.6 Condiciones Objetivas de Punibilidad y su ausencia.....	151
4.3.2.6.1 Condiciones objetivas de punibilidad	152
4.3.2.6.2 Ausencia de condiciones ob. de punibilidad ...	152
4.3.2.7 Punibilidad y excusas absolutorias.....	153
4.3.2.7.1 Punibilidad	153
4.3.2.7.2 Excusas absolutorias	154
4.3.3 Concepto y clasificación del Delito.....	154
4.3.3.1 Concepto	155
4.3.3.2 Clasificación	155
4.3.3.2.1 Por la conducta del delito	155
4.3.3.2.2 Por el resultado	155
4.3.3.2.3 Por el daño que causan	156
4.3.3.2.4 Calificados por el elemento	156
4.3.3.2.5 Participación de los sujetos	156
4.3.3.2.6 En cuanto a su duración	156
4.3.3.2.7 Por su estructura	156
4.3.4 <i>Iter criminis</i>	157
4.3.4.1 Antecedentes.....	157
4.3.4.2 Significado	158
4.3.4.3 Concepto	158
4.3.4.4 Estructura propuesta y desarrollada por García García..	159
4.3.5 Concurso de delitos.....	162
4.3.6 Concurso de personas.....	165

4.3.6.1 La autoría	167
4.3.6.1.1 La concepción unitaria, causalista o naturalista	168
4.3.6.1.2 La concepción restrictiva	168
4.3.6.1.3 Teoría del objetivo formal.....	169
4.3.6.1.4 Teoría del objetivo material	169
4.3.6.2 La autoría mediata	170
4.3.6.3 La coautoría, autor paralelo o concomitante	172
4.3.6.4 La participación	173
4.3.6.5 Inducción	173
4.3.6.6 Complicidad	173
4.3.6.7 Encubrimiento	174
4.4 Teoría de la pena y de las medidas de seguridad.....	176
4.4.1 Teoría de la pena	177
4.4.1.1 Teoría absoluta	177
4.4.1.2 Teoría relativa	177
4.4.1.3 Teoría mixta o de la unión	177
4.4.2 Las medidas de seguridad	178
CONCLUSIONES	180
PROPUESTA	183
FUENTES	188

INTRODUCCIÓN

Existen diversos temas en los cuales la doctrina tiene distintas formas de explicar ciertos aspectos, mismos en los que podemos ver disparidades en la conceptualización, ver al Derecho Penal como la última *ratio* del Estado nos puede llevar a una reconsideración de ciertos conceptos básicos en el estudio de esta rama del Derecho.

Quizá una forma muy importante del Derecho como un sistema armónico que regula la vida social del hombre, es aquella que se concreta al campo del Derecho Penal. Algunos autores sostienen que este Derecho es el primero en hacer su aparición una vez que el hombre comienza a ser civilizado. Sin restarle importancia a tal opinión, lo cierto es que el Derecho Penal, ha sido desde tiempos inmemoriales un instrumento eficaz para la convivencia civilizada. Dicho instrumento no ha sido ni será de naturaleza estática, pues se modifica de acuerdo a las necesidades evolutivas del lugar y tiempo en que se aplica.

De esta manera hemos llegado a un estadio de complejidad del Derecho Penal que de alguna manera garantiza que su aplicación no exceda los límites que el Derecho mismo le ha impuesto, evitando con estas medidas incurrir en los abusos que se dieron en aquellas épocas donde la crueldad, parcialidad, arbitrariedad y concentración de poder en un solo miembro de la sociedad fueron las características de un incipiente Derecho que sancionaba las faltas cometidas por alguna célula del cuerpo social.

A lo largo de su historia, el Derecho Penal ha recibido una serie de denominaciones, tales como: Derecho criminal, Derecho Sancionador o Derecho Represivo, de la Defensa Social, Punitivo y otros. No nos corresponde hacer un análisis extensivo sobre las mencionadas denominaciones, sin embargo, consideramos prudente establecer nuestra posición con respecto al particular.

El Derecho Penal es de insoslayable observancia en las sociedades humanas, pues es el que en última instancia se encarga de vigilar las conductas de los miembros del conglomerado para garantizar su pacífica convivencia, pero

contando con los elementos adecuados sancionar a los transgresores de la ley cuando la amenaza de la pena no ha sido suficiente para reprimirlos.

Dada la trascendencia de estos mecanismos de control, es necesario que el Estado monopolice su uso, ya que en manos de particulares las consecuencias podrían ser negativas.

De igual modo y para evitar los abusos que antaño imperaron en el campo punitivo, debe hacerse una enumeración exacta de las conductas que se consideran como delictivas, y por lo tanto nocivas para la sociedad, así como la pena que a cada una corresponda.

Retomando lo anterior, y de acuerdo con los preceptos legales que nos rigen, la vivencia social se garantiza al tiempo que los órganos estatales se encargan de su función específica, esto es, el Poder Legislativo se encargará de elaborar las leyes en donde ubiquen los catálogos de delitos y penas, el Poder Ejecutivo vigilará su observancia y el Poder Judicial aplicará individualizadamente aquellos a los que el Poder Ejecutivo le ha remitido dada su conducta antisocial.

La aplicación de la ley Penal no se hace de manera arbitraria e irreflexiva por el contrario, la normatividad jurídica Penal se encuentra supeditada a una serie de principios que delimitan el alcance de la ley punitiva. En este punto sobresale la distinción de ámbitos de validez que la doctrina ha reconocido tradicionalmente como propios de la ley Penal. El ámbito personal atañe a los sujetos que representan al destinatario de la ley; el ámbito espacial alude a una circunscripción previa de carácter geográfico; por su parte, la esencia de la ley en cuanto a la regulación y tutela, atiende al ámbito material, en tanto que la vigencia y aplicabilidad fáctica de la ley Penal se supedita al ámbito temporal de la misma.

Adicionalmente, podemos considerar dentro de este tema la necesidad de distinguir la competencia jurisdiccional dentro de los ámbitos objetivos de la ley Penal, toda vez que corresponde a dicha instancia gubernativa la determinación del alcance del *ius puniendi*, contando con diversos criterios de clasificación, tales como la cuantía, la materia, el grado y el territorio.

La delicada labor de aplicar la ley Penal compete básicamente al juzgador, quien se encuentra limitado en su actuar por las normas de carácter constitucional

que en forma de garantías son recogidas por nuestra Carta Fundamental y que están dirigidas a todos los gobernados. Tal y como acontece con todo lo que proviene del ser humano, la aplicación de la ley Penal no se puede deslindar de cuestiones subjetivas que se convierten en una preocupación del orden jurídico por atemperarlas dotando al propio sistema de reglas restrictivas.

Al considerar que hay en la doctrina Penalista un rezago en ciertos conceptos que si bien es cierto en su momento fueron totalmente apegados a lo que sucedía en los hechos, dados los cambios que ha sufrido la sociedad y/o los valores que ésta manejaba, ahora el Derecho Penal debe adaptarse a esa nueva realidad social, donde resulta menester contar con una regulación jurídica acorde al momento histórico y a la transición social.

La función original del Derecho consiste en hacer posible la vida en sociedad de los seres humanos; una institución de vital importancia para el logro de los fines del Derecho la constituye esa organización jurídica de la colectividad que ejerce su poder de dominación en un territorio determinado que conocemos con el nombre de Estado.

El Derecho Penal se erige dentro de un Estado de Derecho como un último recurso para la preservación del orden social que se encuentra a disposición de los órganos que ejercitan el poder público; el uso de las leyes Penales se justifica en función del papel protagónico de los fines sociales. No obstante, en el mundo fáctico, el Derecho Penal se halla expuesto a un uso inmoderado que produce un efecto inverso a la deontología jurídica.

El Estado siempre establece principios básicos para la aplicación e instrumentación de sanciones a efecto de hacer una realidad los fines que persiguen el orden jurídico y no incurrir en excesos indeseables que en lugar de resolver la problemática inherente a la delincuencia, incrementen la injusticia. Todo ello conlleva a pensar en la importancia del marco global que ofrece la parte general del Derecho Penal y un posible replanteamiento de algunos aspectos que se han considerado inmutables por la doctrina, pero que en nuestra apreciación resultaría sano revisar.

La presente investigación se sustenta en un análisis profundo de varios aspectos torales del Derecho Penal, entre ellos la historia a partir de la evolución de las ideas Penales, donde el eje de la investigación de dicho capitulo es la búsqueda de las ideas Penales que consideramos primordiales para poder entender las bases sobre las que actualmente se desenvuelve el Derecho Penal.

Posteriormente estamos en la posibilidad de dar paso al análisis del concepto y las características del Derecho Penal, tema que es vital para poder escrudiñar dentro de una rama del Derecho tan importante y vital.

En el tercer capítulo se estudian las principales escuelas Penales, donde someramente explicamos cual era la visión de cada una de ellas.

Mientras que el en capítulo cuarto se ofrece una panorámica de la parte general del Derecho Penal que nos permite proponer con humildad algunos cambios sustantivos a la teoría del delito.

CAPÍTULO 1

MARCO HISTÓRICO A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES

Todos los seres humanos en algún momento de nuestra vida hemos sido víctimas o victimarios. Nadie resulta ajeno a esta situación, llegando a ser *el delito*, un fenómeno que forma parte de la propia naturaleza humana y que agrede de manera significativa al ser humano en su esfera jurídica. Cuando el hombre, desde épocas inmemorables, se encontró lesionado, afectado, comenzó a considerar a este aspecto como el máspreciado. La sociedad ha visto todo tipo de cambio, igualmente el Derecho Penal ha sufrido sendas transformaciones.

Dado el momento histórico por el cual atraviesa nuestro país, donde nos encontramos en un aumento constante de la comisión de delitos, junto con la aparición de tipos penales nuevos que cada vez son más especializados, resulta de vital importancia para los estudiantes de la carrera de Derecho, abogados, juristas, doctrinarios, y aún para cualquier gobernado, el adentrarse en el estudio de la historia del Derecho Penal en México y en el mundo, a fin de obtener un razonamiento objetivo del pasado, comprender el presente, en relación a los conceptos, las tendencias jurídico penales, la actuación institucional, la legislación con su aplicación concreta en materia penal que rige esta materia y por ende, formar un criterio sobre las perspectivas tanto positivas como negativas dentro de esta dinámica para la aplicación y prevención del Derecho Penal, en el presente y en un futuro inmediato.

Por lo tanto, del estudio de la historia del Derecho Penal dependerá el aprendizaje tanto negativo como positivo del pasado, la reafirmación o formación de nuevos criterios y la consecuente aplicación, previo conocimiento de causa del Derecho Penal. Volver a la barbarie o no, quedará en manos del desarrollo ético, moral e intelectual de aquél que se interese en el estudio de la historia del Derecho Penal.

1.1 La evolución de las ideas penales en el mundo

La historia del Derecho Penal constituye la narración sistemática de las ideas que han determinado la evolución y desarrollo del también llamado derecho represivo.

Aparecen los primeros aspectos propiamente jurídicos en la vida primitiva, al comienzo de las costumbres relacionadas con la convivencia sexual en relación a la convivencia sedentaria o del grupo nómada y la supervivencia e imposición del más fuerte sobre otros.

La evolución de las ideas penales es el resultado de los constantes cambios dinámicos que desde sus inicios ha sufrido la humanidad, al arribo de la vida del hombre en sociedad y el surgimiento de la política, la economía, la religión, y las costumbres.

En este contexto, los distintos pueblos han adoptado a lo largo de la historia distintas tendencias para aplicar lo que en las etapas arcaicas se puede calificar como represión, en función de sus creencias, religiones y costumbres. Para el estudio de la historia del Derecho Penal, tales tendencias han sido identificadas en cinco periodos que será abordados en el presente capítulo: la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública, el periodo humanitario y el periodo científico.

1.1.1 La venganza privada

El periodo de la *venganza privada* no constituye propiamente una etapa de la evolución penal, ya que apareció durante la etapa primitiva del hombre, durante la fase del mesolítico y la revolución neolítica alrededor del año 10,000 a.C. al 5,000 a.C., cuando en el sur de Europa, Egipto y Mesopotamia, el ser humano creó sus primeras armas como el hacha de piedra y la flecha con fines de supervivencia; también es una etapa en donde la mujer cobra relevancia, con ello surge el matriarcado, al tiempo que se crean la concepción divina de los dioses, la veneración al sol y a la luna, a esta etapa “se conoce también como venganza de

la sangre, porque sin duda se originó por el homicidio y las lesiones, delitos por su naturaleza denominados de *sangre*.”¹

Consecuentemente, al comenzar los hombres a vivir en grupos, tribus o familias, surgió el instinto de protección, defensa y venganza hacia las acciones no toleradas entre ellos.

Estas acciones no toleradas por los individuos, sentaron las bases de conductas individuales o colectivas, frente a la comisión de un daño. A esta etapa se le conoce como la *venganza privada*, la cual era ejecutada de manera individual, de un sujeto a otro, o colectivamente, cuando el grupo, *tribu o familia cobraba* el daño ocasionado a uno de sus miembros, principalmente, frente a la comisión de lesiones físicas y homicidios. La *venganza* era apoyada por la colectividad, que brindaba apoyo material y moral al ofendido, reconociéndole su derecho de ejercitar la venganza.

1.1.2 La venganza divina

Durante esta etapa, en una primera fase, el ser humano considera a la magia, los tótems y los tabúes como fuentes expiatorias y retributivas, inherentes a sus actos. El hombre primitivo comenzó a desarrollar rituales mágicos para obtener efectos deseados, acordes a sus necesidades de subsistencia. Adoptó la ideología del *tabú*, donde las desgracias ocurrían como consecuencia de la comisión de actos prohibidos por los demás.

En una segunda fase, los pueblos adoptaron una *organización teocrática*, considerando a la divinidad como el eje constitutivo que regía a la sociedad. La divinidad era la fuente creadora y dativa de los bienes y los males acaecidos al hombre, al tiempo que el delito ocasionaba el descontento de los dioses. Surge el sentimiento de religiosidad, ya que la comisión del delito era considerado como una ofensa a la divinidad y a sus leyes.

¹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 52ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 16.

Los dioses eran representados por los jueces, quienes impartían una *justicia represiva*, al juzgar en nombre de los dioses, pronunciando sentencias y aplicando penas para calmar o satisfacer la ira de las deidades. El *delito* era considerado una infracción, un desacato, en tanto que la pena era la pérdida de la protección de la divinidad.

1.1.3 La venganza pública

En la medida en que los Estados se consolidaron, nació la distinción entre *delitos públicos y privados*, en relación a la lesión de los bienes jurídicos tutelados por parte de los particulares o del orden público. “Al organizarse el Estado, indudable progreso representó el nuevo sistema, pues el Estado traspasó a los jueces el manejo imparcial de las penas arrancándolo así a los ofendidos y limitando el derecho de estos a la venganza.”²

La venganza pública constituyó la etapa más sanguinaria y cruenta de represión en Europa. Los Tribunales juzgaban en nombre de la colectividad, imponiendo penas que resultaron cada vez más crueles e inhumanas, ya que los jueces tenían facultades ilimitadas, incriminando por delitos no previstos en las leyes, en beneficio de déspotas y tiranos, pero más aún, sentenciando injustamente, ya que “el sistema probatorio fue organizándose y la pena misma se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba y aún del que la ejecutaba.”³

Por medio del terror y la intimidación, se lograba el sometimiento al soberano. Existía una total inequidad en cuanto a la impartición de las sanciones, ya que el mayor rigor de las penalidades recaía entre más baja fuera la clase social.

Aparecieron múltiples instrumentos de tortura, presentes desde las etapas procesales de instrucción, hasta la ejecución, a efecto de obtener revelaciones o confesiones. Igualmente, en Europa surgieron los calabozos donde los sentenciados sufrían prisión subterránea y perpetua.

² Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 22ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p.116.

³ *Ídem*

Eran comunes los castigos corporales como el sometimiento a la argolla, los azotes, la marca infamante por hierro candente, los trabajos forzados con cadenas, las galeras, la rueda en la que era colocado el reo después de romperle los huesos a golpes, la finalidad es mostrar el poder represivo para la preservación de las oligarquías dominantes.

Los sentenciados a muerte, la encontraban a través de la horca, el descuartizamiento por caballos tirando de sus extremidades, la hoguera o la decapitación por hacha.

1.1.4. El periodo humanitario

Como reacción a la excesiva crueldad, arbitrariedad y falta de racionalidad en la Edad Media, surgió a mediados del siglo XVIII en Europa un *movimiento humanizador de las penas* y de los sistemas penales.

Este movimiento surgió durante la época histórica conocida como la *Ilustración*, movimiento cultural e intelectual europeo, desarrollado desde fines del siglo XVII hasta el inicio de la revolución francesa en Francia e Inglaterra, bajo las ideas de Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, quien en 1748 escribiera *El Espíritu de las Leyes* y de Juan Jacobo Rousseau, con su famosa obra *El Contrato Social* que data de 1762.

El Iluminismo, como corriente filosófica nacida de la *Ilustración*, tuvo como fin disipar las tinieblas de la humanidad, a las luces de la razón, por lo cual el siglo XVIII es conocido como el *Siglo de las luces*.

El milanés Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, retomando la teoría contractualista, que sostiene a la sociedad sobre un contrato para salvaguardar los derechos de los individuos y garantizar el orden, da a conocer en 1764 el *Tratado de los delitos y de las penas (Dei delitti e delle pene)*.

Beccaria establece en el prólogo de su obra tres ejes fundamentales de su teoría ideológica: "Tres son los manantiales de donde se derivan los principios

morales y políticos reguladores de los hombres. *La Revelación, la Ley Natural y los pactos establecidos de la sociedad.*"⁴

Beccaria realizó a lo largo de su obra, una crítica extensa a los sistemas penales de la época, proponiendo nuevas prácticas de interpretación legislativa, de proceso, la impartición de la pena y luchó por la prevalencia de las leyes penales justas sobre las injustas, estableciendo el fin de la pena y la abolición de la pena de muerte, aunque justificándola en dos aspectos: al ser el delincuente de importancia del Estado para ser sancionado de esta manera por cometer traición a la patria, o porque con la ejecución del delincuente se frenara a otros de cometer crímenes.

También consideró a los delitos de la época, como violaciones de este contrato, ya que la sociedad en conjunto goza del derecho a defenderse y propone el principio de proporcionalidad de la pena, en función de que este derecho debe ser ejercitado con medidas proporcionales a los delitos cometidos; mientras que un segundo principio establece que ninguna persona puede disponer de la vida de otro. A partir de la aparición de la obra de Beccaria, se produce la sustitución de la venganza divina y *la pena* adquiere las características propias de la sanción.

Con base en el *principio de proporcionalidad de las penas* sostenido por Beccaria se desprende un *carácter preventivo*, en sentido general y especial. El carácter preventivo especial de la pena, dirigido al delincuente que ha cometido la falta, y el general, al conjunto de la sociedad.

Anticipándose a Feuerbach, Beccaria igualmente manifestó que las penas y los delitos deben ajustarse al *principio de legalidad*, así mismo retoma el principio del valor educativo de la condena de Tomasso Campanella, al observar cómo la delincuencia al encontrarse en prisión aseguraba comida y alojamiento en las cárceles, motivo por el cual delinquirían. Consecuentemente se concluyó que debía reconsiderarse la duración de la condena y la intensidad del delito cometido, lo que impulsaba a no cometer el crimen, de ahí la conveniencia en la certeza de la condena y que ésta fuera de larga duración.

4 Beccaria, Cesare, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, 17ª ed., tomada de la 14ª edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 2008, prólogo del autor, p XXII.

Entre otras medidas importantes también planteadas por Beccaria para reformar el Derecho Penal, destacan la abolición del tormento y la limitación del arbitrio judicial, ya que el juez se encontraba maniatado al cumplimiento exacto del texto de la ley sin capacidad de generar espontáneamente leyes penales acordes a la comisión del delito y que además, fueran prontas y seguras. Las ideas de dicho autor en materia penal, fueron adoptadas prontamente en Rusia, la Toscana, las Sicilias, Prusia y Austria. Finalmente, la revolución francesa terminó con los abusos de la Edad Media a través de la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” (*Declaration des droits de l’homme et du citoyen*) en 1791.

1.1.5 El periodo científico

La obra de Beccaria, durante el periodo humanitario provocó una gran transformación en la justicia penal, por lo cual surgió el *periodo científico*, realizándose estudios sobre el Derecho Penal, sustentados en el conocimiento científico.

Este periodo introdujo en la justicia penal, elementos científicos para considerar al delito como el resultado de múltiples y complejos factores, emanados de la personalidad del delincuente, y éste, el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia, al que había que readaptar, corrigiendo sus inclinaciones viciosas, sin proporcionarle inútilmente sufrimiento.

El periodo científico gira en torno a la idea de que el sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado el fin. También garantizó los derechos básicos de la personalidad humana frente a los abusos del poder y elaboró una concepción abstracta del delito.

Por su parte, la *Criminología*, como ciencia auxiliar del Derecho Penal, aportó al panorama penal en un primer término, el estudio de la personalidad del sujeto para explicar la comisión del delito en un ámbito individual y social, proponiendo medidas de prevención del delito y el tratamiento para posterior reinserción del delincuente en la sociedad, lo que actualmente se traduce en la elaboración de

políticas públicas en materia penal. Esta etapa culmina con la obra de Francisco Carrara, quien es el principal exponente de la escuela clásica del Derecho Penal.

1.1.6 El principio y el fin de la etapa primitiva del Derecho Penal

Del estudio de estas etapas primitivas, se exponen los siguientes razonamientos: la aplicación de la magia y la religión aparecieron, la primera para lograr la subsistencia humana como remedio de los males acaecidos a la humanidad y la segunda, para explicarle al hombre lo inexplicable. Existió la confusión entre pecado y delito, ante la falta de una conciencia ética y moral establecida, ya que en estas etapas, los bienes jurídicamente tutelados constituían la vida y el mantenimiento físico para la supervivencia y la procreación. Esto originó la despersonalización y una incertidumbre de la pena, que conllevaba a la arbitrariedad en el juicio, dotado de desigualdad ante el precepto penal, que ocasionaba la crueldad en la pena. En una última fase de este derecho primitivo, el jefe militar ejerció los poderes políticos y religiosos, imponiendo el *juicio político* sobre los individuos y mandando así sobre la vida, los bienes y la conciencia de los hombres, castigando a su libre albedrío las conductas consideradas por él como sancionables.

1.1.7 Derecho antiguo

A lo largo de la historia, los seres humanos siempre nos hemos ocupado de aplicar ciertas sanciones sobre algunas conductas que resultan reprochables aun cuando era una sociedad primitiva; dadas las particulares formas de ver al delito en cada civilización y con la finalidad de ilustrar más a fondo la parte histórica, se ofrece una panorámica del Derecho Penal en diversas culturas antiguas, las cuales se procederá *grosso modo* a analizar.

1.1.7.1 Cultura China

En materia de legislación penal china, sobresale el *Libro de las cinco penas* del emperador Seinu, el cual se aplicó en China desde tiempos remotos y los

historiadores no han podido determinar con exactitud su creación. Aplicó penas de carácter divino terrenales y *post mortem*. Igualmente predominaron aspectos propios de la venganza privada y del Talión. Aplicaba la pena de muerte con fines de purificación interior y como ejemplo para los demás.

1.1.7.2 Cultura Babilónica

Los babilonios predominaron en Mesopotamia y el Rey Hammurabi, quien reinó aproximadamente de 1728-1686 a.C. En ese tiempo “el país se unifica sólidamente bajo el poder de los reyes de la dinastía babilónica. El desarrollo de la ciudad esclavista de Babilonia viene acompañado de una agudización de las contradicciones sociales y de la lucha de clase; los esclavistas enriquecidos se dedicaban a la usura y a la especulación, al arrendamiento de tierras y casas, arruinan y sojuzgan a los desposeídos, multiplicando el número de esclavos en el país.”⁵ Hammurabi fue el autor del Código que lleva su nombre, *el Código de Hammurabi*, del cual únicamente se han encontrado varios fragmentos del siglo XIII a.C., establecía la venganza privada a través de la *ley del talión* (*talis*: igual; lo mismo o semejante, bajo el principio de *ojo por ojo y diente por diente*) la cual se encontraba contenida en catorce disposiciones, a través de las que se permitía causar un mal físico, de igual intensidad al sufrido por la víctima.

La *ley del talión* rigió bajo un Estado centralizado y distinguió entre el dolo, el delito intencional, el culposo y el caso fortuito por primera vez, pero constituyó un retroceso de la legislación sumaria, que establecía la reparación del daño.

Cabe destacar, que “en relación con Hamurabi, es que bajo su régimen el poder judicial fue arrancado a la clase sacerdotal y entregado, por primera vez, a jueces laicos.”⁶

Posteriormente surgió el *sistema de las composiciones*, que diferenciaba el rango social de las personas. El juicio de dios constituía uno de los medios probatorios y el ofensor podía comprar al ofendido su derecho de venganza.

⁵ Pokrovski, V. S. y otros. *Historia de las ideas políticas*. trad. de Carlos Marín Sánchez, Ed. Grijalbo, S. A., México, 1966. p 32.

⁶ Margadant, Guillermo Floris, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 7ª ed., 2ª reimpresión, Ed. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S. A. de C. V., México, 2004, p. 44.

1.1.7.3 Cultura Egipcia

Poco se sabe de la legislación egipcia, aunque durante la quinta dinastía, en el siglo 2700 a.C., existió una corte suprema, integrada por jueces de profesión; el procedimiento era escrito y guardado en archivos judiciales.

Concluido este Imperio, la administración judicial colapsó. Con la llegada del Medio y Nuevo Imperio, el visir desempeñó el papel judicial, éste dictaba la sentencia en presencia de los cuarenta rollos de las leyes existentes y accesibles al pueblo en general.

De esta cultura, sobresale el *Libro de los muertos*, redactado entre 1570 y 1345 a.C., con marcados aspectos correspondientes a la etapa de la venganza divina, el cual en su capítulo 125 “ofrece ciertos reflejos de la vida jurídica egipcia, al revelar el interrogatorio que habrá de tener lugar durante el último juicio, sugiriendo las contestaciones que el difunto tendrá que hacer a diversas preguntas que se le formulen acerca de su comportamiento durante la vida.”⁷

1.1.7.4 Cultura Hitita

De los hititas se conocen únicamente varias normas legales aisladas de la época de Telipinu, alrededor de 1500 a.C. y ningún código. Su legislación no abarca todo el campo del derecho, aunque en materia penal, se presentaron rasgos de la venganza divina y de la venganza pública, ya que los hititas aceptaron el levirato, que era la obligación de contraer matrimonio con la viuda del hermano difunto, y por otra parte, el asesinato provocaba relaciones entre los familiares de la víctima y el culpable y la familia tenía la opción entre pedir dinero o realizar la venganza.

Se tipificó el delito de adulterio, el cual establecía que si el marido engañado no mataba a los culpables, hallados durante la consumación del acto sexual, la acción del castigo le correspondía al rey. Prevalecía la reparación del daño sobre la ley del talión.

⁷ Margadant, Guillermo Floris, *op.cit.* p. 47.

1.1.7.5 Cultura Hebrea

Las *leyes mosaicas* surgen en Israel en el siglo XIV a.C., bajo la influencia babilónica. Esta legislación se redactó bajo un espíritu de solidaridad y de justicia social más avanzado que otras culturas, pero opacada, por los celos del dios *Yahvé*, quien castigaba, premiaba y liberaba al ser humano, aunque contrariamente, aquél que cometía un delito, merecía respeto y amor, por existir a imagen y semejanza de Dios.

El pueblo hebreo, esencialmente religioso, es un claro ejemplo representativo de la etapa de la venganza divina y de los tabúes alimentarios y sexuales que esta religión impuso en aquella época. La justicia era impartida por el dios *Yahvé*. La ley era sinónimo de justicia y aplicaba penalidades injustas, opresoras y vinculatorias para todos.

La imposición de la pena serenaba a Dios y purificaba al individuo a fin de que éste continuara viviendo en sociedad. De la legislación hebrea en materia penal, sobresalen la Biblia, el *Pentateuco* de Moisés, el *Éxodo* 20:1-17, 34:28, el *Levítico* y el *Deuteronomio* 5: 6 21 y 10:4.

1.1.7.6 Cultura Hindú

En la legislación penal hindú, el derecho de castigar provenía de *Brama* y era ejecutado por el rey. La pena tenía efectos reivindicatorios, aunque la ley no era aplicada por igual, debido a la existencia de castas.

Sobresale la *ley de Manú*, importante escrito sánscrito, del siglo XI a.C., cuyo autor fue el sabio *Manú*, considerado por el hinduismo, como el padre de toda la humanidad. Los textos contenidos en esta ley, resultan importantes, al no existir antecedente jurídico o tronco común con los vedas. Contiene 2,048 versos divididos en 18 capítulos, que contienen reglas y normas de conducta que regulan la vida del hombre en sociedad. También regulan la existencia de cuatro castas y las etapas de las vidas de los nacidos dos veces, pertenecientes a las castas superiores.

- Esta ley adoptó la ley del talión y conservó rasgos de la venganza divina frente a la comisión del delito y aceptó la figura de la reparación del daño y de la multa.
- En su capítulo octavo regulaba el procedimiento en los juicios penales, así como los diversos castigos según el delito cometido.
- La primera vez que se descubría a un ladrón, se le debían amputar dos dedos. La segunda vez, una mano y un pie. Al tercer robo, el ladrón debería sufrir la muerte.
- Si el ladrón hurtaba de noche, el rey debía cortarle las manos y empalarlo por el ano con una estaca puntiaguda.
- El que rompía un tanque de agua debía ser ahogado hasta morir o matado con cualquier otro castigo mortal. Si podía pagar por el daño, debía pagar también una multa extra.
- Si un orfebre actuaba de manera deshonesto, el rey debía hacerlo cortar a pedazos a cuchillo.
- El undécimo capítulo se refería los tipos de penitencia a que habrían de someterse aquellos que deseaban liberarse de las consecuencias de sus malas acciones.
- Por último, el duodécimo capítulo expone la doctrina del *karma* en una escala ascendente y descendente, de acuerdo a los aciertos o errores cometidos durante la vida terrenal del individuo.

1.1.7.7 Derecho Penal Griego

Es de tomarse en consideración que la cultura griega realizó grandes aportaciones en el arte, la filosofía y la política, como ninguna otra, cuyos rasgos continúan en el devenir actual. No obstante lo anterior, aportaron varios derechos, en las diferentes ciudades que la conformaban, “Licurgo en Esparta (siglo XI a J. C.), Solón (siglo VIII) y Dracón (siglo VI) en Atenas, Zaleuco (siglo VII) en Locris, Crotona y Sibaris; Caronda (siglo VII) en Catania, sancionaron la venganza privada. No obstante ser

considerado el delito como imposición fatal del destino (*ananké*), el delincuente debía sufrir pena.”⁸

En una etapa primitiva, los griegos consideraron que el delito tenía su origen en una imposición fatal del destino. Se practicó la venganza divina, ya que el proceso penal y la ejecución de la pena contenían elementos mitológicos y religiosos.

En una segunda etapa histórica del derecho helénico, la pena adquirió un fundamento moral y civil, naciendo la distinción entre los delitos públicos de los privados. La responsabilidad se torna individual y se limitó el poder sacerdotal y la venganza privada. La justicia penal se le atribuye al Estado, como ejercicio de la soberanía. El juez podía castigar delitos no previstos en la legislación con base en el principio de equidad y los fines de la pena consistían en la venganza y la intimidación.

- **Legislación Penal en Esparta.** La *legislación de Licurgo* surgió en Esparta en el siglo XI a.C. Los espartanos veían a la heroicidad como una máxima, imponiendo penas severas a los soldados; sancionaban el celibato y la piedad hacia el esclavo; se imponía la pena de muerte a los neonatos deformes y la destreza en el hurto, era causal de impunidad.
- **Legislación Penal en Atenas.** Las *leyes draconianas* surgieron en Atenas en el siglo VI a.C. Estas leyes distinguieron entre los delitos públicos y los privados, puede afirmarse que a lo largo de toda la historia, resultaron ser de máxima severidad como ningunas otras, ya que se aplicaba la pena de muerte ante la comisión de cualquier delito.
La adopción de las ideas laicas, dotó de gran poder y relevancia al Estado. Facultó a los jueces para juzgar acciones no tipificadas, con base en el principio de equidad. Las *leyes de Solón* en el siglo VIII a.C. establecieron en

⁸ Carrancá y Trujillo Raúl, *op. cit.*, p.112.

Atenas benignidad para los delitos privados, aboliendo las leyes de Dracón, salvo en la comisión del delito de homicidio.

- **Legislación Penal en Locris, Crotona y Sibaris.** Las *leyes de Zaleuco* aparecen en el siglo VII a.C en Locris, Crotona y Sibaris y establecieron una penalidad simbólica e impuesta en relación al motivo que originó el delito.

1.1.7.8 Derecho Penal Romano

El delito constituye un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley. “Los romanos han considerado el delito como una fuente de obligación civil; pero las consecuencias no han sido las mismas que en nuestro derecho moderno.”⁹

Durante la época de la República, los romanos distinguieron entre los delitos públicos y los delitos privados. Entre los delitos públicos (*delicta publica*), se encontraban la deserción, el hurto de animales y el daño en los bienes propiedad del Estado, los cuales eran perseguidos en tribunales especiales o en el Senado. La pena consistía generalmente en la muerte (*supplitium*), o el pago de una multa (*damnum*), con la finalidad de reparar el daño causado.

Los delitos privados (*delicta privata*) fueron tipificados como una ofensa al particular lesionado y eran perseguidos como un derecho, aunque era el Estado el encargado de perseguir y castigar el delito, en interés de la parte ofendida *al aribtrio* de las partes, además de fijar el monto de la compensación para reparar el daño. Por otra parte, se intentó una separación entre los mandatos jurídicos y las imposiciones religiosas, por lo cual, la venganza divina continuaba presente.

La justicia penal era impartida como parte de una de las funciones del Estado y el Derecho Penal romano encontraba su origen y fundamentación en el interés público.

⁹ Petit Muñoz, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 21ª ed., trad. de José Fernández González, 9ª ed. francesa, Editorial Porrúa, México, 2005, p.454.

Posteriormente, durante la etapa del Imperio, la justicia popular fue remplazada por una jurisdicción imperial, donde la conservación del imperio era el fundamento último de la punci3n, por lo cual la pena adquiri3 un car3cter de severidad y arbitrariedad.

En esta etapa del derecho romano imperial, las personas que eran condenadas a penas graves, adquirían la calidad de esclavos, perdiendo todos sus derechos civiles y eran enviados a trabajar en las minas o a luchar por sus vidas en los juegos de gladiadores.

Ante la comisi3n de un delito penal, solamente podían sustraerse *los locos*, durante un ataque de locura y *los infantiae proximi* o menores de siete ańos de edad. Tambi3n a lo largo del Imperio, surgieron los conceptos jur3dicos penales utilizados en nuestros d3as, como el delito (*delictum*), la pena (*poena*), la injuria (*iniuria*), y el dańo (*dammum*).

En la Roma antigua, *Las XII Tablas* escritas en el siglo V a.C, aplicaban la venganza privada, *Ley del Tali3n* y la composici3n.

Resulta interesante el an3lisis del *Lex Dei*, obra que pretende demostrar el origen hebreo del Derecho romano, realizando una apología del sistema jur3dico mosaico a trav3s del paralelismo jur3dico con el romano. Los textos romanos que se integran en esta obra, constituyen una selecci3n de *iura* (pasajes de los fragmentos de los juristas de la ley de citas) y *leges* (algunas constituciones imperiales recopiladas en los c3digos Gregoriano y Hermogeniano).

Sobresalen en la 3poca cl3sica del Derecho Penal Romano, las instituciones de Justiniano, los digestos, los c3digos y las novelas, Contenían gran material penal, que ańos despu3s fue utilizado en el positivismo de Enrico Ferri, dado que en las bases que sent3 el gobierno romano “parten muchos de los principios que luego habían de recoger las escuelas Cl3sica y Positiva; as3, sobre tentativa, sobre legítima defensa, sobre locos e incapaces”.¹⁰

10 Carranc3 y Trujillo, Raúl, *op. cit.*, p. 113.

La legislación romana más importante en materia penal, se encuentra en los dos libros terribles (*terrible libri*) del Digesto, creado en el año 530 a.C., compendiada en 47 libros y 48 codificaciones penales sustantivas y adjetivas.

1.1.8 Derecho medieval

Al igual que el apartado anterior, nos permitimos ofrecer una revisión histórica más detenida de la época medieval, considerando la preponderancia del Viejo Mundo.

1.1.8.1 Derecho Penal Germánico

Perdida la religiosidad en la Germania, el Derecho Penal germánico evolucionó, dando preeminencia al Estado y fijó su postura en contra de la venganza privada. El Estado tuvo como función brindar la paz y crear el derecho. Ante la violación a la paz pública o privada, el infractor era sometido a la venganza de la comunidad, del ofendido o de sus familiares, retomándose la venganza pública. La paz únicamente podía ser restablecida a través de la composición (*wergel, buse*).

En contraste con el derecho romano, el derecho germánico otorgó mayor importancia al daño causado, ya que los romanos consideraron más importante a la intención. El derecho germánico, posteriormente llegó a diferenciar entre los delitos voluntarios a los que imponía la venganza privada, de los involuntarios a los que aplicaba la composición.

En cuanto a la composición, los germanos aplicaron el pago a la víctima para reparar el daño (*wergeld*), a la familia a cambio del derecho de venganza para la cancelación de la pena (*buse*) y a la comunidad como pena adicional a la reparación del daño o *wergeld* (*friedegeld*).

Existían diversas pruebas procesales bajo juramento con distinto valor procesal, según la riqueza agraria. Entre aquellas, mediante *el juicio de agua*, el acusado era lanzado a un estanque de agua bendita atado de pies y manos, siendo declarado inocente si lograba hundirse derecho, ya que el agua aceptaba recibirlo.

Otra prueba de inocencia consistía en el *juicio por el hierro al rojo*, donde el acusado portaba empuñado un hierro al rojo vivo y así recorría cierta distancia y declaraba su inocencia conforme al aspecto de la quemadura según el transcurso de los días. Por su parte, *las ordalías*, consistían en una lucha entre el acusado y el acusador, donde ambos se encontraban armados con escudo y palo, hasta que alguno demandara gracia.

1.1.8.2 Derecho Canónico

El derecho canónico inició desde el año 1140 d.C., humanizó a la justicia penal y buscó la reforma moral del delincuente. Se intercambiò la venganza por el perdón y surgió la posibilidad de la redención a través de la penitencia. Prevalcieron los principios morales de la caridad y la fraternidad. La *tregua de Dios* y el *derecho de asilo* limitaron a la venganza privada, imponiendo al Estado sobre la comunidad.

El Derecho Canónico, confundió al pecado con el delito, viendo a este último como una ofensa a Dios. He aquí que la venganza divina cobra formas excesivas de expiación y penitencia y adquiere una gran relevancia el concepto retributivo de la pena. San Agustín y Santo Tomás definieron al delito como un pecado y la pena era la penitencia. La Iglesia asumió poderes espirituales y se convirtió en el brazo secular ejecutor de las penas. Se substituyó el procedimiento acusatorio a uno inquisitivo, donde la confesión era considerada la prueba principal.

Finalmente, el derecho canónico resultó excesivo y cruel, en cuanto a las penalidades que establecía, tal y como lo presenta el *Codex Iuris Canonici*, el cual sanciona como delitos graves el peculado, el cohecho de jueces, la traición de guerra, el espionaje, la alcahuetería, el adulterio y el homicidio.

Las penas principales que se aplicaban eran la esclavitud, los castigos infamantes, los corporales y el encarcelamiento. La pena de muerte comúnmente era llevada a cabo por ahorcadura, degüello o descuartizamiento.

1.1.8.3 Derecho Penal Medieval al cambio necesario.

Del estudio de los anteriores apartados, puede apreciarse que durante la Edad Media, el Derecho Penal se formó por una mezcla de los derechos romano, canónico y germánico, caracterizados por una excesiva severidad. La humanidad luchó inútilmente en abolir la venganza y subsistió el procedimiento inquisitivo, el cual culminaba con la muerte, previo procedimiento intimidatorio, por medio de los azotes o la marca infamante con hierro candente. La tortura era el medio utilizado para lograr *la confesión* y someter al prisionero.

Fue en esta etapa cuando se inventaron los aparatos de tortura más escalofriantes como nunca antes en la historia de la humanidad, tales como la rueda, donde era sometido el prisionero hasta fracturarle los huesos, o sujetar de pies a cabeza al prisionero a un pilar hasta que moría, el descuartizamiento con caballos o la horca en el mejor de los casos.

Surgieron los calabozos, las jaulas de hierro y los trabajos forzados hasta morir dentro de las galeras. La crueldad de las penas corporales perseguía como único fin, intimidar a las clases inferiores para mantener intactos los privilegios reales y de la oligarquía. Pero dicha concepción del castigo cambió, como ya se ha estudiado, con la llegada del renacimiento y el surgimiento del iluminismo.

1.2 Historia del Derecho Penal en México

Antes de la llegada de los españoles, el territorio que hoy ocupan los Estados Unidos Mexicanos era el más poblado del continente, con alrededor de 4.5 millones de habitantes, aunque no se puede considerar la existencia de una nación como tal, por falta de unidad política entre sus pueblos. Este aislamiento tuvo lugar, en parte, debido a la falta de un lenguaje común y a la gran diversidad de lenguas existentes en aquella época, alrededor de 180, las cuales a su vez, tenían cuatro o cinco dialectos diferentes.

Tras la llegada de los españoles en 1521, el material histórico para el estudio de la historia del Derecho Penal en México resulta escaso y especialmente el de la

etapa precortesiana. Sobreviven algunos códigos, pinturas y crónicas por parte de los conquistadores y evangelizadores de aquella época.

1.2.1 Los primeros pobladores

Datos aportados sobre el estudio del derecho indígena afirman que es probable que ya hubiera pobladores en nuestro territorio actual desde hace aproximadamente veinte mil o quince mil años; no se tiene certeza si ya existía una lengua desarrollada como tal, aunque hayan sido utilizados los sonidos, las mímicas y otras formas como medio de comunicación.

Aún cuando el territorio permitía una vida vegetal abundante, los pobladores ampliaron sus actividades principales como la cacería además de la agricultura y domesticación de algunos animales; “La escasez de proteína animal ha sido, probablemente, uno de los factores que impulsó al indígena al canibalismo y, más tarde, a las ‘guerras floridas’: los dioses requerían corazones y sangre, pero, a su lado, los hombres mostraron interés por el considerable salto de los despojos.”¹¹

1.2.2 Derecho Penal Precortesiano

Se denomina *derecho precortesiano*, al que antecede a la llegada de Hernán Cortés en 1521, en función de los tres señoríos o reinos principales: maya, azteca, tarasco y demás grupos existentes en menor nivel de desarrollo. El estudio del derecho precortesiano, resulta en extremo difícil de analizar, ya que su legislación no se plasmó en escritura fonética, sino únicamente en pictografía y códigos, como ya se mencionó con anterioridad.

Las leyes y las penas conformaron un derecho y una reglamentación a seguir, que se transmitía verbalmente y pasaba de una generación a otra, creándose con el paso del tiempo, un *derecho consuetudinario*.

¹¹ Margadant, Guillermo Floris, *Introducción a la Historia Del Derecho Mexicano*, Ed. Editorial textos universitarios, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1971, p. 9.

Así, a través del material histórico disponible y de los relatos de los primeros conquistadores y evangelizadores, se conoce de la gran severidad del Derecho Penal precortesiano, por lo que algunos autores como Raúl Carrancá y Trujillo y José Luis Soberanes Fernández, se atreven a calificarlo de draconiano, por su similitud en la aplicación constante de la pena de muerte.

Igualmente se conoce que en aquella época no existía unidad política entre los pobladores, sino reinos que poseían su propia reglamentación en materia penal.

No obstante lo anterior, los grupos o culturas prehispánicas tuvieron un tronco común en la *cultura olmeca*, ya que no existen referencias anteriores a ella, razón por la que se inicia primeramente con esta cultura y su legislación penal en el presente estudio.

1.2.2.1 Olmecas

La Cultura Olmeca se desarrolló entre los siglos IX y I a.C. en el sureste del territorio mexicano. Esta cultura desarrolló rituales mágicos y tenía por costumbre el consumo de hongos alucinógenos. El Derecho Olmeca no tuvo ningún precedente o tronco común y los hombres dirigían y controlaban a la sociedad. La mujer ocupaba un lugar socialmente relegado, por lo cual, no existió el matriarcado.

Existió una jerarquización de las clases sociales y la esclavitud. Los conquistados adquirían esta categoría social y se les imponía la realización de tareas públicas.

1.2.2.2 Mayas

De la cultura maya se tienen antecedentes que datan de los siglos III y XVI d.C. Esta cultura abarcó los actuales Estados de Yucatán, Campeche, Tabasco, Quintana Roo y parte de Chiapas, además de Guatemala, Honduras y Belice.

Los mayas conformaron un imperio no centralizado, conformado por un conjunto de ciudades-Estado, dirigidas por la nobleza y por los sacerdotes. Existía unidad a través de un lenguaje común y por la uniformidad en sus creencias

religiosas, ejerciendo el politeísmo. Realizaban sacrificios humanos para honrar a sus dioses entre los que se encontraban generalmente los individuos conquistados y en menor grado los esclavos que habían adquirido esta calidad ante la comisión de un delito considerado como grave.

El gobierno estaba encabezado por un jefe supremo, el *halach-uinic* (en lenguaje *Molul: hombre verdadero*), cuyo cargo era hereditario y existía una marcada división de clases sociales representada por la nobleza, la burocracia administrativa y ejecutiva, los comerciantes, los intelectuales, los artesanos y los plebeyos.

Las ciudades mayas vivían en una constante competencia comercial, lo cual originó múltiples guerras entre ellas; la civilización maya desapareció alrededor del año 900 d.C. por causas aún desconocidas.

Se caracterizó por su extrema severidad, se formó a través del tiempo, cuando sus costumbres adquirieron el rango de ley para mantener el orden social. Así, su Derecho Penal surgió de la costumbre y no de una legislación escrita, la cual toda la población conocía, aunque algunas normas surgieron por una promulgación especial. La costumbre operó a manera de *justicia privada*, como en la libre determinación de los particulares o de la familia, para pedir la intervención de la justicia en ciertos delitos. Debido a la vergüenza pública de los afectados, varios delitos quedaban impunes, como el adulterio, el amasiato, el latrocinio, las heridas y hasta el homicidio.

En la sociedad maya, el Derecho Penal era manejado por el Estado, disponiendo los procesos y las sanciones. Los mayas no diferenciaron lo civil de lo *religioso*, por lo cual las jerarquías políticas cumplieron también funciones religiosas. El delito era considerado un pecado (*keban*) e iba en contra de la sociedad.

El *halach-uinic*, como máxima autoridad estatal, tenía poder en todos los campos de gobierno e incluso en el religioso y podían legislar normas para su propio poblado y aquéllas bajo su dominio.

Además, ejercía como juez supremo en cuestiones graves de su ciudad como *batab*, aplicaba la ley a las autoridades superiores de otras poblaciones y resolvía los litigios entre los miembros de dos comunidades diferentes.

Para ejercer su autoridad, tomaba en cuenta la opinión de un Tribunal Supremo, considerando en primer lugar las cuestiones pertenecientes al culto divino, las de la guerra, de la paz y de los delitos graves.

Por su parte, el *batab* era el jefe político o cacique principal maya en cada ciudad. En el campo del derecho, éste tenía un amplio poder tanto para legislar, como para juzgar o sancionar y con una extensa libertad para manejar las normas, excepto cuando se encontraba sujeto a la soberanía de su gobernante. Las penas más comunes impuestas por el *batab*, eran la muerte o la esclavitud y sus sentencias eran inapelables.

Para desempeñar sus funciones, el *batab* contaba con un consejo del pueblo para analizar todos los asuntos concernientes al gobierno y los de carácter jurídico.

En el campo del Derecho Penal, los miembros de esta asamblea no tenían poder legal, sino únicamente de manera colegiada, emitiendo su voto individual con el *batab*, salvo en el caso de que el delito lo hubiera cometido el gobernante.

Chí relata que el *batab*, para oír los litigios y las demandas públicas, tenía un gobernante o persona de rango en las ciudades, el *ah kulel*, aunque éste tenía una jurisdicción limitada que el *batab* le concedía. Así, para los casos dudosos o graves como los acontecidos en contra de un *Ahau* (persona constituida en gran puesto), no podía pasar, sin ser delito, a determinar y dar sentencia, ni eliminar la averiguación y la pesquisa y el caso se transfería al rey o *halach-uinic*, formándose una segunda instancia, dada la importancia de la situación, cuando la infracción a la ley era objeto de penas como la esclavitud o la muerte.

En esta segunda instancia, el *halach-uinic* se reunía con los *ah cuchcabooob*, miembros más ancianos y de alto linaje, constituidos en un tribunal para deliberar sobre la impartición de penas o prohibición de delitos graves y en general, todo delito cometido en perjuicio de las personas, las instituciones políticas y las religiosas. Estas dos últimas, perseguidas como lo que ahora se entiende de oficio, por considerarse graves y de alteración al orden social.

Por lo tanto, el *ah kulel*, conocía de asuntos no serios, poniendo de acuerdo a los litigantes y obligando a que se cumpliera la norma violada; igualmente imponía indemnizaciones en favor del agraviado, tasaba las multas o ejecutaba un castigo menor.

Los jueces podían recibir presentes de ambas partes, que servían como instrumento legal. En caso de una demanda, la parte actora costaba el proceso de la misma manera a los *batab* y a los *ah kulel*, pero al pasar el asunto a la segunda instancia, no se otorgaba retribución alguna.

Dentro de cada una de las comunidades mayas, las autoridades, según su rango, poseían ciertas atribuciones legales. El *tupil*, era el alguacil que estaba siempre presente ante los jueces *Batabs*. La función del *tupil* consistía en permanecer junto a los jueces durante las diligencias para ejecutar las órdenes que éstos le asignaban. Entre otros asuntos, los *tupiles* eran los encargados de capturar a los culpables, pedir su presencia a los testigos o buscar pruebas; característica comparable al de un policía, cuyo cargo entre los mayas, era altamente honroso.

Los *ah cuch cabe*, de mayor rango que los *tupiles*, eran los abogados o mediadores. En ocasiones fungían como magistrados y poseían un alto rango. Debían provenir de la clase noble, haber desempeñado varios puestos públicos previamente y haber actuado con gran rectitud durante el ejercicio de esas funciones, su cargo era vitalicio. Por su parte, los verdugos o *tupiles*, ejecutaban la pena de manera inmediata.

Las sanciones mayas tenían por objeto mantener el orden social, evitando la comisión de conductas antisociales y la reincidencia a través de la represión y el temor de la comunidad. En este contexto, el sentido preventivo y correctivo sancionador, contenía un carácter mágico purificador, ya que el delito (*keban*), mencionado con anterioridad, era considerado también un pecado en contra de las fuerzas superiores.

La muerte era reservada para los adúlteros, violadores, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la esclavitud para los ladrones de

gran cuantía. “Un mérito del primitivo derecho maya era la diferenciación entre dolo (pena de muerte) o culpa (indemnización) en materia de incendio y homicidio.”¹²

La pena para los delitos graves podía pasar a sus familiares en cuanto a la pena de deshonra, pérdida de cargos públicos y de sus propiedades, aunque cualquier familiar podía pagar la deuda.

En algunas ocasiones cuando se trataba de pena capital, se lapidaba o en el cenote sagrado se ejecutaba mediante ahogamiento, no obstante, la peor pena de muerte impuesta a un reo, consistía en ser lanzado desde un despeñadero o una colina, ya que la agonía era lenta y de gran vergüenza, por el destrozamiento de los miembros.

La legislación penal maya diferenciaba los delitos dolosos de los culposos y aplicaba *la ley del talión: ojo por ojo y diente por diente*, ante el homicidio intencional, quedando excluidos los menores de edad, sancionados con la esclavitud y a quienes por lo general, no se les aplicaban penas severas.

El Derecho Penal Maya reconoció el recurso del perdón, otorgado por la parte ofendida al delincuente, como en el caso del adulterio, donde el marido ofendido podía optar por el perdón o la pena capital. La mujer era condenada a sufrir la vergüenza pública frente a la sociedad. Cabe mencionar que el delito de adulterio dentro de la sociedad maya, era el más repudiado. Igualmente este Derecho Penal adoptó la multa y la reparación del daño, pagados en estos casos al ofendido, mediante plumas de ave, que los mayas consideraban de gran valor.

Entre los mayas resultaba común la aplicación de tatuajes decorativos en el rostro, aunque en el caso de la comisión del delito del robo, el objeto era grabado en la cara del ladrón y si era cometido por algún miembro importante o de alto linaje, se le labraba el rostro totalmente. Frente al robo de bienes no sustituibles, la sanción aplicada era la esclavitud. Los delitos menores eran castigados con el corte del pelo y la exhibición pública.

¹² Margadant, Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 16.

La cárcel no era considerada entre los mayas una sanción, utilizaban jaulas de madera para encerrar a los presos. De noche eran sacados, alimentados e incluso recibían regalos, para luego ser regresados, en espera de recibir la sentencia, la que por lo general no dilatada. Contrariamente, los mayas se valían de la tortura para obtener “confesiones”, que podían ser orales, testimoniales o de otro tipo para probar la culpabilidad.

La imposición de las penas en el Derecho Penal maya no distinguía entre clases sociales y era proteccionista para las víctimas más desprotegidas, otorgando una mayor severidad hacia los victimarios pertenecientes a las altas jerarquías sociales.

1.2.2.3 Aztecas

La cultura azteca ha sido una de las más estudiadas, en el caso que nos ocupa, desarrolló el sistema de Derecho Penal más especializado, sobresaliendo de todas los demás de la época. Esta cultura dominó el centro y sur del México actual, del siglo XIV al XVI y estableció un gran imperio hasta lo que hoy es el país de Costa Rica, que posteriormente fue destruido por la conquista española, aliándose con los tlaxcaltecas para tal fin.

Según fuentes históricas, el Dios *Huitzilopoztli* (Dios de la guerra) solicitó a los aztecas su salida de un islote en *Aztlán* (que en náhuatl significa *lugar de garzas*), en el estado de lo que hoy es Nayarit, para buscar la señal mítica de un águila parada sobre un nopal para fundar su ciudad, por lo que se establecieron primeramente en Tula y en otras veinte ciudades más, hasta llegar a un islote del lago de Texcoco, propiedad del Señor de *Azcapotzalco*, fundando una ciudad y llamándola México - Tenochtitlán, proclamándose los aztecas como *mexicas*. Su ciudad fue ampliándose y construyeron espacios flotantes: las chinampas; no obstante, los mexicas pagaban altos tributos a los tepanecas de Azcapotzalco, por lo cual construyeron en un islote vecino, una ciudad anexa a la principal, llamada *Tlatelolco*.

En una primera etapa, México-Tenochtitlán fue gobernada por un grupo de ancianos o sacerdotes. Posteriormente, los mexicas buscaron que un rey de

ascendencia tolteca noble los gobernara y le solicitaron al Rey de *Culhuacán*, cediera a su hijo como gobernante. Por lo tanto, en 1376, *Acamapichtli* fue elegido como primer *Tlatoani* (rey y máximo sacerdote) de los mexicas, aunque continuaron ofreciendo tributos al Señor de Azcapotzalco, razón por la cual optaron por convertirse en un pueblo predominantemente guerrero e iniciar guerras para conquistar otros espacios territoriales. Consecuentemente, el ejército mexica constituyó la primera fuerza del imperio y el principal apoyo del *Tlatoani*, logrando conquistar amplios territorios.

Todas las clases sociales tomaban parte en las campañas militares y el ascenso iba en función del número de capturados, pasando los guerreros, según el caso, a formar parte de las órdenes del jaguar o del águila, que portaban una vestimenta especial, formando un distinguido cuerpo de batalla y recibían una mayor porción de los botines producto de las guerras.

Las llamadas guerras floridas eran llevadas a cabo con el fin de hacer prisioneros para el sacrificio. La ofrenda de sangre humana y de animales tenía como objeto alimentar a las deidades solares para asegurar su existencia y la supervivencia de los seres vivos.

Con el transcurso del tiempo, la guerra adoptó una reglamentación consuetudinaria entre los mexicas y aparecieron los tribunales militares, especializados exclusivamente para conocer de los delitos, producto de la clase guerrera. Entre los delitos militares aztecas, se excluyó el ataque por sorpresa y la traición al Rey. La declaración de guerra se hacía por el rey, una vez comentada con los ancianos y guerreros; acto seguido, los representantes transmitían esta declaración mediante tres notificaciones con 20 días de intervalo cada uno.

Cabe resaltar que la política de conquista mexica se regía por un principio de paz hacia los pueblos conquistados, permitiéndoles seguir regidos bajo sus propios sistemas de gobierno, aunque sin dispensarles el pago de los debidos tributos.

Dada la extensión geográfica que los mexicas lograron con el transcurso del tiempo, en razón de sus conquistas (llegaron a dominar hasta el territorio que hoy ocupa el país de Costa Rica), su cultura desarrolló una división territorial, integrada

por el *calpulli*, como base de organización política, social y jurídica, que contenía una porción de tierra e ideología propia.

La sociedad mexicana presentó un sistema social piramidal, dividido en tres clases sociales: la nobleza (*pipiltin*); los *pillis* (nobles subordinados); los plebeyos (*macehualtin*) y los esclavos (*tlacollis*).

En cuanto a la nobleza, ésta se encontraba presidida por el *Huey Tlatoani*, quien era el jefe religioso, civil y militar: el emperador supremo y perteneciente a la familia real, aunque no necesariamente hijo del emperador anterior. El *Tlacatecuhtli* (señor de señores) reunía los poderes religioso, militar y administrativo y los *Tecuhtlis* (señores principales). Los nobles vestían túnicas de algodón ricamente bordadas, usaban pendientes y collares de oro con piedras preciosas y calzaban sandalias doradas.

El brazo derecho del emperador era el *cihuacoatl*, encargado de la administración interna de la ciudad, equivalente a lo que hoy sería un regente. El *cihuacoatl* más importante fue *Tlecaelel*, bajo el mandato del emperador *Izcóatl* y actuó como el cerebro de la expansión del imperio mexicano, planeando la Triple Alianza con los señores de Tacuba y Texcoco y creando magnas obras arquitectónicas y un gran desarrollo urbanístico como calzadas y acueductos, mas ordenó quemar los códices de todos los emperadores anteriores, a fin de renovar el poderío mexicano en todos los ámbitos, destruyendo así importantes fuentes históricas de esta cultura.

Por su parte, los *pochtecas* eran los comerciantes encargados de traer a Tenochtitlán productos básicos o de lujo desde cualquier punto geográfico regido por el imperio mexicano. También comerciaban con esclavos y servían por sus múltiples viajes comerciales, como espías o informantes a los nobles, sobre los pueblos enemigos. Las transacciones comerciales las efectuaban pagando con plumas de quetzal, piedras preciosas y pieles exóticas, ya que el oro, la plata y el bronce adornaban a la nobleza y a los sacerdotes. Los *pochtecas* disfrutaron de una gran posición y privilegios por su relación con la nobleza y los de alto rango,

habitaban en *Tlaltelolco* en un principio como una ciudad independiente de *Tenochtitlán*, que más tarde pasaría a ser anexada a esta última.

Los *macehuales* abarcaban a los artesanos y campesinos que vestían únicamente taparrabos y no podían calzar sandalias en presencia de sus superiores.

A la clase plebeya (*macehualtin*), el *Tlatoani* le otorgaba en propiedad vitalicia un terreno para que construyera su casa, pero a la capa más baja de plebeyos los *tlamatl*, no les era permitido poseer propiedad alguna y se establecían en tierras arrendadas.

Los *mayeques* eran los siervos tributarios de los mexicas, provenientes de otros pueblos y eran vendidos como parte de la tierra.

Por último, los *tlacollis* eran los esclavos de los mexicas. Sus hijos nacían en libertad, pero muchos eran sacrificados a los dioses. Otros esclavos eran los *macehualtin* que habían cometido crímenes o se habían vendido a sí mismos para pagar sus deudas. Los pobres podían vender a sus hijos como esclavos por un periodo determinado y a su vez, los esclavos podían comprar su libertad. Los esclavos que lograban escapar del dominio de sus amos y llegar al palacio del emperador sin ser atrapados, obtenían su libertad. La totalidad de las clases sociales trabajaban sin excepción.

El sistema de la familia mexicana fue poligámico entre los nobles. La ceremonia religiosa del matrimonio solamente era llevada a cabo con la primera esposa, aunque la esposa tenía preferencia sobre las concubinas y sus hijos para heredar. El noble podía intimar con cuántas concubinas pudiera mantener y tenerlas aún bajo su mismo techo. Las clases sociales más bajas, generalmente se unían de manera monógama, primeramente en concubinato hasta solventar los gastos de la vida en común para posteriormente llevar a cabo la ceremonia de matrimonio, impartida por un sacerdote para culminar el evento con una comida. El cónyuge necesariamente debía habitar durante cinco años en la casa de la esposa al inicio del matrimonio, y recibía alimentos y regalos por parte del suegro. Los viudos no celebraban nuevamente el ritual del matrimonio y hacían una vida en común. Existía el divorcio,

en caso de que la esposa no cumpliera con sus deberes de crianza de los hijos, mala conducta por no realizar sus labores domésticas o fuera indiscreta. Igualmente, los matrimonios podían darse bajo situaciones determinantes o por tiempo indefinido con el nacimiento del primogénito varón, que entre los nobles, heredaba el cargo del padre.

Los mexicas, principalmente guerreros, educaban a sus hijos para el combate y sus conquistas, para así poder conseguir cautivos con el fin de realizar sacrificios humanos en favor de sus dioses, por lo cual, desde pequeños se les inculcaba el manejo de las armas, la cacería, la plantación y se les inculcaban principios rígidos de supervivencia, bañándolos desde pequeños con agua helada y portando ropas escasas para templar su carácter.

También recibían castigos severos y al mismo tiempo consejos y pláticas de sus padres, acerca de los valores familiares, la justicia, el deber, el rechazo a la mentira, los vicios y el libertinaje, el respeto a la sociedad en mayor observancia de los ancianos, los pobres o los desvalidos y la reverencia a los dioses. Los niños eran adoptados por su progenitor como mentor y las niñas por parte de su madre, adoptaban el perfil que las preparara para formar un hogar.

Los nobles eran educados en el *Calmecac* y los plebeyos en el *telpochcalli*, aunque ambas clases sociales recibían por igual entrenamiento para la guerra. En caso de guerra, cada *calpulli* tenía la obligación de aportar cuatrocientos hombres al ejército mexica, siendo en el caso de los niños, la costumbre de afeitarles la cabeza a los diez años, premiándolos dejándoles crecer el pelo por capturar a un enemigo en combate.

Los mexicas eran politeístas y eran regidos en materia religiosa por *Huitzilopochtli* (dios de la guerra), *Tonatiuh* (dios del sol), *Coyolxauhqui* (diosa de la luna), *Tláloc* (dios de la lluvia) y *Quetzalcóatl* (dios de la resurrección).

Los primeros gobiernos mexicas fueron teocráticos y posteriormente estuvieron bajo un mando militar. Con Moctezuma Xocoyotzin llegó un jefe supremo de Estado y Señor de señores: un *tlacatecutli*, que reunió a los poderes religioso, militar y administrativo. La religión mexica realizaba sacrificios humanos y de

animales. El máximo honor guerrero consistía en morir en combate y era igualado por las mujeres muertas durante el parto. Los guerreros eran los hijos favoritos del dios del sol *Tonatiuh*. El mes mexica se componía de veinte días, y durante dos meses al año, se realizaban sacrificios de niños para honrar a *Tláloc*, dios de la lluvia, esperando lluvias para las cosechas, y otro bimestre al de doncellas en favor de los dioses. Generalmente el sacerdote, posteriormente al sacrificio, se imponía la piel de la víctima.

La etapa de la venganza divina aparece claramente en esta cultura. Los mexicas realizaban sacrificios humanos, donde tras la apertura de los cuerpos, se les extirpaba el corazón a los sacrificados para ofrecer la sangre a los dioses. En el caso del sacrificio infantil, generalmente los niños eran entretenidos toda una noche en cualquiera de las cuatro colinas dispuestas para el festejo y al amanecer, el sacerdote provocaba el llanto de los menores para obtener las lágrimas que alegrarían a las deidades, procedía a romper primeramente el cráneo, sacaba el corazón y posteriormente comía las entrañas una vez hervidas éstas.

Mención aparte corresponde al sacrificio de los esclavos o sus hijos, los guerreros pocas veces eran sacrificados. El antropofagismo era una práctica aún no claramente probada como una costumbre tradicional, aunque hay indicios históricos que estiman que en algunos casos la población la practicaba. La automutilación expiatoria también era una práctica común especialmente para los hombres, que se insertaban espinas en el cuerpo y en el pene, las cuales, una vez ensangrentadas, eran depositadas en los templos debajo de las imágenes de los dioses.

En este contexto, los mexicas abarcaron dos instituciones que protegieron a su sociedad: la tribu y la religión como eje rector y de obediencia divina. Quienes violaban el orden social eran considerados como inferiores y sometidos a una especie de esclavitud, expulsados de la comunidad, enfrentados a las fieras o a las tribus enemigas. Con el incremento de la población y de las conquistas territoriales, crecieron los delitos y el Estado estableció excesivas medidas sancionadoras.

Aún antes de la llegada de los españoles, esta cultura había alcanzado un gran desarrollo en materia penal, aunque no tenía una separación entre las normas jurídicas y las morales, concebía la imposición de penas como un principio ético para la sociedad.

Los mexicas iniciaron un sistema jurídico consuetudinario y los códigos del antiguo imperio fueron destruidos, como se mencionó líneas arriba, por parte de *Tlacaelel* quien pensó en erradicar toda la cultura anterior; posteriormente, la conquista, también hizo desaparecer otra gran parte del legado jurídico restante penal de aquella época, por lo cual se consideran fuentes históricas del Derecho Penal, los códigos que aún permanecen entre nosotros, los dibujos, pinturas, crónicas y relatos tanto de los conquistadores, como de los evangelizadores. El Derecho Penal mexica fue uno de los primeros en transformarse del sistema consuetudinario al escrito, tal y como lo muestra el *Código Mendocino*.

En la última etapa del Imperio mexica, el derecho civil fue objeto de tradición oral y el penal era escrito. Así, los mexicas utilizaron la escritura pictográfica grabada en papel o pieles de animales, transformando la escritura pictográfica en fonética; aún se conservan varios de estos escritos o códices que representan los delitos de la época en dibujos, al igual que las penas.

Anterior a la conquista, el Imperio mexica inició un movimiento codificador para uso de los jueces y en menor grado para la población, que incluía la tipificación de los delitos y normatividad procesal.

El Rey Netzahualcóyotl creó el Código Penal que lleva su nombre, integrado por un total de 80 leyes, derivadas de los usos y costumbres, pero estrechamente ligadas al carácter religioso y con el derecho natural, imponiendo comúnmente la pena de muerte, pero por otra parte, imponiendo prácticas recreativas a los jóvenes consistentes en la realización de cantos y bailes nocturnos como medida de prevención del delito.

Por otra parte, el Derecho Penal mexica era en extremo severo en referencia a los delitos que pusieran en peligro al Estado o a sus gobernantes, por lo cual se sancionaban en primer lugar, las conductas contra el Estado, el Rey, la ideología

guerrera, conductas que afectaran el poder político religioso, contra la propiedad, las personas y otros más.

Las penas más frecuentes eran la muerte o el destierro. Entre otras se encontraban las penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución del empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporal, pecuniaria, lapidación, el descuartizamiento, ahogamiento en el cenote, la horca, estrangulamiento, la muerte a palos o a garrotazos, empalamiento, decapitación, incineración en vida, machacamiento de cabeza, prisión en cárcel o en el domicilio. A las personas crueles también se les aplicaban otro tipo de infracciones; el ciudadano mexicano era en exceso apegado a su familia, a su ciudad y a la religión, por lo cual el destierro era una de las penas más terribles, a no ser la muerte.

Los mexicanos conocieron la diferencia entre los delitos dolosos y culposos, las atenuantes y agravantes de la pena, las causas excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto, la amnistía y el perdón. Al conquistar otros pueblos, los mexicanos también influyeron en otras prácticas jurídicas.

Los delitos *contra la seguridad del Imperio* se sancionaban con desollamiento en vida, descuartización, confiscación de bienes, demolición de la casa, esclavitud y muerte por lapidación.

Los delitos contra la vida eran castigados con la pena de muerte, salvo que la viuda solicitara para el homicida la esclavitud.

Los delitos *contra la moral pública*, como el exhibicionismo se castigaban con prisión y cien azotes con tiras de fibra de maguey; la riña a través de una indemnización al ofendido.

Los delitos contra el orden de las familias como el parricidio o el filicidio se castigaban con la pena capital; el lenocinio con la quema del cabello en público y en caso de reincidencia se imponía la pena de muerte.

Para el caso de adulterio se imponía la pena de muerte a la adúltera y a su cómplice, envolviéndolos atados en un petate y ahogándolos en una laguna. No quedaba exento de recibir una pena ni siquiera el esposo que encontraba a la

esposa adúltera con el amante, la lapidación o el estrangulamiento se imponían a los adúlteros sorprendidos realizando el acto sexual.

Los delitos sexuales eran severamente castigados y no distinguía clases sociales, ya que se imponía la pena de muerte incinerando en el templo a los sacerdotes que violaban el celibato. Para el delito de violación, incesto o estupro, se imponía la pena de muerte.

También se imponía la pena de muerte para el caso del delito de aborto, tanto a la victimaria como a sus cómplices, son consideraba como delito la homosexualidad y se castigaba al activo empalándolo y al pasivo se le extraían las entrañas por el ano.

Los delitos cometidos por los servidores públicos o funcionarios, entre ellos el de suplantación del cargo público, eran castigados con la pena de muerte, también se sancionaban los delitos en contra de las personas en su patrimonio, el fraude y el abuso de confianza se sancionaban con la esclavitud, el robo de mazorcas por hambre se perdonaba la primera vez pero en caso de reincidencia se condenaba con la esclavitud o la pena de muerte, según la gravedad del delito.

La mentira en la mujer o en los niños también era sancionado con pequeñas incisiones en los labios o en la lengua y en los adultos era penado con la pena de muerte.

Los vicios también eran sancionados, como en el delito por embriaguez, que cuando lo cometía un plebeyo, se procedía a la quema del pelo y por un noble, se le penaba con el destierro, la demolición de su casa, la pérdida de sus bienes y si lo cometía en un templo, se le imponía la pena de muerte.

Como causas excluyentes o atenuantes de punibilidad, se consideraron a la embriaguez completa; como excusa absolutoria a la menor de edad de diez años en el caso de robo y el robo de espigas por hambre como excluyente por estado de necesidad. Se reconocieron la venganza privada y el Talión, aunque había diferenciación en la imposición de penas más severas para los nobles que para los plebeyos.

La estructura judicial en el Derecho Penal mexicana era altamente especializada, ya que cada *calpulli* era regido por un consejo de ancianos con un tribunal, el *Tecalli*, que resolvía los asuntos no graves de los *macehualtin* y el *Tlacxitlán*, que tenía competencia en los casos de los *pipiltin* y en asuntos capitales de los *macehualtin*. Para la resolución de los delitos graves, éstos se resolvían en el tribunal del *Cihuacóatl* y del *Tlatoani*. A continuación se detallan las características de cada uno de estos tribunales, sus funciones y las sanciones para los funcionarios en caso de incumplimiento.

En cuanto a la estructura judicial el mayor tribunal era el del *Tlatoani*, quien era el superior jerárquico del *Tlacxitlan* o *Tecalli* y estaba presidido por el *Cihuacóatl*. Este tribunal sesionaba cada 24 días, estaba integrado por 12 o 14 magistrados, para conocer de asuntos graves y era la última instancia de apelación. En caso de incumplimiento por uno de sus funcionarios o del *Cihuacóatl*, la pena era la muerte.

El segundo tribunal era el *Tlacxitlan* o *Tecalli*, su superior jerárquico era el *Tecutli* y este era un tribunal intermedio. Estaba integrado por tres o cuatro magistrados, los *tlatoques* o *tecutécatl*, nombrados por el *Tlatoani* y presididos por el *Tlacatécatl*. Estos magistrados tenían carácter vitalicio y solamente podían ser removidos por mala salud física o mental, debido a su avanzada edad o faltar a sus deberes. Se dividía en dos salas: el *Tlacxitlan* para juzgar a los nobles, y el *Tecalli* para juzgar a los plebeyos. Este tribunal atendía asuntos de todo tipo, pero de mediana importancia, previa autorización del tribunal del *Tlatoani* y en caso de incumplimiento, se procedía a la destitución del cargo.

El tercer tribunal era el del *Tecuhtli* o *teuctli*, que era el del juez de primera instancia y éste era elegido de manera popular por los jefes de la familia del *calpulli* y era nombrado oficialmente el *Tlatoani*, permaneciendo en el cargo un año. Este juez atendía casos civiles o penales de bajo monto, suscitados entre los vecinos del *calpulli*. Había jueces *Tecuhtlis* para atender los asuntos de los nobles y de los plebeyos. En caso de incumplimiento, la primera vez se daba una reprensión por parte de los demás jueces por recibir obsequios o pedir algo a cambio de los servicios. La segunda vez eran trasquilados y se les privaba de sus cargos. En

casos más graves, ante conocimiento de causas propias o por falsear datos en el proceso, se les condenaba a muerte y el derrumbe de sus casas.

- El *Tepatatoani* (el que habla por otro), era el abogado de profesión noble que había estudiado en el *calmecac* y todo acusado debía contar con sus servicios.
- El *tlacuilo* era el escribano que también fungía como notario moderno, ya que su labor más bien era la de registrar los hechos históricos que afectaban a los mexicas.
- El *tecpoiotl* era el mandoncillo o actuario de nuestros días.
- El *cuahnoch* era el ejecutor que llevaba a cabo las sentencias.
- Los *centectlapixes* eran los policías de barrio, siendo electos de manera anual y regulaban la conducta de las familias, denunciando toda irregularidad observada.

Por otra parte, el Tribunal de Texcoco, estaba formada por una Corte Suprema integrada por doce magistrados designados por el Tlatoani de Texcoco que las presidía, en tres salas: civil, penal y militar con 4 jueces cada una.

También existían tribunales especiales como el *Tequihuacalli* o *tecpilcalli* (casa de los guerreros) del orden militar y otro de guerra que funcionaba en el campo de batalla: religiosos para juzgar a los *tenochcas* o sacerdotes; para asuntos del mercado o tianguis; del comercio para juzgar a los *pochtecas*, quienes tenían sus propios jueces, los *pochtecatlatoque*, que tenían el poder de otorgar permisos para el comercio con regiones lejanas o ricas y por último, los tribunales de menores o estudiantes.

Como elementos procesales, encontramos que el juicio civil requería de una demanda *tetlailtlaniliztli*, y en los juicios penales, para la aprehensión de los posibles delincuentes, se procedía por denuncia o por oficio. Curiosamente, el acusado no podía preguntar del delito que se le imputaba por considerarse una ofensa a los dioses, pero podía favorecerse por el recurso de apelación. Las sentencias del

Tlahtocan eran definitivas e inapelables. Las notificaciones se conocían como *tenanaitiliztli* y a la sentencia como *tlatzolequilitzli*.

En cuanto al proceso penal, las audiencias eran públicas y privadas, en el acusador recaía la carga de la prueba. Las pruebas abarcaban la testimonial, la confesional, la presuncional, la documental y el careo. Un juicio no podía durar más de 80 días y los juicios por delitos graves eran más cortos. El procedimiento penal era oral, levantándose en sesiones con un protocolo. Las principales sentencias se registraban mediante pictografía y eran guardadas en archivos oficiales.

El sistema penitenciario mexicana contemplaba a la reclusión en lugares especiales, en los palacios de los gobernantes y en las casas de los delincuentes. El *telpiloyan* (lugar de presos) eran las cárceles comunes, el *cuauhcalli* era el lugar al que entraban los condenados a muerte o al sacrificio y el *petlacalli* era el sitio en donde ingresaban los presos por faltas leves. Las cárceles no tuvieron gran importancia en el Derecho Penal mexicana, ya que también existía la pérdida de la libertad a través de la esclavitud.

1.2.2.4 Tlaxcaltecas

Habitaron el valle poblano-tlaxcalteca aproximadamente en el año de 1899 a.C. y actualmente habitan en lo que se conoce hoy como el Estado de Tlaxcala.

Su población aumentó hasta formar villas constituidas en varios pueblos a través de la cooperación familiar, regando cultivos, creando canales y construyendo plataformas para celebrar sus celebraciones religiosas en honor al dios del fuego *Huehuetéotl*. Así evolucionaron, construyendo amplias residencias, estelas, sarcófagos de piedra y rindiendo culto a más deidades. Los sacerdotes adquirieron mayor poder y dominaron a la población, construyéndose grandes centros ceremoniales.

Una vez estructurados como una federación, los tlaxcaltecas elegían a su líder supremo y emprendían campañas militares. Jamás fueron sometidos por los

mexicas, y esto les impidió comerciar libremente con libertad con otros pueblos sometidos por ellos, aunque gracias a acuerdos políticos realizados con los mexicas, lograron preservar su autonomía y desarrollar las artes. Ante la llegada de los españoles a sus territorios, los tlaxcaltecas, con *Xicoténcatl* como emperador, en una primera etapa enfrentaron al enemigo y posteriormente se unieron a los enemigos para derrotar al Imperio mexica.

Existían la pena de privación de la libertad y la pena de muerte por lapidación, ahorcamiento, decapitación o descuartizamiento por falta de respeto a los padres, al causante de daños graves al pueblo, al traidor en contra del Rey o del Estado, para quien portara las insignias reales durante la guerra, para aquél que maltratara a un embajador, al guerrero o ministro del rey; para el que no acatará los límites impuestos en el campo y para el juez que sentenciara injustamente o contra la ley.

1.2.2.5 Tarascos

La cultura tarasca se inició en el año 1200 d.C. y se desarrolló en la región oriental del estado de Michoacán y sus dominios se extendieron hasta el territorio de los actuales Estados de Guerrero, hasta el sur de Jalisco y el centro de Guanajuato. Sus pobladores se autodenominaron purépechas.

Tarasco significa en voz *trascue*: mi yerno o mi suegro, utilizado por los indígenas para referirse a los primeros españoles que los colonizaron.

Su gobierno era monárquico, encabezado por el *Calzintzi* y teocrático. La sociedad tarasca practicaba la poligamia y era una cultura dedicada a la pesca, alfarería, escultura, pintura, orfebrería y únicos conocedores del manejo del bronce, lo cual guardaban con enorme secreto.

Los tarascos eran crueles en sus leyes, siendo la pena de muerte uno de los principales castigos. El adulterio cometido con alguna de las mujeres del *Calzontzi* era castigado con la muerte del adúltero y trascendía a toda su familia y sus bienes eran confiscados.

Cuando un familiar del *Calzontzin* llevaba una vida escandalosa, se le imponía la pena de muerte junto con su servidumbre y se le confiscaban sus bienes.

Al violador de mujeres, le rompían la boca hasta las orejas y era empalado hasta morir. El hechicero era arrastrado o lapidado hasta morir.

A quien robaba, la primera vez generalmente se le perdonaba y en caso de reincidir, era arrojado desde un despeñadero, para ser devorado por las aves de rapiña.

1.2.2.6 Chichimecas

Los chichimecas se extendieron hasta los actuales Estados de Querétaro, Coahuila, Jalisco y San Luis Potosí. Vivían en comunidades, alojándose en cuevas o en chozas; eran nómadas y entraban continuamente en conflicto con otros grupos a falta de alimento. *Chichimeca* se refiere a un conjunto de pueblos y aunque tuvieron rasgos culturales entre sí, no mantuvieron unidad étnica ni de lenguaje, existiendo entre ellos muchas lenguas y dialectos.

Adoraban a los dioses del sol y de la luna, tuvieron un desarrollo artístico pobre, aunque llegaron a edificar templos a manera de fortalezas, canchas de pelota, escritura jeroglífica y pictogramas, la mayoría abstractos e incomprensibles. Se regían políticamente por un cacicazgo, dirigido por un *Tlatoani* como jefe máximo y supremo sacerdote que dictaba leyes muy rudimentarias.

Entre los chichimecas, los caudillos también dirigían a un gran número de hombres y su sucesión se realizaba por asesinato o elección.

Practicaban la monogamia y la poligamia y en algunos casos matrimonios con otros grupos para lograr la paz con otros pueblos. La mujer era destinada a la agricultura, el cuidado de la casa y de los hijos. Los chichimecas generalmente no usaban ropa alguna, ni en la guerra, aunque para ello, pintaban su pelo de color rojo. Se cubrían con pieles en las partes genitales y calzaban huaraches de cuero y usaban aretes, orejeras y collares de hueso. Los hombres y mujeres usaban el pelo largo hasta la cintura y eran lampiños. Los caciques portaban sobre la espalda una piel y usaban adornos de plumaje al igual que su mujer.

Los chichimecas quemaban a sus muertos y guardaban sus cenizas a manera de entierros con ofrendas y figuras rudimentarias en los montes.

La guerra era una forma de vida para los chichimecas, para la cual se preparaban con oraciones, danzas y bailes, consumiendo peyote y hongos alucinógenos. La principal arma chichimeca eran el arco y la flecha con punta de obsidiana, en cuyo uso eran muy diestros.

El Derecho Penal chichimeca fue muy rudimentario, dado que eran nómadas y el grupo tenía un jefe hereditario con fines predominantemente militares para asegurar la supervivencia colectiva, por lo cual puede pensarse que fue el orden militar el único modo de organización política que tuvieron.

En los grupos del sur chichimecas, al que cometía adulterio, lo flechaban junto con la mujer hasta que ambos muriesen y el hombre vivía realmente como un ser primitivo únicamente dedicado a la caza y a la guerra.

De los pueblos aquí estudiados como más representativos, se desprende que su Derecho Penal fue severo, inhumano e injusto, ya que implementó los tipos de la venganza divina y pública, rebasando la pena impuesta al mismo delito.

1.2.3 Colonización

La colonización en nuestro territorio desde 1521, impuso muchos criterios, entre los que estaban el que los indios adoptaran las costumbres, la legislación y sobre todo, la religión española: el catolicismo.

Y más aún, en el caso que nos ocupa: “la colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. La ley 2. tít. I, lib. II de las Leyes de Indias dispuso que en todo lo que no estuviese decidido ni declarado...”.¹³

¹³ Carrancá y Trujillo Raúl, *op. cit.*, p.132.

El emperador Moctezuma había perdido su poder y señorío, al igual que otros pueblos indígenas ante la Corona Real de Castilla y quedaron sujetos a ella, llegando al extremo los indígenas de no poder castigar a los delincuentes ante el descontrol social de la conquista.

Posteriormente, los conquistadores permanecieron dejando que los indígenas prosiguieran con sus imposiciones en materia penal y pronto éstos cedieron ante los modos de hacer justicia española, pensando que las penas serían más leves, al librarse de la común imposición de la pena de muerte ante la comisión de casi cualquier delito, como era la costumbre.

No obstante, los indígenas sufrirían peores infamias y lucharían por preservar sus arraigadas costumbres religiosas y sociales.

La primera legislación impuesta en Nueva España de que se tiene conocimiento histórico son *Las Ordenanzas de Cortés* de 1524, que establecían la obligación a los españoles residentes en la Nueva España de prestar servicio militar, sembrar la vid y plantas de Castilla, no despojar a los indios de sus bienes en contra de su voluntad, salvo en caso de rescate y otorgándose los descubrimientos en paz, más no a manera de conquista para no agraviar a los indígenas.

También se estipuló el nombramiento de alcaldes, regidores y demás funcionarios designados por Hernán Cortés y con el poder representativo del Rey de España.

El caos entre indígenas y españoles no se hizo esperar, por lo que se aplicaron las leyes de Burgos, redactadas desde 1512 que establecían que el Rey de España poseía los justos títulos de dominio sobre el Nuevo Mundo (atribución ya establecida en la *Bula Inter Caetera* emitida por el *Papa Alejandro VI* desde 1493 a los Reyes de España para dominar de manera absoluta las tierras descubiertas por la Corona Española en América, elevando a los indígenas al mismo nivel *moral* que los españoles), pero sin derecho de explotar al indio, siendo éste libre y pudiendo tener propiedades, aunque en calidad de súbdito, debía trabajar en favor de la Corona y bajo los españoles ahí asentados. Esta medida continuó la tradición medieval religiosa, imponiéndose la evangelización de los pueblos indígenas y

sojuzgando a los indios causándoles males mayores que los que vivían con anterioridad.

1.2.3.1 Organización de justicia en Nueva España

La organización de la justicia en la Nueva España estuvo sujeta a múltiples fueros con tribunales especiales según la materia en controversia y éstos pronunciaban sus sentencias en nombre del Rey de España. La Real Audiencia fue el órgano judicial impartidor de justicia impuesto por España en 1527 y estaba organizado por un Presidente de la sala del Tribunal Supremo y magistrados por cada una de sus salas.

En el caso de la comisión de delitos menores por parte de los indígenas, el juicio se llevaba a cabo por parte de un alcalde indígena considerado letrado, al igual que la apelación, lo cual constituyó el comienzo de mayores atribuciones e intervención del indio en la nueva vida jurídica de la Nueva España.

1.2.3.2 Legislación penal tras la Conquista

En cuanto a la legislación, se aplicaron de manera supletoria a la Nueva España el Fuero Real en 1255, las Partidas de 1265, el Ordenamiento de Alcalá en 1348, las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484 y las Leyes del Toro en 1505 en vigencia de la Legislación de Castilla que regía en España.

Las *leyes del toro* fueron vigentes por disposición de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1596 y denotan aspectos penales y penitenciarios al establecer los delitos y las penas para los indios, para quienes se establecía ante la comisión de delitos graves, la sustitución de la pena corporal de azotes o pecuniaria por la realización de trabajos en conventos o ministerios y en casos de delitos menores, se le permitía al indígena seguir laborando en su oficio y permanecer en familia, salvo en el caso del pago a su acreedor, debiendo pagar el adeudo con sus servicios.

De la aplicación de la Nueva Recopilación en 1567 y de la *Novísima Recopilación* del año de 1805, sobresalen la Partidas, que dedican gran parte al

Derecho Penal, estableciendo las facultades de los jueces y sancionando los delitos de homicidio, traición, la falsedad y el engaño, retos y acciones deshonrosas, las infamias, el robo, daños, delitos sexuales como el adulterio, la violación, el estupro, corrupciones y sodomías, así como la herejía, la blasfemia y el suicidio. También estableció la prisión preventiva y los tormentos al libre albedrío del juzgador según la clase social del reo, del delito y de las circunstancias su comisión.

La legislación penal de la época mantuvo una marcada diferencia de castas que obligó también a negros y mulatos a través de un cruel sistema intimidatorio a pagar tributos al Rey de España; estableció también para ellos la prohibición de portación de armas, dejar de transitar las calles por las noches, vivir con amos conocidos y sufrir penas como trabajar en las minas o ser azotados.

1.2.3.3 Virreinato

El Virreinato de Nueva España se constituyó como una entidad territorial, dependiente del Imperio español por Real Cédula del rey Carlos I de España en 1535, siendo nombrado como primer virrey Antonio de Mendoza y la capital del virreinato la Ciudad de México.

Esta nueva forma de gobierno trajo grandes cambios, como el desarrollo del comercio con la exportación a Europa del maíz, cacao y otros productos, así como la introducción de la ganadería por parte de los españoles de nuevas especies de animales, aunque comenzó la arbitrariedad en cuanto a un comercio limitado exclusivamente para los españoles.

Por otra parte, la iglesia católica comenzó a obtener un poder desmesurado, al adquirir grandes porciones de tierra, propiedades y monopolizando la educación, los hospitales e interviniendo directamente en diversas áreas de la administración pública.

Para vigilar la observancia de la fé y erradicar la herejía, la Inquisición Española, fundada desde la Edad Media, estableció el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en nuestro país en 1571.

1.2.3.4 Tribunal del Santo Oficio

El tribunal del Santo Oficio dependió de manera directa del Consejo Superior de la Inquisición, encabezado por el Inquisidor General de España. La autoridad superior del Tribunal en México era representada por el Inquisidor o varios de ellos. Los integrantes de mayor rango eran el fiscal, encargado de promover y llevar a cabo los procesos y el secretario del secreto, quien tenía fe pública, autorizaba las actas, diligencias, despachos y edictos.

Por su parte, los inquisidores eran auxiliados por varios señores de encumbrada posición social y doctos conocidos como consultores del Santo Oficio, que integraban un Consejo para emitir su voto cuando las sentencias imponían tormento, o un prisionero era condenado a la muerte.

El Tribunal también contaba con un grupo de peritos considerados expertos en teología y religión católica, llamados calificadores del Santo Oficio, que ilustraban a los inquisidores en casos de debate o de difícil solución. También existía un cuerpo policiaco que resguardaba el Tribunal del Santo Oficio y sus cárceles.

El proceso iniciaba con la ceremonia de juramento, en la cual los asistentes juraban denunciar a todas las personas consideradas como sospechosas y prestar ayuda al tribunal. Al término, se daba lectura al edicto de los inquisidores (edicto de gracia), que conminaba a los “presuntos” culpables a denunciarse al finalizar un cierto plazo fijado, bajo la pena de sufrir la excomunión mayor. El edicto indicaba los hechos considerados punibles y prohibía a los confesores otorgar la absolución hasta vencido el término estipulado.

Al menor indicio o denuncia, y aún siendo ésta anónima, se procedía de inmediato a llevar a cabo la averiguación correspondiente. Se aceptaba cualquier tipo de denuncia e incluso de padres a hijos o viceversa. Una vez recibida la denuncia, se abría una investigación secreta que ocasionaba el aprisionamiento del indiciado, así como el aseguramiento de sus bienes. Una vez preso, al reo se le tomaba una declaración que contenía los datos de su familia, origen, conocimientos de la religión católica, sus prácticas y dogmas, se le preguntaba si tenía conocimiento o sospecha de la causa de su detención, que de no manifestarlo,

constituía prueba plena, agravando su situación frente al tribunal. Si persistía en desconocer la causa de su detención, luego de tres veces de preguntársele, se le declaraba negativo, abriéndose formalmente el proceso.

El proceso podía tardar años y el acusado permanecía incomunicado en la *cárcel del secreto*; tampoco era escuchado por alguno de los inquisidores, ni podía recabar pruebas o conseguir testigos en su favor. Durante el proceso, el acusado permanecía totalmente excluido y ajeno al mismo y solamente podía tachar al testigo de quién adivinara el nombre, aunque sin posibilidad de careos o contacto con otros testigos, ya que éstos ya habían realizado el juramento del secreto.

Para la averiguación de los hechos en casos graves, era necesario que el fiscal presentara petición expresa y bien fundada para proceder a notificar al reo que reconsiderara su declaración que ante su negativa, lo llevaba al sometimiento de la prueba del tormento.

Fray Tomás de Torquemada desde España instituyó las reglas más crueles y despiadadas de tortura para ser llevadas a cabo en México.

La indumentaria del prisionero también hacía prueba plena, por lo que a los judíos se les imponía un hábito amarillo de San Andrés y un gorro de papel.

Durante la ejecución de la prueba del tormento, la diligencia era presidida por un inquisidor que dirigía la manera de administrarlo y el verdugo se cubría la cara para no ser reconocido por el preso. Un notario levantaba un acta de lo que ocurría y especificaba los lamentos o expresiones de dolor del sometido. Solamente cesaba el tormento si el preso confesaba o cuando el inquisidor consideraba inútil proseguir con la prueba y se establecía *vencido el tormento*, sin notificárselo al reo para que éste quedara con la duda y el temor de volver a sufrirlo.

Entre los elementos de tortura, sobresalen la Doncella de Hierro, que era un sarcófago con puntas por dentro, la guillotina, la rueda, el cinturón de castidad, la silla de clavos, el casco con púas, las pinzas para mujeres, el punzón y el potro entre muchos otros.

Posteriormente, el atormentado recibía un único beneficio a lo largo del penoso proceso, siendo atendido por un médico, aunque se consideraba que las

lesiones habían sido bajo su propio riesgo al haber podido confesar con anterioridad.

Concluida la averiguación de los hechos, el fiscal formulaba los cargos procedentes y pedía se dictara sentencia, aunque el abogado defensor podía replicarla. Una vez oídas las partes, el proceso pasaba finalmente a sentencia. Los inquisidores recogían las opiniones y los votos de los consultores y emitían una sentencia que podía ser: absolutoria del cargo por inocencia del reo; de absolución de la instancia si el fiscal no probaba los hechos imputados al reo y de reconciliación, cuando resultando culpable, el reo confesaba dando muestras de sincero arrepentimiento y se retractaba.

Las penas impuestas podían ser severas en exceso, como la imposición de la pena de relajación, que consistía en la entrega del prisionero para ser privado de la vida por garrote vil o quemándolo vivo, la prisión perpetua o el trabajo forzado.

Las penas que no consistían en la muerte, podían ser la humillación pública, la vela, la imposición de la soga con mordaza o el destierro, siendo de rigor tanto para las penas severas como para las menores cien o doscientos azotes. Siempre iba aparejada a la sentencia una sanción pecuniaria, siendo frecuente la pérdida total de los bienes, por lo cual, la Inquisición representó una extraordinaria fuente de ingresos para la Corona Española.

El Tribunal del Santo Oficio duró en operación alrededor de 242 años en lo que fuera la antigua Escuela de Medicina ubicada en el centro histórico de la Ciudad de México, hasta su abolición en España en 1820, ordenada por las cortes generales y extraordinarias.

En nuestro país se ordenó el cese de su operación en 1813, aunque para vergüenza y horror nacional, este Tribunal quedó definitivamente erradicado hasta 1820.

En contraposición a esta situación, Manuel de Lardizábal y Uribe, siendo abogado oidor de la Cancillería de Granada, fiscal de la Sala de Alcaldes de la Corte y del Supremo Consejo de Castilla, formuló el *Proyecto de Nuevo Código Criminal*, considerado el primero en el mundo, pero desafortunadamente no llegó a ser

promulgado. Sin embargo, publicó en 1782 su *Discurso sobre las penas contraídas, o las leyes criminales de España*, realizando una crítica severa del sistema penal y sus leyes en México, lo que constituye una obra extraordinaria y de gran similitud a la que escribiera en 1774 Cesare Beccaria en su *Tratado de los Delitos y de las Penas*.

Carlos III de España introdujo las *Reformas Borbónicas* en Nueva España en 1786, creando intendencias que limitaran las atribuciones del virrey, pero a principios del siglo XIX, el virreinato cayó en una gran crisis, agravada por la Guerra de Independencia Española. La crisis política de 1808 acabó con el gobierno del virrey José de Iturrigaray a través de la Conjura de Valladolid y la Conspiración de Querétaro. Finalmente, la Independencia mexicana consumada en 1821 desintegró el virreinato y generó nuevos Estados: México, Guatemala, Belice, Honduras, Nicaragua y el Salvador.

1.2.4 México en su época independiente

Luego de la Declaración de Independencia de México, nuestro país continuó por algún tiempo rigiéndose por las leyes coloniales frente al caos social que se vivía en aquellos días, lo que motivó el pronunciamiento de disposiciones que procuraron organizar a la policía, regular la portación de armas, el consumo de alcohol, sancionar el robo y la vagancia. “Al consumarse la independencia de México (1821), las principales leyes vigentes eran, como derecho principal, la Recopilación de Indias complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao (1737).”¹⁴

Gracias a las ideas aportadas por la *Ilustración*, nuestro país adoptó la ideología de humanizar la forma de sancionar y considerar que el hombre, como centro de acciones y pensamientos no debía sancionar el mal con el mal.

¹⁴ *Ibidem*, p. 137

José María Morelos y Pavón entregó al Congreso Constituyente en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, un pliego con 23 principios, denominado *Sentimientos de la Nación*, inspirados en los principios contenidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 emanados de la Revolución Francesa, retoma también los ideales de la independencia de las Trece Colonias Americanas, consagrando los ideales de libertad, igualdad, y fraternidad. Por primera vez en México, declara abolida la esclavitud en su artículo 15°; se establece el respeto a la propiedad y vivienda, anunciando penas a los infractores y en el 18° se elimina la tortura.

La Constitución de Apatzingán de 1814 “recibió como nombre original el de *Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana*. A diferencia de otros documentos previos, dicho ordenamiento legal consideraba la necesidad de instituir en el país un gobierno libre, plenamente independiente del trono español.”¹⁵

Se establecen las garantías del inculpado, en donde sólo las leyes pueden determinar los casos en que se le declare a alguien como acusado, preso o detenido; se reprime con todo rigor, y se dictan únicamente penas necesarias y proporcionales a los delitos.

1.2.4.1 El inicio de la codificación Penal en México

Al establecerse el federalismo en nuestro país, cada entidad federativa tuvo la facultad jurídica para legislar de manera plena en sus regímenes interiores. En 1835 se publicó en el Estado de Veracruz el primer Código Penal mexicano, tomando como modelo el español de 1822.

1.2.4.2 Código Martínez de Castro

Luego del Imperio de Maximiliano de Habsburgo y ser recuperada la capital de la República Mexicana, Lares proyectó un Código Penal que no entró en vigencia.

¹⁵ López Betancourt, Raúl Eduardo, *Historia del Derecho Mexicano*, 1ª ed., 1ª. reimpresión, Editorial IURE editores, México, 2004. p. 130.

Más tarde, el entonces Presidente Don Benito Juárez le encomendó al licenciado Antonio Martínez de Castro la integración de una Comisión Redactora para la creación del primer Código Penal de la República. Esta Comisión fue integrada por los licenciados José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona. Así entró en vigencia en 1871 el *Código Martínez de Castro*, llamado así en honor a tan ilustre jurista.

Este Código Penal introdujo en su artículo 25, las figuras del delito intentado, el *conato*, el *delito frustrado* y la *libertad preparatoria*, que más tarde recogería la *Escuela de Stoos* en 1892.

Otro de los logros fue la relación de la justicia absoluta con la utilidad social y la responsabilidad penal fundada en el libre albedrío, catalogando los atenuantes y los agravantes del delito, limitando el arbitrio judicial y la pena con un carácter sancionador y retributivo. Todas estas ideas, emanadas de la Escuela Clásica y de la Corriente Humanista del Derecho Penal. No obstante, aceptó la pena de muerte e impuso medidas para la prevención del delito.

El Presidente posterior, Don Porfirio Díaz, intentó imponer otro nuevo Código Penal, encargando el proyecto a la Comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, aunque este código jamás llegó a entrar en vigor, ante la llegada de la Revolución mexicana.

1.2.4.3 Código Almaraz

En 1929 aparece el *Código Almaraz*, durante el mandato del Presidente Emilio Portes Gil, influenciado por la Escuela Positivista y ampliamente criticado por sus múltiples deficiencias de redacción, estructura, duplicidad de conceptos, ambigüedad y contradicciones.

Sin embargo, pueden señalarse la supresión de la pena capital, la aplicación elástica de las sanciones, los mínimos y máximos para cada delito, los grados del delito y de la responsabilidad, así como las atenuantes y agravantes del delito.

También estableció la multa, basada en la *utilidad* diaria del delincuente, la condena condicional y la reparación del daño de oficio. Este Código duró muy poco tiempo en vigor, del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

1.2.4.4 Código Penal de 1931 vigente

Al día siguiente, el 17 de septiembre de 1931, entró en vigor el Código Penal que nos rige en la actualidad a nivel federal, promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, bajo el nombre de *Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal*. Con el paso de los años, este código ha sufrido muchas reformas y dicho ordenamiento nos servirá de sustento para los demás temas que habremos de analizar en esta investigación.

CAPÍTULO 2

CONCEPTO DE DERECHO PENAL Y SUS CARACTERÍSTICAS

2.1 El Derecho Penal

Para poder dar una definición de Derecho Penal primero revisaremos a varios autores que nos ayuden a plantear una definición clara acerca de esta rama del Derecho.

Para el Doctor Eduardo López Betancourt, el Derecho Penal en sentido objetivo “es un conjunto de normas, cada una de ellas contiene un precepto (que prohíbe u ordena ciertas conductas) y una sanción (que puede ser una pena o una medida de seguridad).”¹⁶ Este autor es acorde con Celestino Porte Petit Candaudap que expone lo siguiente “el Derecho Penal, es el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y las medidas de seguridad.”¹⁷ Ambos autores nos dicen que derivado de las normas penales en las cuales se contiene un catálogo donde se determinan las conductas que son consideradas delictivas y que de llegar a caer en alguno de dichos supuestos como consecuencia, habrá la imposición de una sanción.

Por su parte, Jiménez de Asúa define al Derecho Penal como “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”¹⁸ Este autor menciona la importancia que juega el Estado en el Derecho Penal, ya que establece las normas y las sanciones que se van a imponer a aquel sujeto que transgreda las normas donde es manifiesto el *ius puniendi*.

16 López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 15.

17 Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal I*, 21ª ed., 1ª reimpression, Editorial Porrúa, México, 2012. p. 16.

18 Jiménez de Asúa, Luis, *Principios del Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª. Ed. Argentina, Ed. Sudamericana, 1990. p.18.

Para Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal “es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.¹⁹ En esta definición podemos ver claramente que el Derecho Penal busca la defensa a la sociedad mediante la imposición de penas.

Con las aportaciones de dichos autores, así como considerando lo sostenido por el Doctor Miguel Ángel Granados Atlaco en sus cátedras de *Introducción al Estudio del Derecho*²⁰, podemos decir que el Derecho Penal descrito como la *última ratio* del Estado, es la rama de Derecho Público que mediante un sistema de normas expresadas en tipos, punibilidades y medidas de seguridad, se encarga de sancionar las conductas que atentan en contra de los bienes jurídicos tutelados de mayor valía, conservando así el orden social.

Ahora bien, el núcleo de la Ciencia del Derecho Penal es la dogmática jurídico Penal (Teoría del Derecho Penal), la cual forma parte de la ley penal, misma que constituye su fundamento y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas, ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y sistemática.

Mediante la interpretación progresiva del derecho vigente, con base en un examen crítico, a la comparación y a la clasificación de la Jurisprudencia, la dogmática del Derecho Penal, como puente entre la ley y la práctica, sirve a una aplicación del Derecho Penal por los Tribunales igualitaria y en constante renovación, contribuyendo así en alto grado a la justicia.

Para cumplir su cometido, la dogmática jurídico penal se debe apoyar de otras disciplinas de la ciencia jurídica, como la historia del Derecho Penal y la Filosofía del Derecho Penal, dado el importante contenido de la norma penal ésta

¹⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, tomo I, 5ª ed., Ed. Antigua Librería Robledo, México, 1958, p. 17.

²⁰ Apuntes de cátedra, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2008.

conserva los valores que a lo largo de la historia y pese a las transformaciones sociales se han tutelado y protegido con diversas sanciones.

2.1.1 Derecho Penal Objetivo y Derecho Penal Subjetivo

El Derecho Penal objetivo se refiere al sistema de normas que el Estado ha considerado delinear en los tipos y medidas de seguridad; es decir la ley, dejando así protegidos los bienes jurídicos tutelados de mayor valía para la sociedad. Al respecto Eduardo López Betancourt nos dice que “El Derecho Penal objetivo o *ius poenale*, se define como el conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos a quienes se les prohíbe, bajo la amenaza de una sanción, la realización o la comisión de delitos.”²¹ Este autor también nos señala que el Estado es el que impone las conductas que son consideradas sanciones, las cuales se dividen en medidas de seguridad y penas; las medidas de seguridad son aquellas con las que se sanciona a sujetos que han sido considerados peligrosos y las penas son aquellas sanciones que se imponen a aquellos que ya cometieron algún delito. En ambas se busca que los sujetos no vuelvan a transgredir las normas.

Por su parte, el Derecho Penal subjetivo “se identifica con el *ius puniendi*, que significa el derecho o facultad del Estado para castigar.”²²

En otras palabras es aquel mediante el cual se ejerce la facultad y potestad que tiene el Estado para sancionar e imponer medidas de seguridad para cada individuo que haya trasgredido la ley penal, por lo cual hay que tener muy claro que únicamente la potestad del *ius puniendi* pertenece al Estado, entendido no tanto como derecho, sino como una obligación del Estado para poder sancionar las conductas que la sociedad considera típicas, antijurídicas y reprochables, por lo cual es que se protegen y en el caso de llegar a transgredir dicha norma se debe aplicar una sanción.

El Derecho Penal objetivo (*ius poenale*) y el Derecho Penal subjetivo (*ius puniendi*) son indispensables, dado que uno reconoce la facultad de Estado para

²¹ López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, 2012, p. 65.

²² López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 20.

sancionar las conductas típicas y el otro regula la manera en que se van a aplicar dichas penas.

En el apartado correspondiente, nos avocaremos a la tarea de plantear una reconsideración del *ius puniendi* ya referido.

2.1.2 Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo.

Para el maestro Fernando Castellanos “el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación *Derecho Penal sustantivo o material*.”²³

El Derecho Penal sustantivo se refiere a todas aquellas normas que el Estado ha catalogado como reglas de conducta que proscriben el comportamiento contrario a derecho y se encuentran plasmadas en los tipos penales; dicho esquema normativo debe aplicarse de manera ordenada y sistemática, no debe aplicarse de manera arbitraria, por ende deben establecerse las reglas para poder aplicarlo, lo cual recibe el nombre de Derecho Adjetivo o Instrumental.

El Derecho Penal Adjetivo es en donde se encuentran las normas que regulan la aplicación y procedimientos que se deben seguir en los casos concretos, también se le conoce como Derecho Procesal Penal.

Tanto el Derecho Penal Adjetivo como el Sustantivo, deben ser llevados a la par, coexistir, dado que uno establece los tipos y el otro es el encargado de sistematizar la aplicación de las normas enfocadas a la determinación del *ius puniendi*.

2.2 El concepto de Derecho Penal

Esta disciplina ha recibido distintas denominaciones, para efectos de la presente investigación se acuñará el concepto de Derecho Penal, producto del estudio de las

²³ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 6.

diversas doctrinas, dado que no son unánimes; otras designaciones que se le da al mismo son: Derecho represivo, Derecho de defensa social, Derecho Criminal, Derecho Sancionador, Derecho Restaurador, Derecho Penal del enemigo, etcétera.

Dentro de las diversas denominaciones al Derecho Penal, podemos encontrar un sin fin de aspectos, ponderando el señalarlo como aquel derecho que por excelencia debe usar la violencia legítima o servirse de ella para mantener a los gobernados bajo el yugo del gobierno. En ese sentido, se cree que bajo la represión o el castigo se puede mantener o restaurar el orden social, sin embargo, cada uno de los autores y las diferentes denominaciones que se han acuñado a lo largo de la historias tienen sin duda los matices propios de cada época, considerando que es menester, dada la evolución de esta rama jurídica, erradicar la idea del castigo, a cambio de la sanción que busca conciliar al sujeto intemperante con la sociedad, en aras de su reinserción en la colectividad.

2.3 Principios Fundamentales del Derecho Penal.

Estos son elementos que tratan de asegurar al Estado, a la sociedad y a los individuos la procuración y administración de justicia para todos los entes que se desarrollan en la colectividad, a través de normas y del proceso penal, cumpliendo con las formalidades legales que se deben aplicar para cada caso y sujeto en concreto.

Dichos principios que rigen nuestro sistema normativo penal, son variados, pero todos son encaminados a un mismo fin, la búsqueda de la verdad para llegar a una sanción y que esta sanción sea lo más acorde posible, al imputado y en razón del hecho cometido.

Los principios consagran valores que son necesarios dentro del proceso penal, en un momento final, ayudan al juzgador, a las partes, para llevar a cabo dicho proceso con las reglas mínimas necesarias, para proteger tanto derechos humanos, como garantías procesales de las partes, así como fijar lineamientos para el juzgador, quien no puede actuar bajo su capricho, sino que está sumergido en un mundo de reglas que debe conocer y convocar, para estar en presencia de un

proceso que así cumpliría con su finalidad, a continuación haremos un breve esbozo de los principios más importantes.

2.3.1 Principio de legalidad

Es el principio de exacta aplicación de la ley, es decir que solamente a lo que se prevé en un tipo penal se le puede aplicar o dar una sanción, y por lo que se hace referencia al párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que 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 esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

El principio de legalidad también debe ser interpretado con el significado etimológico en los siguientes términos:

“Nullum poena, nullum crimen, sine lege”

“No hay pena, no hay delito, sin ley”

Del cual han surgido diversas fórmulas, entre las que puedo citar las siguientes:

Nullum crimen sin lege “No hay delito sin ley”

Nullum crimen sin tipo. “No hay delito sin tipo”.

Nulla poena sine tipo. “No hay pena sin tipo”.

Nulla poena sine crimen. “No hay pena sin delito”.

Nulla poena sine lege. “No hay pena sin ley”.

A este principio también se le reconoce como principio de estricta legalidad, y por tanto es una parte toral en el Derecho Penal. Su fórmula significa en su acepción más amplia que no hay delito sin pena y sin ley previa que así lo

establezca, con lo que coadyuva al principio de seguridad jurídica que corresponde al Estado respetar en favor de la sociedad.

El principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal debe cumplir con lo siguiente: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

2.3.1 Principio de irretroactividad

Las leyes son aplicables mientras dure su vigencia, permanecen hasta que son derogadas o abrogadas; al imputado, de ser encontrado responsable penalmente, se le aplicará la pena que más le beneficie, al momento de ser juzgado; el mismo artículo 14 Constitucional refiere en su párrafo primero lo siguiente: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”²⁴, por lo que en un ejercicio de interpretación *contrario sensu*, se debe entender la aplicabilidad en beneficio, esto en congruencia con el principio general del Derecho *in dubio pro reo*.

2.3.3 Principio de intervención mínima

También conocido como principio de *última ratio* o principio de subsidiariedad, plantea que el Derecho Penal solo debe ser utilizado como recurso de *última ratio*, cuando otros medios resulten ineficaces, impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de ciertos bienes jurídicos, dado que el Derecho Penal se funda en posibilitar la vida del hombre en sociedad coadyuvando a las relaciones humanas y protegiendo bienes jurídicos que son imprescindibles para la vida en la comunidad, evitando que comportamientos análogos o parecidos que no están previstos como modelos delictivos en las leyes penales o extrapenales, se intenten equiparar de cierta forma

24 Artículo 14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf. 28 de abril de 2017, 15:53.

al ámbito penal; esto se debe llevar a cabo cumpliendo las obligaciones y los derechos que ejercen el orden jurídico, sin necesidad de que el Estado intervenga coaccionando o empleando una forma represiva o totalitaria, al imponer una medida innecesaria, ya que esto deja como consecuencia la inestabilidad de la sociedad y del propio Estado.

Este principio también vincula tanto al legislador, en la creación de normas penales, como al juzgador, en el momento de aplicar la ley a los casos concretos, pero también alcanza al órgano Ejecutivo, por lo que hace a la actuación del Ministerio Público en el ejercicio de su función persecutoria, como una relación a la fase de ejecución penal.

2.3.4 Principio de fragmentariedad

Es uno de los principios más importantes, dado que el Derecho Penal no puede dar protección a la totalidad de bienes jurídicos, ni protegerlos de todo tipo de agresión lesiva, ya que no es un mecanismo de control omnicompreensivo, sin embargo es el encargado de salvaguardar los bienes que de ser afectados tendrían un alto grado de reprochabilidad social.

2.3.5 Principio de culpabilidad

La culpabilidad es el reproche que se le hace a la persona que asumió la conducta delictiva, ya que decidió libre y conscientemente actuar, vulnerando la esfera jurídica y bienes jurídicos tutelados de terceros, es decir, es el resultado del daño causado o de la puesta en peligro, todo esto una vez que se demuestre la culpabilidad del sujeto, en donde el límite de la pena no deberá rebasar el límite de la culpabilidad, lo que quiere decir que la culpabilidad constituye tanto el fundamento como el límite de la pena.

Estrechamente vinculado con esta máxima, se encuentra también el *principio de presunción de inocencia*, que atribuye al órgano del Estado la carga de probar la culpabilidad del sujeto autor de la conducta antijurídica y que mientras aquel no demuestre su culpabilidad, a éste se le tendrá por inocente.

2.3.6 Principio de presunción de inocencia

Es el derecho humano que se le da al individuo y se encuentra consagrado en las garantías constitucionales para asegurarse de no afectarlo. La presunción de inocencia impone al Estado la obligación de dar a toda persona el tratamiento de inocente hasta el momento en que los tribunales mediante sentencia firme lo declaren culpable, hasta entonces podrá el Estado tratar al individuo como culpable.

Representa una doble garantía: como regla de juicio y como regla de tratamiento. La primera exige que toda condena se funde en pruebas y en caso de existir dudas en el juicio se resuelvan a favor del reo (*in dubio pro reo*).

Este principio se vincula con la carga de la prueba que consiste en la búsqueda de demostrar la responsabilidad del sujeto, que tiende a debilitar la presunción de inocencia, esto corresponde al Estado y no a la persona imputada o señalada como culpable, sin embargo, lo anterior no excluye la posibilidad de que el acusado pueda señalar o aportar pruebas y someterlas a consideración de la autoridad.

El Código Nacional de Procedimientos Penales lo contempla en su artículo 13 que a la letra dice “Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.”²⁵

25 Artículo 13. Código Nacional de Procedimientos Penales.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf. 28 de abril de 2017. 15:59.

2.3.7 Principio de proporcionalidad

Se refiere a que la pena impuesta a aquella persona que resulte culpable de cometer hechos delictivos sea congruente, se debe juzgar conforme a la magnitud del hecho cometido, la severidad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto, respectivamente. Se configura como la concordancia entre el delito o falta cometida y su consecuencia jurídico-penal, es decir, nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas.

Este principio se encuentra consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 22, primer párrafo: “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”²⁶

El juzgador en el ejercicio de su función tiene que ser cuidadoso en la sanción que impone, ya que ésta no se dicta de manera arbitraria, sino que debe atender al sujeto y al hecho cometido.

2.3.8 Principio de necesidad

La pena al ser adecuada a la culpabilidad, debe corresponder a las exigencias de prevención general y especial, es decir, debe ser necesaria para los fines de la misma en beneficio de la sociedad y del propio delinciente para su readaptación.

El Estado tiene la obligación de velar por la armonía de su sociedad y como responsable de ello, encontramos esa facultad sancionadora, este principio podemos explicarlo en relación a que para poder generar y preservar al orden social, la sociedad se ve sujeta a esa prevención general, es decir, todos estamos sujetos a las normas penales (prevención general), nos encontramos sobre un régimen cuya finalidad es buscar ese orden, pero si se coloca en uno de los supuestos

²⁶ Artículo 22. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *op. cit.*

penales, nos enfrentamos a esa prevención especial, ya que coloca al sujeto frente a la facultad punitiva del Estado para sancionarlo, pero dicha sanción no puede ser arbitraria, ni excesiva, sino que debe ser proporcional a la magnitud de la conducta del autor y a las condiciones específicas del hecho manifestado.

2.3.9 Principio *non bis in ídem*

Bajo este principio se garantiza que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo delito, en los términos de lo dispuesto por el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.²⁷

2.3.10 Principio de humanidad

Es aquel en donde “el Estado debe apoyar a sus gobernados a su realización como personas; readaptación social, libre disposición hacia la ayuda y decidida voluntad de recuperar a los condenados”²⁸; ello se refiere a la reciprocidad que existe entre el Estado y la sociedad que fue dañada por el infractor, con la intención de comprenderlo humanamente, otorgándole la oportunidad de manera integral para su reinserción en la sociedad. Se aboca fundamentalmente en el sistema de ejecución de penas, esencialmente en las privativas de la libertad.

2.4 Sujetos del Derecho Penal

Los sujetos de Derecho Penal se dividen en pasivo y activo, dado que uno es el que se ve afectado por la conducta y otro la lleva a cabo.

El Doctor Eduardo López Betancourt nos dice que “El ser humano es la única criatura capaz de ser sujeto activo de los delitos, ya que la capacidad de delinquir sólo reside en los seres racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y

²⁷ Artículo 23. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *op. cit.*

²⁸ López Betancourt, Eduardo. *op. cit.* p. 28.

culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, facultades exclusivas del hombre.”²⁹

A pesar de las grandes contradicciones a lo largo del devenir histórico que se han dado en la consideración del sujeto activo, en la etapa moderna y contemporánea se ha entendido que es privativa del ser humano la aptitud de delinquir, basada dicha aseveración en “la voluntariedad o voluntabilidad de la cual se encuentra dotado el ser humano y que le diferencia de los demás seres vivos, dado que constituye el vórtice rector de la actividad humana. Este cambio en la consideración del agente de un delito representa un avance importante en el campo del Derecho Penal, ya que posibilita terminar con los excesos de otras épocas en que se llegó incluso a enjuiciar animales.”³⁰ Con lo cual podemos ver que para ser sujeto de Derecho Penal se necesita tener la calidad de ser racional, lo cual es una facultad única y exclusiva del hombre.

Para los estudiosos del Derecho, reviste una importancia fundamental la precisión del agente o sujeto activo del delito; no obstante los esfuerzos realizados por sistematizar los aspectos fundamentales del injusto penal, la figura del sujeto activo ha denotado una falta de uniformidad de criterios en cuanto a su ubicación entre los elementos del delito.

A pesar de lo anteriormente aseverado, la consideración de la naturaleza y su connotación semántica del término es coincidente en la mayoría de los casos, aún y cuando se confunden mundo normativo y mundo fáctico en la apreciación. Por otra parte, resulta interesante conocer los diversos enfoques adoptados al pretender conceptualizar al sujeto activo; en todos ellos se plasma, ya sea abierta o subrepticamente, la tendencia dentro de la dogmática penal de sus autores.

2.4.1 Sujeto activo

A continuación, haremos una relación de los diferentes puntos de vista que la doctrina maneja en torno a la concepción del sujeto activo.

²⁹ *Ibidem*. p. 59.

³⁰ Granados Atlaco, Miguel Ángel. *Apuntes de cátedra*. Facultad de Derecho, U.N.A.M., marzo 2014.

Para el maestro Eduardo López Betancourt, el sujeto activo es "aquél que despliega la conducta del evento delictivo, bien sea en su forma activa o en su forma pasiva."³¹

Jiménez Huerta prefiere hablar del sujeto activo primario y del sujeto activo secundario, ya que el autor material "es sujeto activo por originaria, directa e inmediata determinación típica, así como para diferenciarle de aquellos otros sujetos activos - por nosotros llamados secundarios - que afloran en ulterior plano en virtud de un dispositivo que se ensambla al tipo penal y produce su amplificación."³²

Por su parte el maestro Pavón Vasconcelos opina en relación al sujeto activo lo siguiente: "Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ello o después de su consumación (cómplice y encubridor)."³³

De una manera mucho más llana o simple, el maestro Porte Petit se limita a señalar que se debe entender "por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice."³⁴

Para Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, "El sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. El que comete es activo primario; el que participa, activo secundario."³⁵

El sujeto activo es el individuo o individuos que llevan a cabo la conducta antijurídica y culpable, dañando los bienes de primera instancia protegidos, es decir los bienes jurídicos tutelados.

31 López Betancourt, Eduardo, *Apuntes de cátedra*. Facultad de Derecho, U.N.A.M., febrero 2009.

32 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, T.I, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 96.

33 Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 167.

34 Petit Candaudap, Celestino, *op. cit.* p. 346.

35 Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 263.

Así es como expresan su parecer los maestros Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, respecto del tema que analizamos y de manera muy semejante al manejo que hace Jiménez Huerta, autor al que ya hemos citado anteriormente. Algunos otros autores prefieren eludir la precisión de lo que es el sujeto activo del delito y se concretan a caracterizarlo, como es el caso de Castellanos Tena quien expresa lo siguiente: "El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad."³⁶

Otros doctrinarios como Reyes Echandía, se inclinan por manejar las diferentes connotaciones para el manejo del sujeto activo; así, tenemos que entiende por sujeto activo "a la persona que realiza la conducta típica; también se le conoce con el nombre de agente, sujeto-agente, actor o autor", adicionando más adelante una caracterización del sujeto activo tomando en consideración su relación con los elementos del delito, al decir que "... es la persona que ejecuta la conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal determinado ...".³⁷

Concluiremos señalando que es de suma importancia para efectos de estudio de la dogmática jurídico-penal puntualizar la naturaleza del sujeto activo y sus elementos esenciales, al constituir el centro del evento antisocial integrador del delito y guardar un vínculo sumamente estrecho con el agente; este hecho ha propiciado que se pierda la sistemática necesaria para su análisis. No obstante lo anterior, las diferentes conceptualizaciones del sujeto activo apuntadas previamente nos sirve para determinar algunos puntos de convergencia en la consideración del agente del delito, por lo que trataremos de caracterizarlo.

Con base en las anteriores consideraciones, podemos decir de sus características y con fundamento en los principios rectores de la concepción tradicional del delito, nos corresponde ahora determinar las características esenciales del sujeto activo.

El sujeto activo es el que comete un delito, una caracterización lógica es considerar al sujeto activo como el ejecutor de una conducta delictiva descrita en un

³⁶ Castellanos Tena, Fernando. *op. cit.* p. 149.

³⁷ Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, Ed. Temis, Colombia, 1989, p. 26.

tipo penal determinado, es la persona que ha llevado al mundo de los hechos, al mundo fáctico la hipótesis normativa que nace con motivo de la tutela de un bien jurídico. El término de sujeto activo no es uniforme en cuanto a su empleo, ya que algunos autores prefieren manejar la palabra *agente* o *autor*.

Por otra parte, es indispensable determinar a la persona que deba responsabilizarse por la ejecución de una conducta antisocial, ya que sólo así será posible la imposición de una sanción; al no haber un responsable, resulta innecesario pretender la punición de un evento delictivo.

El sujeto activo es la causa del injusto. Dentro de una relación causal, se entiende al sujeto activo como el responsable del efecto producido por la conducta criminal, la etiología del mal producido.

La persona moral no delinque. De igual manera que en el punto anterior, las concepciones especiales en cuanto a que la persona jurídica es susceptible de convertirse en sujeto activo de un delito han quedado relegadas por la mayoría de los doctrinarios y se descarta dicha posibilidad, aunque no puede dejar de admitirse que subsisten algunas ideas en torno a la responsabilidad penal de las personas morales, verbigracia, Von Liszt. No obstante la reticencia a desvincular a la persona jurídica del Derecho Penal, predomina la idea de que sólo la persona física puede ser objeto de reproche criminal.

El sujeto que ha delinquido puede participar de manera variada, para cierto sector de la doctrina, el sujeto activo de un delito no debe confundirse con el autor material, ya que hay otras formas de concurrir como autor de una conducta antisocial, mismas que se entienden como maneras de participar del sujeto activo en la ejecución de un injusto. Así, el autor intelectual debe considerarse, según Jiménez Huerta, un sujeto activo secundario frente al primario que es el autor material, sucediendo igual con la actividad del cómplice o del autor mediato.

El agente puede ser plural, el hecho de que una figura típica mencione la concurrencia de un solo sujeto activo en algunos casos, no excluye la posibilidad de

que se presente una pluralidad de autores, lo que nos colocaría ante el fenómeno de la coautoría; por otra parte, existen algunas hipótesis que exigen esa pluralidad de agentes para verse actualizadas, ejemplo de ello es la violación tumultuaria.

También pueden exigírsele calidades, las figuras típicas regularmente se encuentran dirigidas a cualquier sujeto; sin embargo, existen algunos delitos que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas cuya caracterización es precisada por el tipo penal en cuestión. Por ejemplo, sólo puede cometer el delito de *parricidio* la persona que sea descendiente consanguíneo en línea recta del sujeto pasivo.

2.4.2 Sujeto pasivo

En el caso del sujeto pasivo, Reyes Echandía expone lo siguiente: “El Sujeto pasivo en la perpetración de un delito es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro.”³⁸

Malo Camacho afirma que el sujeto pasivo del delito “es la persona física o moral, titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, por la conducta típica, que genera la violación al deber contenido en la prohibición o mandato previsto en el tipo penal.”³⁹ Por su parte, los maestros Carrancá y Rivas y Carrancá y Trujillo, señalan que “sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende (a) la persona que sufre directamente la acción”.⁴⁰ Es decir, el sujeto pasivo es aquel que se ve afectado a través de la lesión al interés social concreto, es decir quien sufre el menoscabo derivado de la conducta típica.

En otras palabras, el sujeto pasivo es aquel que sufre directamente la acción y sobre quien recae la afectación del bien jurídico tutelado o la puesta en peligro del mismo a través del evento antisocial cometido por el sujeto activo.

38 *Ibidem*. p. 61.

39 Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010. p. 339.

40 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 24ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014, p. 295.

También se pueden dar otras circunstancias, por un lado la exigencia típica de una calidad específica en el sujeto, y por otro, la concurrencia de varios sujetos que vean menoscabado o puesto en peligro un bien jurídico a su favor.

2.5 Características del Derecho Penal

Al igual que las demás ramas del Derecho tienen ciertas características específicas que las identifican como tal, el Derecho Penal no está exento de esta circunstancia; sin embargo, no debemos perder de vista que al ser una rama, una parte de todo nuestro sistema normativo, reúne las características generales de toda expresión del derecho, entre las cuales encontramos su carácter público, autónomo y sancionador que procederemos a explicar a continuación.

2.5.1 El carácter público del Derecho Penal

El Derecho Penal es por excelencia triplemente público; primero porque si se parte de la división tradicional entre derecho público y privado y, siendo el primero las relaciones del Estado con los particulares y el segundo la relación que existe entre particulares debe concluirse que el Derecho Penal tiene esta naturaleza pública, pues en esta relación interviene el Estado como ente soberano de los gobernados, en una relación de supra a subordinación; lo público del Derecho Penal se debe a que gracias a la intervención del Estado por conducto de sus órganos de procuración y administración de justicia se materializa el Derecho Penal, sin ellos no se explica su existencia, a esto también se le llama *judicialidad*.

2.5.2. La autonomía del Derecho Penal

Algunos penalistas han intentado subordinar el Derecho Penal a la Criminología, otros han definido su autonomía frente a esa disciplina, en realidad tanto el Derecho Penal como la Criminología, tienen autonomía, son independientes entre sí, ésta

estudia los elementos del Derecho Penal como ciencia casual, mientras que el Derecho Penal mira dichos elementos desde un plano jurídico. Por tanto, es evidente que son dos disciplinas independientes, conservando relaciones entre sí y complementándose, según opinión de algunos autores, pero lo que sucede en realidad es que la Criminología nutre, alimenta al Derecho Penal en los casos en que éste la necesita. Consecuentemente, cuando se habla de relaciones del Derecho Penal con otras disciplinas, es indispensable señalar que se complementa esta rama jurídica.

2.5.3 El carácter sancionador del Derecho Penal

El carácter sancionador se refiere al de la norma penal y que en su caso es el Estado el encargado de aplicar la sanción correspondiente a la falta cometida dado que el Estado, posee dicha obligación en la búsqueda de mantener un bienestar social.

Diversos juristas nos hablan sobre la naturaleza sancionadora del Derecho Penal, por ejemplo Porte Petit dice que los fundamentos principales de esto es el precepto sancionador que es parte insoslayable de la ley penal, la existencia de los bienes jurídicos tutelados y por lo tanto se da una autonomía de contenido, además cuando un bien jurídico se encuentra tutelado penalmente a la par de una protección de otra rama, la tutela penal se entiende como la protección que el Estado le otorga por contener un interés social. Por lo tanto, se reconoce la autonomía de contenido del Derecho Penal, dado que se encarga de proteger ciertos bienes jurídicos caros para la sociedad, que se encuentra obligado a respetar y a que le sean respetados.

2.6 Vinculación del Derecho Penal con diversas ramas del Derecho y otras disciplinas

El Derecho Penal, al igual que toda rama del Derecho, ya sea público o privado, no puede permanecer aislada, toda vez que en ocasiones necesita ser auxiliada por unas normas de distinta jerarquía, ya sea para complementar su estudio o para desentrañar algún precepto poco explicativo o claro; por el contrario, si así no

sucediera, el estudio, análisis e interpretación del Derecho Penal se agotaría en simples declaraciones plasmadas en la propia norma que impedirían al estudioso, al juez o al litigante la explicación doctrinaria y jurisprudencial con que se caracteriza nuestro Derecho Penal.

Por lo anterior, he de señalar que el Derecho Penal mantiene una estrecha vinculación con las siguientes ramas del derecho:

a) Derecho Romano: tiene una relación de origen, toda vez que este Derecho ha sido la cuna universal de varias figuras jurídicas que actualmente tienen su uso en el mundo.

b) Derecho Constitucional: el Derecho Penal guarda una estrecha relación con el Derecho Constitucional. “La constitución es el fundamento de todo el orden jurídico y, en su contenido, se definen las bases de la estructura jurídica política de un país”.⁴¹ Debido a que ésta en su carácter de ley fundamental señala los principios del Derecho Penal y fija sus límites; es decir, es el principal satélite tanto del Derecho Penal sustantivo como adjetivo.

Las principales disposiciones de carácter penal se encuentran en los artículos 1º, 2º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior, aunado a que el titular del Derecho Penal lo es únicamente el Estado y es el que tiene la facultad para determinar los delitos, las penas y medidas de seguridad, así como la aplicación de las mismas.

c) Derecho Administrativo: existe relación, debido a que el Derecho Penal tutela al Estado en su actividad dentro de la Administración Pública, así como a los individuos que se desempeñan como servidores del propio Estado.

41 Malo Camacho, Gustavo. *op. cit.*, p. 141.

- d) Derecho Procesal Penal:** la relación del Derecho Penal y el Procedimental es sumamente estrecha, hoy en día se hace imposible la aplicación de la ley penal sin la existencia del procesal penal, dado que es indispensable para poder aplicar todas aquellas disposiciones que se encuentren vigentes, siendo el complemento indispensable del Derecho Penal, toda vez que el procedimiento penal es la consecuencia directa que se actualiza una vez cometido un delito.
- e) Derecho Civil:** perteneciente al derecho privado, diversas figuras y nociones del derecho civil forzosamente van aparejadas al Derecho Penal, pues éste implica conocer nociones civiles. Por ejemplo, para poder analizar un delito de carácter patrimonial, debemos tener conocimiento *a priori* de la visión civilista de patrimonio y la clasificación de los bienes, entre muchas otras cosas, el Derecho Penal se apoya en conceptos meramente civilistas, que nos dan una precisión del bien jurídico tutelado y de cuál pudo haber sido su afectación.
- f) Derecho Mercantil:** también como rama del derecho privado, tiene una relación estrecha con la ciencia penal, sobre todo en las áreas de sociedades mercantiles y títulos de crédito. En el desarrollo y actividad de estas figuras mercantiles se pueden llegar a cometer conductas delictivas, también existe dicha relación dado que protege a las Instituciones que regula esta rama del derecho, como es el caso de la sociedades mercantiles, personas morales por excelencia.
- g) Derecho Internacional:** a través de los diversos tratados y convenciones con otros Estados, los acuerdos que deben existir para salvaguardar los bienes jurídicos caros de los países y evitar así lagunas de aplicación de sanciones respecto de conductas delictivas. Ciertos casos conectados con el ámbito de validez espacial de la ley, así como los tratados de extradición.

Por ejemplo, todo lo relacionado con crímenes de guerra, de agresión, de lesa humanidad y el genocidio, considerados todos como delitos por el Derecho Internacional, que son los de mayor trascendencia para la comunidad global en su conjunto, cuya persecución y sanción corresponden a la Corte Penal Internacional.

h) Derecho Agrario: dado que se llegan a cometer diversos delitos, tales como el despojo de parcelas ejidales, el uso de documentos falsos, entre muchas otras vertientes delictivas, por lo que tiene una relación directa con el campo penal.

En síntesis, dado que sería prolijo llevar a cabo un análisis de cada disciplina jurídica, podemos afirmar que el Derecho Penal guarda relación con todas las ramas del derecho y es porque por regla general todas las conductas relevantes, además de constituir eventualmente infracciones administrativas o civiles, también afectan la esfera penal.

En la Ciencia del Derecho Penal encontramos que es vital el estudio integral del ordenamiento penal, para lo cual se necesita de otras disciplinas para poder aproximarse o llegar a explicar lo ocurrido ante la comisión de algún delito. Al respecto mencionaré las disciplinas más importantes que se ligan a la Ciencia del Derecho Penal, también llamada por algunos autores como las ciencias auxiliares:

a) Criminología: para el Catedrático Luis Rodríguez Manzanera es “una ciencia sintética, causal explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales.”⁴² Para efectos de esta investigación la Criminología, es una ciencia auxiliar del Derecho Penal que tiene por objeto de estudio las conductas que agreden a la sociedad y que atentan contra bienes jurídicos de primera importancia.

42 Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1982. p. 3.

- b) Criminalística:** explicada por Malo Camacho dado que “como ciencia no normativa sino causal explicativa, le corresponde el conocimiento de todos los métodos de la investigación científica, útiles para el objeto de determinar, en el caso concreto, la existencia del delito y la responsabilidad de los inculpados en su comisión.”⁴³ Así podemos decir que la Criminalística está constituida por un conjunto de diversas ciencias y artes para investigar los delitos y descubrir a los delincuentes al conocimiento de su *modus operandi*, al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas.
- c) Psicología:** por algunos autores es una rama de la Antropología Criminal que estudia al hombre delincuente en sus caracteres psíquicos. En otras palabras, se dedica al estudio de los aspectos psicológicos de los sujetos que han agredido o que fueron sujetos pasivos de algún delito y la afectación psicológica que presentan por tal motivo.
- d) Biología:** esta ciencia tiene una estrecha relación, ya que es un auxiliar del Derecho Penal en lo que se refiere a los avances de la ciencia, nos ayuda a que se realicen exámenes de ADN (ácido desoxirribonucleico), el genotipo, los cromosomas y la nanotecnología, entre otras cosas.
- e) Sociología criminal:** estudia a la delincuencia desde el punto de vista social, de esta manera pretende hallar sus causas, teniendo su raíz en la sociedad en el comportamiento de ella y cómo influye en los sujetos que llegan a cometer algún ilícito.
- f) Psiquiatría:** la aportación al Derecho Penal de esta ciencia es muy valiosa, dado que “La psiquiatría es la parte de la medicina que estudia y trata las

43 Malo Camacho, Gustavo. *op. cit.* p. 146.

perturbaciones de la conducta humana”⁴⁴, auxilia al juez a resolver situaciones concretas respecto al estado mental del sujeto que lo cometió, por ejemplo determinando si tenía la clara capacidad de entender que al ejecutar dicha conducta estaba cometiendo un acto contrario a derecho o en caso diferente, pese a realizar la conducta típica el sujeto no tiene la capacidad de entender que dicho comportamiento es antijurídico (inimputabilidad).

g) Estadística: mediante la estadística criminal es posible llegar a generalizaciones en materia de delitos en una región dada y en un cierto momento histórico. Las conclusiones de la estadística criminal, a pesar de su utilidad indiscutible, deben ser tomadas en cuenta con ciertas restricciones, porque el delito, por su carácter complejo, no puede ser manejado exclusivamente con base en datos estadísticos.

h) Medicina Forense: el Dr. Alfonso Quiroz Cuarón la define como “... la técnica, es el procedimiento, mediante el cual aprovecha una o varias ramas de la medicina de las ciencias conexas para estudiar y resolver casos concretos, habitualmente ligados a situaciones legales o jurídicas.”⁴⁵ Para Castellanos Tena, esta ciencia “tiene por objeto poner al servicio de la administración de la justicia penal los conocimientos y técnicas médico-quirúrgicas.”⁴⁶ Lo cual es de vital importancia para poder aplicar la justicia, ya que por ejemplo, coadyuva para poder identificar el tipo de lesiones que tiene un sujeto, o para determinar la causa de muerte en un homicidio.

i) Política Criminal: en palabras del Doctor López Betancourt, “... es aquella que utiliza o emplea el Estado, para su lucha contra el delito y

44 Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina Forense*, 5ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1986, p. 740.

45 *Ibidem*, p. 129.

46 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p.12.

su autor.”⁴⁷ Dado que existen bienes jurídicos tutelados de mayor valía para la sociedad, el Estado está obligado a proteger dichos bienes y de esta manera es que se pueden imponer las penas, de acuerdo al momento histórico o situación vivida por la sociedad.

47 López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, 2012, p. 79.

CAPÍTULO 3

PRINCIPALES ESCUELAS PENALES

3.1 Antecedentes

En la historia del Derecho Penal se señala la llamada etapa humanista, que como su nombre lo indica, es cuando el Derecho Penal se preocupa en desterrar concepciones caracterizadas por la brutalidad, la crueldad y en una palabra en prácticas inhumanas. El exponente más preclaro de esa corriente fue César de Bonnesana, marqués de Beccaria, que en 1764 publicó el libro *Tratado de los Delitos y las Penas*, en el cual señalaba que las penas debían consagrarse en la ley, ser más humanas, proscribir la pena de muerte y prohibir que los jueces pudieran interpretar libremente la ley. “A partir de Beccaria, la situación empezó a cambiar. Los gobiernos se humanizaron y tendieron a desaparecer las crueldades en materia penal.”⁴⁸

Las ideas de Beccaria las recoge la Revolución Francesa de 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre, y así el artículo VII de dicha declaración prescribe que ningún hombre podrá ser acusado, arrestado o detenido, sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades en ella prescritas.

En otro memorable artículo de la *Declaración de los Derechos del Hombre* se consagra el principio de la presunción de inocencia; así toda persona será considerada inocente mientras no se le declare culpable; agregando que todo abuso en contra de la persona, en caso de que se necesaria su detención, será severamente reprimido por la ley.

Para Beccaria el fundamento del Estado para castigar el delito se encuentra en la necesidad de preservar la paz y la tranquilidad. El Derecho Penal persigue como meta estos fines, los cuales son primordialmente preventivos y no precisamente represivos; es por ello que tanto Beccaria como Manuel de Lardizábal y Uribe, encuentran que el origen de la naturaleza de las penas se produjo cuando

48 López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, 17ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2012, p. 38

los hombres decidieron unirse en sociedad, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente a una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad, o bien, de la cabeza que eligieron.

Así pues, la etapa humanitaria también se nutre del pensamiento filosófico del Siglo de las Luces, en particular del *Contrato Social* de Juan Jacobo Rousseau.

El fundamento del *ius puniendi*, o derecho a castigar, va abandonado el criterio de que el castigo o pena es consecuencia del delito sin otra posterior finalidad (teoría absolutista).

3.2 Escuelas y teorías que estudian el delito.

A continuación desglosaremos las escuelas y las teorías encargadas del estudio del delito, las diferentes visiones penales que existían, las penas que se imponían a las personas que infringían las reglas, el contexto social que obligaba a modificar las sanciones penales y algunos aspectos que perduran hasta nuestros días.

3.2.1 La Escuela Clásica

El periodo humanitario da por resultado la primera corriente moderna del Derecho Penal, es decir, da origen a la llamada Escuela Clásica, la cual también se dice que “nace con el *Tratado de los delitos y de las penas*, de Beccaria y finaliza con Carrara.”⁴⁹

El principal expositor de esta escuela es Francisco Carrara, el famoso maestro de Pisa expone su pensamiento en la obra *Programa del curso de derecho criminal*. “Carrara sostiene, entre otras ideas, que el Derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas.”⁵⁰

El delito es en el pensamiento de este autor un ente jurídico, porque el delito es una violación del derecho, que como tal se debe sancionar. El delito acotado en

⁴⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, *op. cit.*, p. 33
⁵⁰ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 37.

la propia ley es también a la vez un derecho de libertad, pues al exigir la norma jurídica el respeto del ciudadano y del Estado sujeta a los hombres a la ley y no a la tiranía de los demás, ya que no se podrá punir sino en los términos y límites de la ley, salvaguardándole al ciudadano del abuso y únicamente sancionándosele en la medida de su responsabilidad. El delito prevé en abstracto una pena que primordialmente es una amenaza, y en el caso concreto, es la sanción que se aplica a quienes al violarla lo hagan de una manera libre e inteligente.

Así pues, Carrara siguiendo un orden eminentemente lógico, heredado de su maestro Carmignani, va desmenuzando la noción de delito, siendo este una infracción de la Ley del Estado que fue creada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que es moralmente reprochable. “La ejecución de un delito es un viaje que hace el malvado hacia la violación de la ley.”⁵¹

En pocas palabras se puede decir que en Carrara ya aparece el planteamiento de la consideración de que el delito es un ente jurídico, el cual se conforma por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales presupuestos y elementos deben encontrarse en la propia ley. De la propia ley pueden desprenderse también las situaciones en las cuales la falta de presupuestos o de elementos impide que el acto externo del hombre, que se apuntaba como delictivo, no lo sea.

3.2.2 La Escuela Positivista

El fundador de esta escuela, fue el jurista y sociólogo italiano Enrico Ferri, a la cual se unieron otros pensadores de la época como Carlo Caetano, Romagnosi, Roberto Ardigo, Cesare Lombroso, Garófalo, etc.⁵²

El positivismo afirma que el único conocimiento auténtico es el conocimiento científico, y que tal conocimiento solamente puede surgir de la afirmación de las teorías a través del método científico, el positivismo deriva de la epistemología que surge en Francia a inicios del siglo XIX de la mano del pensador

⁵¹ Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, México, 1995, p. 156.

⁵² Cft. Vergara Tejeda, José Moisés, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ángel Editor, México, 2002, p. 33.

francés Saint-Simón, de Augusto Comte y del británico John Stuart Mill y se extiende y desarrolla por el resto de Europa en la segunda mitad de dicho siglo.

Según esta escuela, todas las actividades filosóficas y científicas deben efectuarse únicamente en el marco del análisis de los hechos reales verificados por la experiencia, esta epistemología surge como manera de legitimar el estudio científico naturalista del ser humano, tanto individual como colectivamente, según distintas versiones, la necesidad de estudiar científicamente al ser humano nace debido a la experiencia que fue la Revolución Francesa, que obligó por primera vez a ver a la sociedad y al individuo como objetos de estudio científico.

Para esta corriente el delincuente al encontrarse determinado por esos factores debe ser sujeto a una medida de seguridad y no a una pena, ya que en él carece de sentido la pena con finalidad represiva, pues si no pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, si lo hace, la pena no va en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta. En consecuencia el Derecho Penal debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social. Sin embargo, “Los positivistas, en realidad, equivocaron el camino, en lugar de estudiar el Derecho Penal, analizaron el tema de cómo evitar la comisión de delitos.”⁵³

Las Escuelas Clásica y Positivista dieron nacimiento en el campo de la ideas penales a la llamada Tercera Escuela Crítica, expuesta por los autores italianos Carnevale y Alimena, quienes toman elementos de ambas escuelas, por ejemplo: niegan el libre albedrío, aceptando este postulado de la Escuela Positivista, y admiten la distinción entre imputables e inimputables de la Escuela Clásica, agregando que la imputabilidad es la aptitud para sentir la amenaza de pena.

Quienes marcan el principio de esta corriente como se mencionó al inicio de este rubro son Ferri, Lombroso, y Garófalo. Para ellos la escuela positivista consiste en hacer un estudio del delito en su nacimiento y en sus efectos jurídicos, para encontrar sus causas y las soluciones que serán eficaces para combatirlo,

53 López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 7.

mostrando que el delito no se juzgaba por ser delito tal como se había entendido en la escuela clásica, sino por ser un indicador de la inferioridad del delincuente en relación con la sociedad; inferioridad que se manifiesta según ciertos signos como la medida del cráneo, existencia de protuberancias, la forma de los pómulos, entre otros. Lo que demuestra que la escuela positivista se caracteriza por su método científico.

Para la Escuela Positivista el delito es un fenómeno social y natural, producto de factores sociales, antropológicos, y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el más connotado positivista. La escuela criminal positiva no consiste únicamente en el estudio antropológico del delincuente, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal y de los que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece.

La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de deducciones y argumentos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica; nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología, la psicología, la estadística criminal y así de como el Derecho Penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que se denominaría sociología criminal y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente, a las sanciones y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica las visiones de la ciencia moderna del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas, tal como lo concebían los diversos estudiosos de la escuela positivista y mayormente marcado con Ferri.

3.2.3 El Sistema Causalista

El sistema jurídico penal llamado *causalista* nace a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de “acción” como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.

De manera que “...los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta o

hecho.”⁵⁴ Es decir, la acción es un comportamiento humano que depende totalmente de la voluntad, que produce una consecuencia en el mundo exterior. Por lo tanto la acción es un factor causal del resultado, sin que en esta teoría sea considerada la intención que tuvo el sujeto para cometer dicha acción.

Para el Código Penal Alemán de 1871, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esta ley, Liszt realiza un análisis sistemático del Derecho Penal y del delito, partiendo de una base naturalísima.

La acción se define como una modificación causal del mundo exterior provocada por el ser humano, o bien, es un comportamiento humano, el cual exterioriza de la voluntad humana. No es un comportamiento unitario. A la acción se le concibe como un ejercicio de finalidad, así toda acción es acontecer finalista y no causal, la acción es predeterminación de cursos causales; propone la introducción de un modelo de análisis de los tipos penales, en tal virtud redimensiona los presupuestos y elementos fundamentales del tipo penal, precisando su contenido y ordenándolos de una mejor manera para facilitar su análisis.

La tipicidad se define como el acontecer de una acción que está descrita en forma no valorativa de la ley. La tipicidad deja de ser una concepción no valorativa y se define con un contenido de elementos valorativos; así, resulta necesario consumir los elementos descritos en el tipo penal. La tipicidad surge como consecuencia de la concreción de los elementos del tipo penal objetivos y subjetivos y se ubica a la acción dentro del concepto de tipo penal, por consecuencia la acción se ubica a nivel del tipo penal y la misma suerte sigue el dolo y la culpa. La tipicidad es entendida como la correspondencia unívoca de los presupuestos y elementos del tipo penal con los presupuestos y elementos del delito.

⁵⁴ López Betancourt, Eduardo, *op. cit.* p. 283.

La antijuridicidad se definía en virtud de que la acción típica está en contradicción con una norma penal, es decir, se encuentra desvalorada en sus aspectos objetivos. Antijuridicidad material, que comprende la ilicitud formal de la acción así como el daño o la puesta en peligro. La antijuridicidad evoluciona y se distingue entre aspectos formal y material. Lo formal alude al comportamiento que es contrario a la norma penal. Lo material es la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico producida como consecuencia de la antijuridicidad formal. Se separa el dolo de la antijuridicidad. Se introducen los supuestos de error de prohibición y de tipo.

La culpabilidad es la consecuencia de la relación entre el autor y su hecho, dolosa o culposa la culpabilidad es adicional, la imputabilidad, el dolo y la culpa siguen siendo sus elementos; las causas de inculpabilidad y la no exigibilidad de otra conducta como causas de exclusión, la culpabilidad y el concepto de imputabilidad desaparece.

3.2.4 Finalismo

El finalismo surgido en la posguerra, fue una respuesta al neokantismo del Estado autoritario; surge como un método deductivo basado en la filosofía de la naturaleza de las cosas que considera al dolo como una categoría del ser, el deber de ser valorado en su propio ser. El delito culposo se entiende como el quebrantamiento de un deber objetivo de cuidado.

Se distingue entre autoría y participación según quien tiene el dominio final del hecho. El error sobre algún elemento del tipo excluye al dolo, dejando subsistente la punibilidad por culpa. El error de prohibición también excluye al dolo, debido a que este forma parte de la conciencia de la antijuridicidad, según Hanz Welzel.

El planteamiento del finalismo, se vio determinado por la separación entre el mundo de lo real y el derecho - *propia del neokantismo* – a la realidad del ser social, con ello surgen las estructuras lógico-objetivas, previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la naturaleza de las cosas.

Para la teoría finalista, “La acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos.”⁵⁵

La acción es el ejercicio final de la actividad humana y como tal se integra de dos fases, la interna y la externa.

La fase interna se integra de los siguientes elementos:

- a) El objetivo a desarrollar;
- b) Los medios utilizados para su realización;
- c) Las consecuencias secundarias relacionadas con los medios utilizados, que pueden ser relevantes o irrelevantes, desde la perspectiva jurídico penal.

La fase externa se conforma de la siguiente forma:

- a) El acto de ejecución;
- b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y
- c) El nexo o relación causal.

Dentro de los fundamentos y estructura del sistema finalista, Hans Welzel tomó en consideración la filosofía neokantiana (filosofía de los valores) y la psicología del pensamiento de Richard Honigswald, que determina que la conducta no es relevante para el Derecho Penal por su causalidad, sino porque ésta es dirigida por una finalidad.

Así, concluimos que sólo interesan al Derecho Penal las conductas humanas dirigidas por el intelecto hacia la consecución de dicho resultado, mientras que los demás procesos causales son ciegos. De acuerdo con Welzel, las normas del

⁵⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. Ed. Comares, España, 1993, p.293.

derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente o la omisión de tales actos.

3.2.5 Modelo Lógico

El Modelo Lógico del Derecho Penal ha sido investigado arduamente en la época contemporánea, sus mejores expositores en México son los Doctores Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, apoyándose en los resultados de los matemáticos Lian Karp S. y Eduardo G. Terán.

Los Doctores Islas y Ramírez, se refieren al modelo antes mencionado como aquel producto de una investigación que dio inicio hace aproximadamente cuarenta años, el cual tiene como única finalidad construir un sistema conceptual que permita la explicación tanto general como especial de todo el Derecho Penal.

En esta teoría se utilizan dos latices, es decir, representaciones graficas ordenadas de un conjunto de proposiciones lógicas, la primera se proyecta sobre la segunda, teniendo esta una función de latiz interpretativa.⁵⁶

En dicha investigación han surgido diversas deficiencias que graban a la doctrina penal, una de las principales que destaca es la mezcla de faticidad y normatividad en la teoría del delito y la pena.

El delito es un hecho individual, por lo que pertenece al mundo fáctico, el tipo es la descripción abstracta elaborada por el legislador y por ello es normativo, son cosas totalmente diferentes.

El método en mención se funda en la lógica matemática específicamente en el cálculo de primer nivel y en la lógica formal, cuya estructura se basa en la distinción de los niveles del lenguaje. La estructura del modelo lógico se fundamenta en la distinción de niveles de lenguaje, punto de partida de la construcción del sistema.

⁵⁶ Cft. López Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p. 300.

En un primer nivel se ubican las acciones y omisiones, conductas antisociales. Son conductas que integran las fuentes reales que dan legalidad para la elaboración de normas penales y abstractas. Es un nivel pre jurídico.

Todas las personas que habitamos este mundo tenemos la posibilidad de intervenir en su actividad o de no intervenir en dichas actividades dejando que los hechos se produzcan regidos por las leyes de casualidad. En un primer caso esta actividad o inactividad pueden ser realizadas de forma intencional (dolo), o por descuido (culpa), por ello pueden quedar comprendidas en el ámbito punitivo. En un segundo caso, esta actividad o inactividad ocurren de manera fortuita, por lo cual no debe incluirse en el ámbito punitivo.

En un segundo nivel están las normas penales generales y abstractas, integradas con un tipo penal y una punibilidad (atendiendo a cada característica en particular). Es un nivel normativo general y abstracto. Las normas penales creadas por el legislador (a través de un proceso) son instrumentos para la prevención de los delitos, las cuales deben observar al menos cuatro principios fundamentales:

- Legitimación
- Racionalidad
- Ponderación
- Legalidad

Para esto el legislador debe observar las fuentes reales para crear normas, esto es, recoger el contenido de las conductas antisociales tal y como se están cometiendo en la realidad sin introducir modificaciones.

El tercer nivel está destinado a los delitos, conductas que ya están descritas, prohibidas y culminadas penalmente en una norma penal general y abstracta. Es un nivel fáctico particular y concreto con un significado jurídico penal.

El delito solo puede surgir a la vida jurídica una vez que dicha hipótesis (tipo) está plasmada en dicha norma, la cual lo describe y sanciona. El delito es un hecho que aparece en el mundo fáctico.

En el cuarto nivel se ubican las puniciones, establecidas por la instancia judicial. Es un nivel normativo particular y concreto. La punición se define como la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, la cual es realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad. La punición debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad.

El quinto y último nivel, es ocupado por las penas, se determina un nivel fáctico particular y concreto. La pena es la privación o restricción de los derechos del autor del delito, llevada a cabo por el órgano ejecutivo para la prevención de dicho delito, determinado en su máximo por la punición y en su mínimo por la convicción del sujeto de que no volverá a cometer un delito.

Por lo anterior se desprende que el método lógico del Derecho Penal es una fórmula matemática, en la cual se involucran todos los elementos, conjuntos y subconjuntos que integran un delito; en dicha fórmula interviene todo lo antes escrito y se puede observar que abarca desde las conductas delictivas pasando por todo un proceso (niveles de lenguaje) hasta llegar a la sentencia.

En las aportaciones de este modelo se explican de manera más detallada las latices y niveles de lenguaje; podemos hablar de las aportaciones realizadas por dicha teoría, las cuales se resumen en ocho, que son las siguientes:

- Ubicación del tipo penal en la teoría del delito, es decir el tipo penal ocupa el primer lugar y lo hace de manera fundamental.
- La agrupación de los elementos divididos en conjuntos, por un lado se encuentran los presupuestos del delito y por el otro los elementos típicos constitutivos del ilícito penal.
- En esta aportación se incorpora al tipo, como uno de sus elementos, la norma de cultura aceptada por el legislador.
- La ubicación de la imputabilidad en el ámbito del sujeto activo, esta manera considerando la capacidad genérica de dicho sujeto para el delito, que

adquiere relevancia cuando se está en presencia del caso concreto sometido a la consideración jurídico penal.

- Se considera a la lesión, o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como elemento típico, ya que se considera como un aspecto fundamental.
- La antijuridicidad se incluye al tipo, como un elemento de éste, ya que es determina a través del juicio de valoración, donde se viola la norma de cultura reconocida por el legislador.
- Se incluye el vocablo *kernel*, que significa *núcleo*; en esta teoría se utiliza en un sentido de conducta típica, es decir, la descripción del tipo, la sola conducta.
- Se presentan los llamados elementos normativos y subjetivos, dichos conceptos no satisfacen al modelo lógico.⁵⁷

3.2.6 Funcionalismo

“Por funcionalismo se entiende el conjunto de hechos filosóficos o de otra índole que se producen o suceden en un organismo, un aparato o un sistema.”⁵⁸

Es decir, se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema social concebido como una totalidad integrada, que desempeñan los individuos, grupos o instituciones. En el campo social, la teoría y los métodos de ese tipo de sistemas, dan primordial importancia al estudio y al papel de las funciones sociales orientadas a la conservación de la estructura social. Históricamente las raíces del funcionalismo se ubican en el contexto de las teorías darwinistas de la evolución de las especies. Estas tesis se adoptaron a las ciencias sociales y las encontramos en la concepción organicista de la sociedad, en tratadistas como Spencer y Durkheim, sobre la estructura y función social.

Podemos ver reflejada esta postura funcionalista en las ideas del criminólogo Alessandro Baratta, quien distingue entre sociología criminal y sociología jurídico-penal; la sociología criminal estudia el compuesto desviado con significado penal,

⁵⁷ Cft. *Ibidem*, p. 300-301.

⁵⁸ <https://es.scribd.com/doc/80792377/El-Sistema-Funcionalista-Del-Derecho-Penal>. 23 de abril 2016. 23:40.

su génesis y su función dentro de la estructura dada, y por su parte la sociología jurídico-penal, en cambio, estudia propiamente los comportamientos que representan una reacción ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de la reacción, así como las implicaciones funcionales, de la misma respecto de la estructura social global.

La sistemática funcionalista penal pone énfasis en esta problemática y propone un estudio dogmático del delito estrechamente relacionado a la política criminal, donde la función de la pena y la función del Derecho Penal respondan a una praxis social que permita consolidar la estructura social. Las funciones responden a su estructura, o a sus cambios, y puede que se tornen ineficaces, un lastre que puede provocar cambios bruscos en las funciones o en la propia estructura.⁵⁹

Los nuevos proyectos sistemáticos mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuestos del delito, la cuales se dividen en tipicidad, antijuridicidad, y la culpabilidad. Sin embargo cada una experimenta un notorio cambio tanto en concepción como en su conformación. Dos exposiciones sistemáticas del funcionalismo más importantes son las de Roxin y Jakobs.

El sistema funcional normativista de Jakobs “parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, y somete toda la teoría del delito, la base sociológica de la sociedad, como entidad conformada por individuos que pactan ceder soberanía en favor del Estado para el ejercicio del poder del pueblo, es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicación.”⁶⁰

En cuanto a la tipicidad, la teoría funcionalista interpreta las conductas descritas en los tipos penales en función de la necesidad abstracta de la pena para un supuesto regular, y no basado en la personalidad del sujeto en concreto o de la concreta situación de la actuación.

59 Cft. <http://www.infoderechopenal.es/2011/12/el-funcionalismo.html>. 24 de abril 2016, 23:05.

60 Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en el Derecho Pena, Libro homenaje a Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 91.

Para Roxin, el sistema jurídico penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la criminología al explicar y controlar la delincuencia. Su teoría no sólo persigue relevancia en el marco de las consecuencias jurídicas, o en el de la ejecución penal, sino también en el ámbito de los presupuestos de la pena.

3.2.6.1 Teoría de los fines de la pena.

Las teorías de la pena son las que determinan en el pensamiento de Roxin el camino mediante el cual el derecho penal puede lograr su objetivo primordial dirigido a la protección de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo de la personalidad, sus esfuerzos en este ámbito le conducen a sostener una teoría preventivo-integradora que trata de conjugar en la medida de lo posible puntos de vista preventivo-generales y especiales, junto a la satisfacción de los intereses de la víctimas.

Su teoría unificadora preventiva descansa en tres postulados básicos:

- a) El fin exclusivamente *preventivo de la pena***, bajo el entendimiento de que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a un orden social, a la protección de la libertad individual y que está a su servicio.

Así adquieren singular importancia los problemas relativos a las antinomias de los fines de la pena, y en particular, los conflictos que pueden presentarse entre las exigencias preventivo-generales y preventivo-especiales en el marco de la determinación de la pena. Así se da paso a que por motivos preventivo-especiales la pena no puede ser reducida hasta tal punto que quebrara la confianza en el ordenamiento jurídico.

- b) *La renuncia a toda retribución***, de modo que bajo su punto de vista, no sería correcto afirmar que el castigo de los criminales nazis ya integrados a la sociedad y que no representan ningún peligro sólo se justificaría

desde un punto de vista retribucionista, pues existe una necesidad preventivo-general de castigar estos hechos dado que de lo contrario podría estremecerse gravemente la conciencia jurídica en general.

c) ***El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención.*** El autor reconoce que pese a la renuncia a toda retribución, este elemento decisivo de la teoría de la retribución debe formar parte también de la teoría preventiva. Donde la pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. Para Roxin, el principio de culpabilidad tiene una función liberal absolutamente independiente de toda retribución.

Según este principio la cuantía de la pena no puede en ningún caso ser superior a la culpabilidad del autor, si bien no existiría inconveniente en admitir una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad, si a ello no se oponen las exigencias mínimas preventivo-generales.

3.2.6.2 Teoría de la culpabilidad.

En el tema de la culpabilidad y fines de la pena en el contexto de la antinomia entre prevención y culpabilidad, la tendencia que afecta al sistema penal y a la ciencia penal, es aquella que en parte rechaza una fundamentación retribucionista como base legitimadora válida en el Derecho Penal pero se sigue basando la imposición y distribución de la pena para el caso concreto en el principio de la culpabilidad.

Roxin se pronunció en 1970 acerca del carácter obsoleto de una concepción de la culpabilidad como requisito de la fundamentación de la pena en el sentido de reprochabilidad individual, desarrollando una nueva concepción dogmática de la categoría culpabilidad según la cual las denominadas causas de exclusión de la

culpabilidad (como el error de prohibición, el estado de necesidad exculpante, o el exceso en la legítima defensa) no se basan en un no poder actuar de otro modo, sino en razones político-criminales, ya que incluso la lesión de un bien jurídico evitable para el autor sólo se sanciona cuando ello es preciso por razones preventivo-generales para el mantenimiento de la fidelidad al derecho de la población.

Para el autor el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena es insuficiente y debe ser abandonado, sin embargo debe seguir manteniéndose como principio limitador de la pena y puede fundamentarse en esta segunda función. El autor ve en ella justamente todo aquello que cabe rescatar del principio de culpabilidad como producto del liberalismo ilustrado que sirve para limitar el *ius puniendi*.

CAPÍTULO 4

PANORÁMICA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Dada la existencia de la parte general y la parte especial en el Derecho Penal, el estudio del presente capítulo se enfoca a la parte general, compuesta por la Teoría de la norma penal, Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito y la Teoría de la pena; para desentrañar cada una primero procederemos a definir la palabra Teoría, que para efectos de esta investigación es una propuesta de explicación, es decir un grado de aproximación científica que sin llegar a generar una certeza o verdad científica, ofrece una posibilidad de entendimiento científico de un fenómeno.

4.1 Teoría de la norma penal

La norma jurídica se compone de supuesto-consecuencia, dado que la norma se encuentra en el plano del deber ser.

La norma penal al igual que la norma en general debe de cumplir con requisitos intrínsecos, dado que de ella nace la ley, dentro de sus características está la de ser **heterónoma**; se entiende que su origen no está sujeto a la voluntad de una persona, procede del exterior y con ello renunciamos a la capacidad de auto legislarnos; **externa**, ya que regulan la conducta en donde se va a desarrollar la sociedad, la forma de actuar en ella y como ésta afecte a terceros; **bilateral**, en virtud de que al imponer obligaciones también concede derechos; por último, **coercible**, entendida como la potestad que tiene el Estado para obligar al cumplimiento de la norma frente a los individuos, es la condición bajo la cual se cumple con la función de proteger los bienes jurídicos de primera importancia para la sociedad.

Para Celestino Porte Petit la norma es una regla de conducta que contiene mandatos, prohibiciones y sanciones, por lo que a la letra dice: “una norma penal,

es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad).”⁶¹

Con base en lo anterior, podemos concluir que la norma penal es aquella que se encarga de regular la conducta protegiendo los bienes jurídicos tutelados de primera importancia para la sociedad, mediante la cual el Estado impone una sanción o medida de seguridad, considerando el nivel de importancia de esos bienes para que se posible la vida en colectividad.

4.2 Teoría de la Ley Penal

Para comenzar a explicar la teoría de la Ley Penal es necesario abordar en primer término cuál es la estructura de la ley penal antes de dar inicio con el tema de interpretación y conocer sus alcances para lograr comprender la relevancia de una interpretación de ley.

La ley es una regla de conducta; en materia penal, las reglas de conducta contenidas en los preceptos legislativos están integradas por una descripción de la conducta, traducida en un hacer o no hacer, así como por la consecuencia (pena) que apareja el actualizarse el supuesto.

En nuestro país se tiene a la ley como la fuente directa e inmediata del Derecho Penal, en estricto sentido, la fuente formal de leyes se presenta en el proceso legislativo, pues su origen primario y su validez dependerán de esta actividad creadora y no propiamente de su resultado, es decir, la ley en sí misma. En materia penal, la garantía de legalidad se encuentra contemplada en el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, en el cual se establece que la ley penal es la única fuente de donde emanan las normas penales.

Recordemos que el objetivo de la ley penal es regular la conducta y sancionar a aquellas que son contrarias a derecho, para ello establece un catálogo de delitos en los que se marca el supuesto normativo y la pena a imponer. Así al hablar de

⁶¹ Celestino Porte Petit, *Apuntes de la parte general del Derecho Penal I*, 21ª ed., 1ª reimpresión, Ed. Editorial Porrúa, México, 2012, p. 109

delito por la trascendencia de las consecuencias de su imputación, será únicamente la ley a la que tenga que acotarse para su sanción.

Por otra parte, se tiene que a ley penal no se conforma exclusivamente con aquellas establecidas en el Código Penal Federal y sus correlativos de los Estados, sino que se estructura tanto por reglas estipuladas en leyes sustantivas, sea de carácter federal o local, como por otras hipótesis delictivas nombradas por la doctrina *delitos especiales*, que son delitos contemplados en leyes diversas a las codificaciones penales, ejemplo delitos fiscales, delitos bancarios, delitos ambientales.

El Derecho Penal es una institución jurídica de control social y su uso es para darle equilibrio y salvaguardar las garantías individuales, los bienes jurídicos tutelados y el orden social.

4.2.1 Interpretación de la ley penal.

La aplicación de la ley en materia penal, como ya se dijo, se encuentra limitada a la propia ley lo que hace suponer, en un primer término, que la ley se encuentra redactada de forma perfecta, bajo los parámetros de congruencia, sintaxis y uso correcto del lenguaje por lo que su aplicabilidad será exclusivamente adaptar el supuesto de hecho (conducta) al texto legal (tipo) en una armonía total, y en segundo término establece que las conductas criminales serán únicamente las que se encuentren establecidas en el catálogo legal. De ahí que se plantee la primera cuestión ¿las leyes penales requieren de la interpretación? En todos los casos así será, sin excepción.

Lo anterior se afirma ante la multiplicidad de conductas que de considerarse ilícitas se requiere de la adecuación del hecho al supuesto normativo en el que para su conformidad se tendrá que dotar de sentido a la norma y lograr su aplicabilidad al caso concreto, aun y cuando su redacción sea clara y no requiera de un análisis riguroso, pues aun cuando se está a la literalidad de la ley se está interpretando.

En ese sentido, Luis Jiménez de Asúa al hablar de la necesidad de la interpretación de las leyes penales afirma:

“Es forzoso aceptar la interpretación de las leyes y proclamar que todas han de serlo y no sólo las oscuras. El hecho de aplicar la ley supone interpretarla, ya que al hacer el cotejo de su contenido con el hecho real se precisa un proceso de subsunción al que contribuyen los órganos interpretativos a veces el legislador, con eficacia obligatoria, el científico y siempre el juez con medios literales o teleológicos y con resultados declarativos, restrictivos, extensivos o progresivos.”⁶²

Parece que el tema se concreta en la afirmación que plantea Eduardo López Betancourt al tratar el tema de la interpretación jurídica, al sostener que rechazar la interpretación de la ley penal, es negar su aplicación; criterio al que nos sumamos.

La segunda interrogante es ¿la interpretación es creadora de ley? La respuesta contundente es no, únicamente descubre la voluntad de la ley, lo cual no es una tarea menor, por la trascendencia de su aplicación, más en materia penal, en la que el Estado interviene para sancionar aquellas conductas que afectan bienes jurídicos protegidos por ley.

Esta es una cuestión que crea polémica entre algunos doctrinarios, en este aspecto Jiménez de Asúa dice: “el juez no crea Derecho, sólo descubre la voluntad de la ley”.⁶³ Lo cual nos dice que la labor de interpretación es inseparable de cierto subjetivismo, lo que nos parece acertado, pues no puede negarse que en toda labor de entendimiento o comprensión las experiencias previas y la calidad del sujeto que realiza la actividad cognoscitiva inevitablemente influirá en el resultado, de ahí la relevancia de que se tenga que desarrollar profusamente y con ligereza para evitar dotar a la ley de un significado distinto a su espíritu.

Reconociendo expresamente el principio *nulla pena sine lege*, no hay pena sin ley, así como el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que actualmente inspira el Derecho Penal vigente, representa un límite a la interpretación de ley pues

62 Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, volumen 3, Oxford, México, 2002, p. 61

63 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, 11ª ed., Ed. Sudamérica, Argentina, 1980, p. 101.

ésta debe atender al principio de legalidad, por lo que no deberá ser de tal manera que pudiera traducirse en una afectación a sus derechos humanos.

Otro de los temas que se cuestiona en el campo del Derecho Penal es si la jurisprudencia (fuente de interpretación legítima) es creadora de ley, sin embargo aun cuando sus interpretaciones son de carácter obligatorio para los tribunales atendiendo a la naturaleza de la fuente y el proceso de creación, no resulta atinada la anterior afirmación.

Ahora bien, existe en la práctica del Derecho Penal un problema constante que lejos de crear confianza o uniformidad en la emisión de resoluciones judiciales crea incertidumbre, se habla de la interpretación que realizan los aplicadores de las leyes, también conocido como criterio judicial.

En este tema de la interpretación de la ley conviene hacer referencia a lo que plantea Luigi Ferrajoli cuando advierte: “las fuentes de legitimación del poder judicial se identifican por completo con el sistema de las garantías, es decir, de los límites y de los vínculos, el principal la estricta legalidad penal, dirigidos a reducir al máximo el arbitrio de los jueces para así tutelar los derechos del ciudadano”.⁶⁴

El autor a que nos referimos hace hincapié en la relevancia de la labor del juzgador, y sostiene:

“Por eso los magistrados tendrían que ser los primeros en defender y reivindicar, no solo en la práctica judicial sino también en el ámbito de la legislación, el pleno respeto de las garantías penales y procesales como condiciones irrenunciables de su legislación: sobre todo la certeza del derecho a través de la expulsión del sistema penal de todas las figuras del delito indeterminadas y una drástica despenalización que restituya a la intervención penal su carácter de *extrema ratio*; en segundo lugar, la restauración del juicio, frente a la coartada de los procedimientos alternativos, cuyo resultado último es la definitiva marginación del debate

64 Ferrajoli, Miguel, *Democracia y Garantismo*, 2ª ed., Ed. Trotta, España, 2010, p. 219.

contradictorio. Todo debilitamiento de las garantías equivale a un debilitamiento de esa frágil frontera más allá de la cual ese instrumento de tutela de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos que es el poder de los jueces se transforma en lo que Montesquieu llamó ‘el poder más odioso’.”⁶⁵

En ese sentido Ferrajoli propone lo que denomina “la *reserva forzada del código*, como solución o freno a la inflación penal que ha hecho retroceder al código penal a una situación de sustancial descodificación, refiriéndose al cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leyes, la incertidumbre de las competencias, en fin el aumento desmedido de la tipificación de conductas.”⁶⁶

Esta propuesta conviene atender tratándose de los límites del uso inadecuado de la interpretación, pues si se habla de que las leyes pudieran ser enlistadas en una sola codificación, en la que los juzgadores participen de su formación, este proceso limitaría y daría uniformidad al sentido y alcance de la norma desde su creación.

4.2.1.1 Concepto de interpretación

La interpretación de la ley penal nos dice Faustino Carrillo Ahumada “la entendería como un proceso mental válido y aceptado, para desentrañar el sentido de una norma penal prevista en la ley, dándole un significado ante lo oscuro, confuso y dudoso, fijar su sentido y poder entender cuál es la voluntad de la ley, la cual habría de adaptarse a los cambios de la sociedad”.⁶⁷

En concepto de López Betancourt, la interpretación de la ley penal implica conocerla y familiarizarse con ella; entender su alcance y voluntad de su creador, y adaptarla a las características de tiempo, lugar y caso concreto.⁶⁸

65 *Idem.*

66 *Idem.*

67 Carrillo Ahumada, Faustino, *Teoría del delito sistema jurídico penal legal*, 2ª. ed., Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 10.

68 López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito y de la Ley Penal*, 3ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2013, p. 31

Este último concepto parece el más adecuado pues recordemos que para que se presente la interpretación no necesariamente se tendrá que encontrar ante una norma obscura o confusa, sino que a toda norma se debe dotar de sentido para aplicarla a cada caso en concreto.

4.2.1.2 Clasificación de la interpretación.

La clasificación doctrinal más difundida sobre la interpretación de la ley, entre los que se encuentran Carrillo Ahumada, Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas, y Castellanos Tena coinciden en dividirlo en tres clases:

- a) Por los sujetos que la realizan se clasifican en auténtica, judicial y doctrinal.
- b) Por el método se dividen en gramatical, lógica y sistemática
- c) Por su resultado se divide en declarativa, restrictiva, extensiva y progresiva.

Para abordar este tema se hace desde el punto de vista meramente ilustrativo, porque encontramos innumerables maneras de clasificar la interpretación de la ley, y tanto en la doctrina como en la *praxis*, estos no son aislados, para realizar la labor de interpretación no se atiende a una sola técnica sino que en la mayoría de los casos es necesario aplicar más de una para poder desentrañar el sentido de la ley.

La interpretación no es libre, atiende a técnicas, sujetos y métodos diferentes, por lo cual es posible clasificarla; para efectos de este estudio monográfico, atendemos a la clasificación en razón del sujeto que la realiza, del medio utilizado y del resultado.

4.2.1.3 En razón a los sujetos que la realizan.

- a) **Doctrinal:** la interpretación doctrinal también es conocida como interpretación científica, por la especialidad que se tiene sobre la materia y el manejo de los conceptos. La aplicación práctica de esta clase de referencias dependerá de la calidad y prestigio del erudito que haya emitido, mismo que

generalmente se difunde a través de los libros jurídicos, ensayos o en la academia.

Es la exposición del contenido de las leyes penales hecha por la ciencia jurídico-penal. En materia penal no se comprende una teoría que no esté destinada a servir a la práctica. Es la que realizan los estudiosos del Derecho, es una interpretación privada que intenta declarar un sentido a la ley sobre la base de planteamientos de hipótesis, la cual no tiene fuerza vinculativa para nadie, sin embargo, es un apoyo optativo tanto para el legislador como para el juzgador.

- b) Judicial:** es la realizada por el órgano jurisdiccional para aplicar la ley a un caso concreto, utilizando como base la voluntad objetiva contenida en ella (voluntad de la ley), la validez de esta interpretación se limita al caso concreto.

La función de los jueces en nuestro sistema no es la de establecer leyes, sino de aplicarlas, para lo cual, realizan la interpretación de los preceptos penales, buscando el sentido de la ley en relación con todo el ordenamiento jurídico.

Una forma de interpretación judicial es la jurisprudencia realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los criterios de los Tribunales Colegiados de Circuito, con la finalidad de unificar criterios y su obligatoriedad es casuística, por tanto, restringida.

Agrega López Betancourt que el artículo 21 Constitucional precisa en su párrafo tercero, en relación a la aplicación de la ley, que la imposición de las penas, su modificación y duración, es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Por lo tanto, será ella la que tenga plena y absoluta posibilidad de interpretar la ley penal.

- c) Auténtica o legislativa:** “La emite el legislador para precisar o aclarar el sentido de las leyes que dicta”⁶⁹, ésta se encuentra agregada en el cuerpo

69 Carrillo Ahumada, Faustino, *op. cit.* p. 11.

de la ley. Tiene su base constitucional en el numeral 72 inciso f) señala que el proceso legislativo para promulgar una ley una ley o decreto, y establece en la fracción precitada de manera textual: en la interpretación, reforma o derogación o de la leyes o decretos se observarán los mismos trámites establecidos para su formación. Es menester que el legislador defina el sentido de las palabras que maneja o las referencias que hace a objetos, personas, leyes o instituciones, para darle mayor claridad a la ley penal.

4.2.1.4 En razón a su método

- a) **Gramatical:** también denominada interpretación literal, en ella se debe atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador, intenta hallar el sentido de la ley en la propia redacción de la norma, procura esclarecer el estricto significado empleado por el legislador constreñido en el texto.

En este tipo de interpretación resulta imprescindible recurrir a la consulta del diccionario para aclarar conceptos y armonizar el texto legal, se recomienda el uso del diccionario de la lengua española.

- b) **Lógica.** También llamada interpretación teleológica o racional, es aquella que determina el verdadero sentido de la ley mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivos y de las actas de trabajos preparatorios. Procura descubrir la génesis de la ley para desentrañar el fin que persigue.⁷⁰

Revisar las circunstancias imperantes en el momento en que se creó la norma, factores que influían en la sociedad. López Betancourt señala que se pueden emplear medios de naturaleza jurídica o extrajurídica. En la primera encontramos el elemento histórico y el derecho comparado, y en la segunda se trata de elementos tales como aspectos políticos, sociológicos, éticos, psicológicos y criminológicos.

⁷⁰ *Idem.*

c) **Sistemática.** Consiste en comprender y conocer todo el cuerpo legal a que pertenece la norma que se quiere interpretar y no considerarla aisladamente. En ella, deberán tomarse en cuenta las doctrinas, corrientes y escuelas que ejercieron influencia en la norma y la orientación jurídica del Estado.

d) **Interpretación teleológica:** es aquella que apunta a los fines generales del derecho y a los propios del Derecho Penal, con lo cual busca desentrañar la *ratio legis* de acuerdo con el bien jurídico tutelado.

En la interpretación teleológica, Jiménez de Asúa nos dice la califica como la que mejor alcance tiene ya que descubre la íntima significación de los preceptos, la verdadera voluntad de la ley, deduciéndola, no sólo de las palabras, sino de los múltiples elementos que contribuyen a formar las disposiciones legislativas.

Esta interpretación se vale de elementos históricos, del derecho comparado y aspectos sociológicos latentes durante el nacimiento de la ley, como pueden ser la exposición de motivos o la realidad social imperante en el momento en el que fue promulgada alguna ley. Esta clase de hermenéutica debe de realizarse metodológicamente atendiendo de manera integral a todo texto legal y no sólo a un precepto que se interpreta.

4.2.1.5 En razón del resultado.

a) **Declarativa.** “Coincide la voluntad de ley con la letra de ésta, de modo que existe identidad entre el texto literal y la intención del legislador.”⁷¹ En esta clase de interpretación coexiste la afinidad entre la letra del texto legal y la voluntad de ésta.

b) **Extensiva.** Es aquella en la que la intérprete amplía el alcance de las palabras legales para que la letra corresponda al espíritu y voluntad de la ley;

⁷¹ Carrillo Ahumada, Faustino, *op. cit.* p. 11.

esta forma de interpretación es adoptada por el derecho internacional con el nombre de principio *pro homine*.

El intérprete se encuentra con que ciertas palabras empleadas en el precepto son de mayor significado que lo expresado en el texto. Es así donde la letra es más restringida que la voluntad legal.

El principio *in dubio pro reo*, dice López Betancourt, no es una regla de interpretación, sino un principio que nos señala la actitud que debe tomarse cuando una expresión tiene sentido doble o diverso, que pudiera ser contradictorio en la ley, debiendo en congruencia con este principio, privilegiar lo que favorezca al imputado.

- c) **Restrictiva:** las palabras empleadas en la ley expresan más de lo que significan. La letra va más allá de la voluntad legal. Es la interpretación que restringe o reduce el alcance de las palabras del texto de la ley, por entender que su pensamiento y voluntad no consienten atribuir a su letra todo el significado que podía contenerse en ella; conforme el principio *pro homine* esta forma de interpretación se encuentra prohibida por nuestro sistema jurídico.

- d) **Progresiva:** Porte Petit al respecto expresa: “La interpretación progresiva o evolutiva consiste en adoptar o adecuar el texto de una ley a las necesidades imperantes.”⁷² Una norma que no se adapta a los cambios sociales es anacrónica, obsoleta e ineficaz.

4.2.2 Integración de la Ley Penal

La integración en materia penal no se puede presentar, como explicaremos más adelante, dado el principio de legalidad del sistema jurídico mexicano, cifrado en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero.

⁷² *Idem*.

4.2.2.1 Concepto.

El ordenamiento jurídico penal se compone de un conjunto de normas de diferentes tipos. En sentido estricto, como se había mencionado la norma penal se constituye por el contenido de un supuesto o precepto (tipo penal), al cual se une su consecuente (la punibilidad), traducido en la sanción correspondiente que, naturalmente admite interpretación, pero prohíbe tajantemente su integración, esto de conformidad con el principio de legalidad de nuestro sistema jurídico.

4.2.2.2 El principio de legalidad -*Nullum crimen sine legem*-.

Dicho principio se consagra en “La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana en términos sustancialmente idénticos, establecen que: Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos,”⁷³ siendo coincidente con en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

Este principio se traduce fundamentalmente en tres principios, que regulan, cada uno, un aspecto del específico ámbito de su alcance general, en los términos siguientes:

- Ley escrita (*lex scripta*)
- Ley estricta (*lex stricta*)
- Ley prevista (*lex previa*)

4.2.2.2.1 Principio de la ley escrita. (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

No hay delito, no hay pena, sin ley escrita. Delimita el alcance del Derecho Penal en el sentido de que para que pueda existir un delito y para que pueda aplicarse una pena, debe existir una ley penal escrita, que tipifique un cierto comportamiento como delito y que el mismo aparezca conminado con una pena, para el caso de su violación. Da base al contenido esencial del principio de reserva de la ley penal, que

⁷³ Donnell, Daniel O', *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia, 2007, p. 448

significa que no es posible integrar la ley penal con la creación de tipos o de penas. Sólo la ley puede crear y **no existe más fuente que la ley penal**.

Otras fuentes serán útiles para la interpretación de la ley, pero no para su integración normativa, como son los principios generales del derecho, la costumbre, la equidad, la jurisprudencia o la doctrina.

La legislación mexicana recoge este principio en términos de lo dispuesto el artículo 14 constitucional, párrafo tercero.

4.2.2.2 Principio de ley estricta. (*nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*).

No hay delito, no hay pena, sin ley estricta exactamente aplicable al delito de que se trate. Significa que el tipo previsto en la ley penal contiene todos los elementos que lo conforman, no siendo posible integrar su contenido, con otros elementos diversos de los que la propia ley penal señala. Implica una limitación en el sentido de que no es posible aplicar por analogía la ley penal.

En México, el principio de legalidad en lo relativo a la exigencia de la ley estricta, aparece regulado fundamentalmente en términos de lo dispuesto en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero.

4.2.2.3 Principio de la ley previa. (*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa*)

No hay delito, no hay pena, sin ley previa, significa que para que pueda existir un delito, o para que pueda ser impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley penal previa que establezca el tipo legal correspondiente y la pena aplicable.

El contenido de este principio, aparece conformado con el principio de la irretroactividad de la ley penal que, en el caso de México está complementado con la adición importante de que tal irretroactividad sea en perjuicio de la persona.

Esto significa que toda ley, y concretamente la penal, invariablemente observa su vigencia hacia el futuro y no hacia el pasado; de aquí deriva la prohibición a que, situaciones acaecidas con anterioridad a la existencia de la ley,

puedan ser reguladas a través de una ley creada con posterioridad al hecho de que se trate, situación, está que generalmente se enuncia como la prohibición a las leyes y los tribunales *ex post facto*.

La legalidad, en lo relativo a la ley previa, como en los casos anteriores, esta garantía forma parte de la garantía de seguridad jurídica, también vinculada con la de igualdad, en la medida en que es aplicable por igual a todos, lo que deriva en la certeza de que nadie podrá ser acusado de un delito, ni será posible la imposición de una pena, si los hechos no encuadran con una ley que preexista como delito, al comportamiento del imputado. Implica, así, un límite a la arbitrariedad y por lo mismo supone una fundamental protección a la seguridad jurídica de la persona.

El alcance de este principio, parece limitado por la aplicación de la ley más favorable al reo, caso del cual sí se admite la aplicación retroactiva de la misma.

En la ley penal mexicana, el principio de la aplicación de la ley más favorable aparece recogido en términos de lo previsto en el artículo 14 constitucional, párrafo primero, a su vez en relación con lo dispuesto a los artículos 56 y 117 ⁷⁴ del Código Penal Federal.

Dicho esto en materia penal, atento a principio de legalidad *-Nullum crimen sine lege-* reserva de la ley penal o exacta aplicación de la ley penal, no existen lagunas en relación con las normas penales, toda vez que lo que no es un elemento integrante de la ley penal, no es constitutivo de delito, sin embargo la excepción en nuestra legislación son los tipos penales abiertos y los tipos penales en blanco.

4.2.2.3 Teoría de la plenitud hermética del Derecho.

Supone la imposibilidad de dejar una situación sin resolver; contempla la inexistencia de lagunas del Derecho, aunque no por ello deje de haberlas en la ley; esto quiere decir que la ley al ser una obra humana puede no prever alguna circunstancia, pero el Derecho entendido como un sistema, debe resolver las lagunas que la ley presente, con el restante contenido de las reglas jurídicas que conforman también el orden jurídico penal.

74 Artículo 56. Código Penal Federal, *op. cit.*

En ese entendido, surge la interrogante si es dable o no la presencia de lagunas que sean susceptibles de integración de la ley; al respecto, en opinión de Malo Camacho parece que “en la medida en que no se varíe el contenido y alcance de la norma penal, en sentido estricto, no existe dificultad en reconocer la posibilidad de integrar dichas reglas jurídicas, que son también penales en sentido amplio y cuyo contenido no puede ser analizado por sí solo, sino surge en relación con el contenido de las normas penales en sentido estricto.”⁷⁵

Hecha tal justificación, se produce al estudio de integración de la ley penal (*stricto sensu*).

4.2.2.4 Analogía.

Es un procedimiento que implica la aplicación del contenido de una norma jurídica referida a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley; esto es, trasladar un regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza, en los pocos casos que pueda plantearse la analogía, necesita de la presencia de los siguientes elementos:

Una disposición legal que regule una situación concreta; un caso no regulado; y una situación de semejanza entre el caso no regulado y el caso previsto en la ley.

El estudio de la analogía puede referirse a distintos aspectos que la condiciona. Se habla, así, de analogía *legis* y analogía *iuris*; y también de la analogía *in malam partem*, y analogía *bonam partem*.

- Analogía *legis*, se entiende aquella que deriva y surge de la misma ley.
- La analogía *iuris*, se entiende aquella que deriva de la interpretación de los principios generales que están en la base del derecho vigente.
- Analogía *in malam partem*, ese procedimiento analógico consiste en la creación de tipos o de penas. Pero en nuestro sistema jurídico y en la mayoría de los sistemas está estrictamente prohibido en el ámbito de la ley penal.
- Analogía *in bonam partem*, se da cuando el resultado del análisis es más favorable al condenado. Aun cuando en términos generales el término

⁷⁵ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7a. ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2010, p. 181.

analogía aparece, en principio, rechazada como forma de integración de la ley penal, en tratándose de esta última, puede ser admitida, como fundamento del principio de la racionalidad del derecho.

Así, queda entendido que la función básica de la integración está dirigida a colmar las *lagunas de la ley*; los principales medios para colmar estas lagunas son al *contrario sensu* y los razonamientos analógicos (*a pari*, *a maior* y *a minori*).

Contrario sensu, es cuando para resolver la laguna en la ley se utiliza un precepto que regula un hecho antagónico al que se pretende resolverse; los razonamientos analógicos: *a pari* es cuando existe similitud de motivos que te lleven a pensar en la compatibilidad de la ley con los casos de referencia; *a maior* es cuando habiendo una menor razón de la que la ley contempla se resuelve con la máxima de derecho de *el que puede lo más, puede lo menos*; y en sentido contrario, es el razonamiento *a minori*; la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha validado a través de su jurisprudencia, la integración de la norma ante alguna laguna, como por ejemplo a partir de un razonamiento analógico *a pari*, cuyo rubro es:

“FRAUDE PROCESAL. EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN SU HIPÓTESIS CONSISTENTE EN REALIZAR CUALQUIER OTRO ACTO TENDENTE A INDUCIR A ERROR A LA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA, CON EL FIN DE OBTENER SENTENCIA, RESOLUCIÓN O ACTO ADMINISTRATIVO CONTRARIO A LA LEY, NO INFRINGE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ESTRICTA O TAXATIVIDAD QUE RIGE PARA LA TIPICIDAD EN MATERIA PENAL.”⁷⁶

76 Nota: Encuentra apoyo en la tesis aislada 1a. CCXXXV/2012 (10a.), sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1202, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2 del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época; cuyo texto es: “...La hipótesis referida del delito de fraude procesal previsto en el artículo 310 citado, es clara y precisa, ya que contiene todos los elementos necesarios para acreditarla, con lo que se dota de certeza jurídica a los gobernados en la medida en que pueden conocer de manera específica la conducta que pretendió prohibir el legislador con el tipo penal o, entendido a contrario sensu, que de realizarse la conducta prohibida en dicha hipótesis, se considerará como delictiva esa acción con su consecuente sanción, por lo que resulta irrelevante la inexistencia de un catálogo exhaustivo de conductas que lo actualizan, pues sería imposible agotar todas las variantes del actuar humano. Ahora bien, el hecho de que las porciones normativas "cualquier otro acto" y "tendente a inducir a error", puedan interpretarse, no implica que tal posibilidad sea contraria al principio de legalidad estricta o taxatividad que rige para la tipicidad en materia penal, contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues el tipo penal previsto en el artículo 310 del Código Penal para el Distrito Federal, establece las herramientas necesarias para que el intérprete conozca claramente que lo que se pretende sancionar es la conducta que ocasione a la autoridad judicial o administrativa algún juicio falso o representación mental equivocada, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, pues "cualquier otro acto" se refiere a uno que, siendo distinto de "alterar" y "simular", tienda a inducir al error a la autoridad judicial o administrativa con la finalidad señalada...”.

4.2.3 Fuentes del Derecho Penal

Como su nombre lo indica, una fuente es aquello que *emana* o *brot*a y en el caso del Derecho Penal, es la justificación fáctica, social y formal de la creación del Derecho Penal. Ahora bien, como se sabe, existen diferentes tipos de fuentes en el derecho en general, pero nos centraremos únicamente en las fuentes que dan vida al Derecho Penal. En este caso, nos encontramos ante las siguientes fuentes:

- a) Fuentes reales,
- b) Fuentes históricas y
- c) Fuentes formales.

No obstante, previo a explicar cada una de ellas, es necesario precisar que dentro de esta clasificación cabe distinguir una bifurcación que comprende a dos tipos de fuentes. Las directas y las indirectas. La primera, como su nombre lo indica, es aquella que se “manifiesta por sí misma el derecho” ⁷⁷, es decir, es la expresión material que da vida al Derecho Penal y justamente se trata de la ley, y por ende, se convierte en la única fuente en sentido estricto en la construcción de las descripciones normativas penales. Esto nos puede llevar a afirmar que la única fuente del Derecho Penal es la ley.

Sin embargo, no debemos soslayar que el Derecho Penal no sólo se encuentra plasmado o determinado por la ley misma, también debemos considerar qué es lo que da origen a esa creación de leyes que serán visibles en el mundo fáctico; justamente nos referimos a las fuentes indirectas, cuya función es determinar el alcance del anterior tipo de fuente o en su caso, lograr dilucidar el *cómo* y *por qué* surgió. Un ejemplo de este tipo de fuentes es la doctrina.

Hasta ahora hemos considerado los diferentes tipos de fuentes desde un punto de vista objetivo, pero también es conveniente considerar a las fuentes desde una perspectiva u origen subjetivo, las denominadas también fuentes de producción, que hacen referencia a los “sujetos productores de los preceptos

⁷⁷ Blanco Lozano, Tatiana, *Aproximación a las fuentes del Derecho Penal*, Ed. Universidad de la Saba, Colombia, 2000, p. 17.

jurídico-penales”⁷⁸ esto es, “a la autoridad que declara el derecho, es decir la que tiene, en el sistema jurídico-político de que se trate, el poder de dictar normas jurídicas”.⁷⁹ Esta perspectiva es tangencial con la fuente directa o inmediata del Derecho Penal, ya que desde un punto de vista subjetivo nos encontramos con el legislador, quien es el facultado para crear las leyes penales y por otra parte, al derecho mismo. Es por ello que la conjunción de ambos tipos de fuentes se plasman a su vez como complementos uno del otro para dar vida al Derecho Penal.

Una vez que se explicó *grosso modo* los diferentes tipos de fuentes, nos centraremos en las primeras que se mencionaron y que convergen con las fuentes del derecho en general.

4.2.3.1 Fuentes Reales

Se refiere al conjunto de acontecimientos sociales, políticos e históricos que tienen impacto en la creación de los enunciados normativos penales. Esta fuente se encuentra conformada por un elemento experimental y un elemento racional; el primero, que da nacimiento de manera inmediata al precepto jurídico; mientras que el elemento racional tiene por finalidad y efecto purificar de alguna manera los aportes del elemento experimental. Este tipo de fuentes son realidades que si bien no crean directamente las descripciones normativas, sí dan lineamientos o tendencias de cómo se conformarán. Así, el impacto social y la realidad social son cruciales para la creación de los tipos penales, ya que a través de estos sucesos se dará un contenido material de justificación a la protección de determinados bienes jurídicos de suma importancia para la sociedad.

4.2.3.2 Fuentes Históricas o materiales.

Se definen como los ordenamientos jurídicos anteriores en el tiempo que influyen en la formación de un ordenamiento jurídico actual.

Por su parte, el Doctor Miguel Ángel Granados Atlaco las define como todos aquellos vestigios, documentos, monumentos, grabados, en los que se mantienen

⁷⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal parte general*, Ed. Ediar, Argentina, 1998, p. 124.

⁷⁹ Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 1992, p. 49.

disposiciones jurídicas que fueron vigentes. Si bien no se refiere directamente a los acontecimientos históricos suscitados, se puede afirmar que son aquellas figuras que en su momento fueron vigentes, luego derogadas y que con posterioridad se retoman como parte del derecho vigente. Un ejemplo que no tiene relación inmediata con la conformación de normas penales es el reconocimiento del principio de presunción de inocencia; garantía judicial y del debido proceso que se encontraba explícita en la Constitución de Apatzingán que a la letra establecía lo siguiente: “Artículo 30. Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”. Este derecho fundamental se retomó 194 años más tarde dentro de la reforma al sistema penal acusatorio de 18 de junio de 2008, prerrogativa que se incorporó en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que *ad literam* determina lo siguiente: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. Así, es claro que la Constitución de Apatzingán de 1814 contenía la máxima de presunción de inocencia y que fue recuperada en la reforma de 2008 no sólo por la reminiscencia histórica, sino también por una necesidad de armonizar el sistema procesal penal con los derechos humanos y las garantías judiciales.

4.2.3.3 Fuentes Formales.

Estas se definen como “los procedimientos o modos establecidos por una determinada sociedad para crear su propio derecho” ⁸⁰, también se refieren a la manera en cómo se llega a manifestar la voluntad imperativa y sancionadora del Estado, o la forma en que el derecho llega a reflejarse en la vida social. Es decir, se trata del procedimiento para la creación del derecho en un sistema jurídico determinado.

Es importante señalar que esta categoría se llega a relacionar directamente con la emisión de normas en sentido estricto, esto a través del órgano facultado competente; si bien, la legislación es la fuente formal por excelencia en la creación

80 Pérez Nieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio de derecho*, 6ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2009, p.320

del derecho ⁸¹, incluso Zaffaroni refiere que “son aquellos hechos o actos a los cuales se les atribuye una específica aptitud para crear normas jurídicas; el procedimiento forma establecido para que el Congreso sancione una ley, hace de la ley una fuente formal”. ⁸² No obstante, debemos considerar que no es la única forma de crear derecho, ya que también está reconocida la jurisprudencia y la costumbre; y, algunos autores también incluyen la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad.

Entre las fuentes formales y la única que incide directamente en materia penal es la *legislación*. Debe señalarse que en el Derecho Penal, la producción de descripciones normativas penales está atribuida exclusivamente al legislador. Esto bajo un aspecto tripartita: (i) por una parte, en aras de respetar el principio de legalidad previsto en el artículo 14, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; (ii) como la manifestación de legitimidad que se le atribuye a los legisladores como representantes de los intereses de la sociedad, y que descansa en la aceptación de la ciudadanía de la actual forma de gobierno: una democracia representativa y federal, la cual se encuentra prevista en el artículo 40 de la Carta Magna; (iii) por último, como un reflejo de seguridad jurídica para aquellos que serán sujetos de un proceso penal y eventualmente de una sanción por la comisión de un ilícito penal, ya que el inculpado tendrá la seguridad de que la posible sanción que le impondrán será vigente y válida desde un punto de vista forma y material. Ahora bien, la producción de normas por parte de órgano competente tiene su fundamento legal en los artículos 71 y 72 de la Constitución Mexicana; proceso legislativo que consta de las siguientes etapas: presentación de la iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación e iniciación de la vigencia.

Otro tipo de fuente que da vida a los enunciados normativos, se reitera, a excepción de las penales, es la *jurisprudencia*, la cual es definida como un “conjunto de principios establecidos en las resoluciones de determinados tribunales, al

81 Cfr. http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Fuentes_del_derecho.pdf. 25 de octubre 2016, 23:40.

82 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 129.

interpretar las leyes o al definir casos previstos en ellas, los jueces y los tribunales están obligados a observar el cumplimiento de su contenido”.⁸³ Los órganos facultados para emitir jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus Salas, los Tribunales Colegiados de Circuito, la Sala Superior del Tribunal Electoral y las Salas Regionales de éste. Se constituye jurisprudencia por medio de dos sistemas: por reiteración, que son 5 resoluciones resueltas en el mismo sentido; y, por contradicción de tesis, son dos criterios opuestos de los órganos jurisdiccionales y se pide a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea en Pleno o Salas que determine qué criterio debe prevalecer. Es importante señalar que con la reforma de 6 de junio de 2011 y posteriormente, con la emisión de la Nueva Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 se incorporó una nueva figura jurídica: los Plenos de Circuito, órganos jurisdiccionales que podrán conocer de las contradicciones de tesis de los órganos colegiados de su propio Circuito.

Es de suma trascendencia destacar que la jurisprudencia no es propiamente una fuente productora de derecho, ya que no crea normas coercibles respecto de destinatarios concretos, en realidad se constituye como la interpretación que dan los órganos jurisdiccionales de las normas jurídicas o determinan los alcances de las mismas.

En materia penal, si bien sólo puede constituirse como fuente secundaria e indirecta, en términos de interpretación y alcance del contenido normativo, en todo caso es generadora de seguridad jurídica para los justiciables, ya que a través de una opinión jurídicamente relevante se tendrá la certeza de cómo podrán interpretar cada uno de los elementos del tipo penal, así como sus alcances.

Finalmente, “la idea de una jurisprudencia integradora y armonizadora del ordenamiento jurídico lo será en la medida que dicha jurisprudencia esté movida por un doble objetivo, la búsqueda de que en su actuar se proyecte la finalidad misma

83 Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Sistema Jurídico Mexicano*, 4ª ed., Ed. SCJN, México, 2006, pp. 8 - 10.

del derecho, que es la búsqueda de la justicia (...) y en paralelo, y que esta búsqueda sea a través de una correcta aplicación del derecho”.⁸⁴

Una fuente formal más a considerar es la *costumbre*, la cual se entiende como “la conducta que se repite constantemente generando convicción de obligatoriedad”.⁸⁵ Tiene dos elementos: uno subjetivo (*opino iuris seu necessitatis*), referente a la idea de que su uso sea obligatorio y uno objetivo (*inveterata consuetudo*), que es la práctica reiterada. De lo anterior se desprende que la costumbre no puede ser fuente directa del Derecho Penal, esto en razón del principio de legalidad como se explicó con antelación. No obstante, diversos teóricos han reconocido 3 tipos de costumbre: “*delegante*, que da pie, propicia, crea, origina una norma jurídica formalmente hablando; *delegada*, la legislación expresamente remite a la costumbre y usos del lugar para resolver determinada cuestión; *derogatoria*, es tan importante que deja sin efectos la ley, pierde su vigencia, existe en países de tradición anglosajona”.⁸⁶

En cuanto a la *doctrina*, ésta es fuente indirecta del Derecho Penal, “se entiende por el conjunto de juicios emitidos por los juristas en su tarea de encontrar la verdad jurídica; las elaboraciones de los doctrinantes del Derecho Penal en particular, jamás son obligatorias o vinculantes para los jueces”.⁸⁷

Si bien es cierto que no se trata de una fuente inmediata ni primaria, sí funge como auxiliar para la creación del derecho sustantivo penal y el derecho procesal penal. La doctrina es tomada en consideración por el legislador para su creación, lo cual se puede ver plasmado en la exposición de motivos como parte del proceso legislativo.

Un ejemplo de ello es la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, la cual provocó la modificación de diversos artículos, entre ellos, el que definía al *cuerpo del delito*, con lo cual se pretendió dar un salto doctrinal de una concepción clásica del delito a una finalista. Otro ejemplo de la incorporación de la doctrina a

84 <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>. 26 de octubre de 2016, 1:30.

85 Blanco Lozano, *op. cit.*, p. 18.

86 Lozano Alarcón, Javier. *Apuntes del Curso de Introducción al Estudio del Derecho*. Escuela Libre de Derecho, México, 2006-2007, p. 46.

87 Blanco Lozano, Tatiana, *op. cit.*, p. 24.

las leyes adjetivas penales es justamente la teoría del garantismo penal, que se ve reflejada en parte en la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación.

Otra de las fuentes formales a considerar son los *principios generales del derecho*, que se pueden definir como enunciados normativos generales que no pueden ser sujetos a criterios de validez; desde una postura iusnaturalista, son aquellos que provienen del derecho natural y por ellos son inmutables y con valor universal. La importancia de los principios en el Derecho Penal es que son una fuente indirecta y actúan de dos formas: "(i) sirviendo al legislador para obtener de ellos, las normas del derecho positivo; (ii) dirigiendo a los jueces en las apreciaciones necesarias para hacer uso de su arbitrio, en los casos en que se concede alguna amplitud a éste." ⁸⁸

Por lo que si bien, no pueden conformar normas individuales, los principios sí son directrices para los jueces; aunque cabe mencionar que varios de esos principios han sido positivados e incluso reconocidos como derechos fundamentales lo que los convierte de observancia obligatoria por parte de los Tribunales, sin que obste que no pueden crear tipos penales en razón al principio de legalidad. Un ejemplo de tales principios son: *non reformatio in peius*, *non bis in idem*, entre otros.

4.2.4 Principios de la Ley Penal

Se refiere a aquellas bases sobre las cuales debe regirse el Derecho Penal para que se cuiden, aseguren aquellos bienes jurídicos tutelados que la sociedad considera caros para ella dada su importancia, preservando la seguridad jurídica y el bien común de la sociedad.

⁸⁸ <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2777079.pdf>. 27 de octubre de 2016, 21:40.

El Derecho Penal, al ser la *ultima ratio* del Estado se encarga de sancionar las conductas que agreden a la sociedad y que dependiendo el caso del que se trate, ya pudo haber pasado por otras regulaciones del Estado.

Uno de los principios torales del Derecho Penal es el de *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*, lo cual significa que no hay delito sin ley, no hay pena sin ley; esto quiere decir que no existe un delito si previamente no está tipificado en una ley, y que por tanto no puede existir una pena sin existir un tipo penal en el cual se describa la conducta antijurídica proscrita por el sistema legal.

La Ley Penal debe cumplir con tres reglas generales:

- Previa, expedida con anterioridad a la existencia del delito.
- Escrita, la pena aplicable debe de encontrarse consagrada por la ley.
- Estricta, dado que no admite analogías o sea debe de ser aplicada exactamente como lo dicte la ley.

4.2.5 Ámbitos de validez de la Ley Penal.

Estos ámbitos refieren a en momento, al lugar y para quien va a ser aplicada la norma penal y son los siguientes:

- **Temporal**, responde a la pregunta ¿Cuándo?, lo cual se refiere a la vigencia de la norma, y sólo pierde la misma cuando se abroga o deroga.
Por ejemplo, si una ley es abrogada, o un artículo derogado y se encontrare algún imputado pagando condena por un tipo que fue derogado, aplicando la ley más favorable, esa persona podría solicitar que se le aplique el beneficio de libertad, dado que la conducta que él cometió ya no es típica ni antijurídica, por virtud de la derogación.
- **Espacial**, sería ¿Dónde?, ésta se determina por el espacio territorial en donde se aplicará la norma penal y si su vigencia en el lugar. Ejemplo,

cuando se cometiere un delito en el aeropuerto, tendría que ser aplicado el Código Penal Federal, dado que dicho espacio territorial es una zona federal.

- **Material**, respondería a la pregunta ¿Qué? Dado que atiende a lo que se está salvaguardando, en este caso la materia penal.
- **Personal**, ¿Quién? Y ¿A quién? Se refiere a el que es destinatario de la norma, o sea a quién se le va a aplicar, sin distinción ni privilegios de persona alguna y que se le aplicarán las mismas leyes.

4.3 Teoría del Delito

Para iniciar con este análisis acerca de la teoría del delito, comenzaremos por revisar qué es el delito, por ejemplo en la Enciclopedia Jurídica definen *delito* como “Conducta típica, antijurídica y culpable constitutiva de infracción penal.”⁸⁹

Mientras que Eugenio Cuello Calón define el delito como “una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.”⁹⁰

El maestro Luis Rodríguez Manzanera considera que delito es “la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley.”⁹¹

Así mismo, el Doctor Raúl Carrancá lo define como: "infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".⁹²

89 Enciclopedia Jurídica, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delito/delito.htm>. 16 de noviembre 2016, 23:40.

90 Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal I*, p. 256

91 Tesis 1ª /J.68/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI Mayo de 2005, p. 89. *Concurso de delitos, facultad exclusiva de las autoridades judiciales en la imposición de penas.*

92 Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal I*, p. 256

Como podemos ver hay coincidencias claras en las diferentes definiciones antecedentes, para efectos de esta investigación definiremos al delito como una conducta típica, antijurídica sancionada por la ley.

4.3.1 Las teorías unitaria y analítica del delito.

Los autores refieren que es importante tocar un tema, que tal vez en la actualidad ya no se debate como lo fue durante el desarrollo de la teoría causalista, que se refiere a la forma de abordar el estudio del delito.

El delito se fue construyendo con base de los elementos apuntados, mismos que variaban de autor a autor. Aparecen así dos corrientes de penalistas, los que aceptaban al delito integrado por elementos posibles de estudios en sí mismos, o sea la teoría analítica; y los que negaban esa posibilidad del estudio, considerando que sólo podía ser en forma unitaria.

Para la teoría unitaria el delito es un todo que no admite su estudio en planos o niveles analíticos, apoyándose en argumentos kelsenianos, donde toda consideración naturalista o finalista debía ser desterrada.

Son dos hipótesis que contienen elementos que permiten la aplicación de la consecuencia jurídico penal por la acción humana, se divide en dos partes estructurales para poder desentrañar su contenido, causalista y finalista como lo abordamos en el capítulo tercero de esta investigación.

Teoría Causalista: esta teoría se enfoca a la acción del comportamiento humano que depende de la voluntad que produce un determinado resultado.

Los causalistas, exponen la existencia de la acción delictiva, cuando el individuo tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo.

Teoría Finalista: en dicha teoría la acción es abordada desde que el sujeto piensa su objetivo, eligiendo los medios necesarios para cometer la conducta típica con lo que finalmente realiza su objetivo y al llevar a cabo la acción se manifiesta al mundo externo, es decir, primero piensa el ilícito y luego realiza el hecho punitivo.

La sociedad a lo largo de tiempo ha creado el orden jurídico que considera adecuado para lograr sus fines u objetivos, dicho orden se traduce en normas, las cuales imponen y otorgan sus derechos y obligaciones. Como lo hemos comentado anteriormente, el Estado está obligado a crear mecanismos para imponer un orden jurídico a través de sus órganos.

4.3.2 Elementos positivos y negativos del delito.

Para poder realizar un mejor estudio dogmático de los delitos, sus elementos se dividen en positivos y negativos, en la presente investigación seguiremos la teoría heptatómica del delito (siete elementos positivos y siete correlativos negativos) dado que es la más ilustrativa para efectos didácticos.

Los elementos positivos del delito son Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condiciones Objetivas de Punibilidad y Punibilidad. Los aspectos negativos de los elementos del delito son: Ausencia de Conducta, Atipicidad, Causas de Justificación, Inimputabilidad, Inculpabilidad, Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad y Excusas Absolutorias.

4.3.2.1 Conducta y Ausencia de Conducta.

Es el primer elemento del delito, la conducta como una acción u omisión cometida por el hombre; o el hecho como una conducta, resultado de nexo causal que deben estar amenazados de una sanción penal; lo que conocemos como “acto u omisión que sancionan las leyes penales”.⁹³

4.3.2.1.1 Conducta

Castellanos Tena nos refiere que “la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”⁹⁴; derivado de los conceptos anteriores podemos decir que la conducta es una actividad o inactividad voluntaria que produce un resultado que implica la violación de la norma prohibitiva,

⁹³ Artículo 15, Código Penal Federal para el Distrito Federal, *op. cit.*

⁹⁴ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 139.

en los delitos de comisión y una norma preceptiva en los de omisión, ambas en los delitos de comisión por omisión.

Al respecto el catedrático Miguel Ángel Granados Atlaco define la conducta como el “Comportamiento humano voluntario, encaminado a un propósito determinado.”⁹⁵

En palabras de Pavón Vasconcelos, “El hecho como delito y como elemento del delito; el delito es un fenómeno factico jurídico que tiene realización en el mundo social; por ello en el campo del derecho penal, se identifica el término ‘hecho’ con el delito mismo”.⁹⁶

Silvio Ranieri, define que “La conducta es el modo de comportarse del hombre dándole expresión a su voluntad, constituye una manifestación suya en el mundo exterior, mediante el movimiento o la inercia corporales.”⁹⁷

Los doctrinarios coinciden en que la conducta de un ser humano constituye el hecho material del delito, ya que es el ser humano a quien puede atribuírsele una conducta de acción o de omisión.

Definiremos conducta como el comportamiento humano voluntario encaminado a un propósito determinado, la cual puede ser de acción en este caso implicaría un hacer, o de omisión que consiste en la inactividad.

Ahora bien, al ser la conducta una acción que de forma voluntaria realiza el ser humano de forma positiva o negativa que produce efectos legales y por ende la comisión de un delito, o bien inactividad de la acción tomándola de forma negativa; razón por la cual la conducta es considerada como el principal elemento del delito.

Es menester mencionar la existencia de un sujeto activo de la conducta como aquel que realiza el acto o la omisión del hecho materia del delito, y por ende debe ser imputado al hombre, ya que es la conducta del ser humano elemento fundamental en el Derecho Penal, como la manifestación de la voluntad, es decir que “la manifestación de la voluntad, es la actividad externa del hombre.”⁹⁸

95 Granados Atlaco Miguel Ángel, *Apuntes de cátedra*, Facultad de derecho, UNAM, 2013.

96 Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, p. 195.

97 Ranieri Silvio, *Manual de derecho penal, Tomo I*, 4ª ed., Editorial Temis, Colombia, 1975, p. 124.

98 Granados Atlaco Miguel Ángel, *Apuntes de cátedra*, Facultad de derecho, UNAM, 2013.

En este mismo tenor, al hombre como ser humano se le caracteriza al sujeto que puede tener un comportamiento positivo o negativo de acuerdo a la conducta del mismo, la cual está condicionada a producir efectos legales si encuadra en el tipo previsto en las leyes penales.

Asimismo, Rafael Márquez Piñero menciona:

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

- El motivo y la representación.
- Aquellos momentos de la voluntad puramente internos.
- Aquellos actos de manifestación externa que tienen un carácter físico a diferencia de los señalados en segundo lugar, que son puramente psíquicos. Esta exteriorización se presenta como movimiento corporal (acción stricto sensu) o como inactividad del cuerpo del agente (omisión).⁹⁹

Es necesario, que la conducta determinada del ser humano se adecue al tipo penal para que de esta forma pueda darse un resultado material de la conducta, la que puede ser activa o negativa. Es decir, “La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material”.¹⁰⁰

De lo anterior se desprende que la conducta no es solo la acción u omisión cometida por el hombre, sino que engloba otros factores como son los aspectos positivos y negativos de la conducta, la manifestación de la voluntad del agente para

99 Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal (parte general)*, Editorial Trillas, México, 1990, pp. 155-156.

100 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, p. 148.

la realización de un hecho determinado que necesariamente puede o no estar encuadrado en el tipo penal y por esta causa tipificarse como un delito en materia penal, concluyendo de esta manera que el resultado a esta conducta antisocial será necesariamente la sanción, por los efectos jurídicos que produjo.

4.3.2.1.1.1 Formas de la conducta

Dentro de las formas de la conducta encontramos a la acción, la omisión y la comisión por omisión, mismos que hemos venido mencionando en líneas anteriores las cuales juegan un papel importante en el actuar del agente dentro de los elementos positivos y negativos del tema que nos atañe la conducta y su ausencia.

Así mismo tenemos a las formas de conducta, donde se pone de manifiesto la voluntad, que puedan adoptarse: acción, omisión, dividiéndose esta última en omisión simple y omisión impropia o comisión por omisión.

4.3.2.1.1.1.1 La acción

La acción consiste en una conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad del individuo, un movimiento corporal voluntario que transgrede la norma prohibitiva, la omisión, es una conducta negativa, es decir, la inactividad voluntaria del sujeto teniendo como resultado la violación de una norma preceptiva; o de la violación de ambas normas, surgiendo así la comisión por omisión. En otras palabras podemos decir que la acción es aquella que se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión).

Así mismo podemos encontrar a la acción y a la omisión fundamentada en el artículo 7 del Código penal que señala:

Artículo 7.- “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”

El mencionado artículo señala que será delito el resultado de la conducta de todo aquel agente que cometa un acto a través de un movimiento corporal un hacer o dejar de hacer, sancionables por las leyes penales, tomando en

cuenta la tipicidad del delito, así como la actividad realizada por este en cuanto a la conducta de acción u omisión, resultado de una actividad corporal que será materia de un hecho jurídico.

A la palabra **acción**, se le critica excluir a la omisión, sin advertir que esta, también es una forma delictiva, lo cual se refiere a que “acción, ‘stricto sensu’, es la conducta, que puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir por actos o por abstenciones”.¹⁰¹

Para Cuello Calón, la acción es “un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado.”¹⁰²

Como lo hemos venido señalando en líneas anteriores es la acción u omisión de un *hacer* ordinario del agente, necesariamente produce un resultado y esté a su vez un efecto jurídico sancionable.

4.3.2.1.1.1.2 La omisión

En este caso nos encontramos en lo contrario a la acción, para Castellanos Tena “En la omisión existe una manifestación de la voluntad que se traduce en un *no actuar*”.¹⁰³

Mientras que para Cuello Calón, la omisión es “la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar.”¹⁰⁴

En el caso de Jiménez de Asúa, encontramos que la omisión es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte”.¹⁰⁵

Consideramos para efectos de esta investigación a la omisión como una forma de conducta negativa, una abstención en el deber de hacer, una

101 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 142

102 Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, 9ª ed., Editorial Nacional, México, 1961, p.293.

103 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 148.

104 Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, p. 288.

105 Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del Delito*, Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, p. 103.

inactividad frente al deber de obrar que la ley señala; en ésta, el sujeto no realiza el hacer impuesto por una norma preceptiva.

Algunos autores, entre ellos Enrique Zafaroni nos señalan la imposibilidad de dividir “el desvalor” de la conducta, la cual se encuentra regulada en la ley penal, ya que no toda omisión u acción pone en peligro un bien jurídico, señalando así la conducta del sujeto activo del delito ya sea de hacer o no hacer; tomando en cuenta lo anterior, es menester hacer hincapié en las conductas realizadas por el sujeto y que no necesariamente ponen en peligro un bien jurídico, sin embargo pueden ser generadoras de consecuencias legales en un determinado espacio, donde el comportamiento del ser humano, se encuentre tipificada en un delito y por ende tendrá como resultado de que se ejecute una sanción, ya sea por su actuar, su proceder o por dejar de realizar tal conducta, tomando en cuenta que existen diferentes formas de exclusión del delito.

De aquí se desprende que la conducta engloba el hacer y el dejar de hacer, y que ambas conductas, positivas o negativas, necesariamente requieren de un movimiento corporal realizado por el agente, encuadrado en el tipo penal para la producción de un resultado, que es el fin principal, *la comisión de un delito*; de donde se deriva el nexo causal de la conducta del ser humano así como la omisión que produce efectos y consecuencias legales que pueden ser dolosas o culposas como así se señala en el artículo 8 del Código Penal Federal que a la postre señala:

Artículo 8.- “Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”.¹⁰⁶

Podemos analizar que el artículo se refiere a que las acciones delictivas necesariamente deben realizarse con la intención del agente manifestación de voluntad, un hacer, una acción positiva así como por la omisión que al dejar de realizar una determinada conducta, un dejar de hacer, acción

106 Artículo 8. Código Penal Federal, *op. cit.*

negativa que también requiere de la voluntad del agente, produce un resultado jurídico, que hace acreedor a una sanción de las leyes penales.

Así mismo encontramos exclusiones del delito en cuanto a la omisión como lo prevé el artículo 15 del Código Penal Federal que señala:

Artículo 15:

“El delito se excluye cuando:...

VI.- la acción o la omisión se realice en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el propósito de perjudicar a otro”.¹⁰⁷

Observamos que al hablar de exclusión de delito en cuanto a la acción u omisión, tomándolas como la conducta del agente, van encaminadas hacia un propósito, que no es el de castigar, sino el de proteger la conducta del agente que *actuó* o *dejó de actuar*, y aun cuando se dé la existencia del delito, podrá excluirse siempre y cuando justifique su proceder en razón de un deber o derecho que le da el poder decidir voluntariamente el resultado de su conducta en una acción u omisión.

En conclusión definiremos la omisión como una forma de conducta negativa, una abstención en el obrar, una inactividad frente al deber que se señala en la ley, dado que el sujeto no realiza el hacer impuesto por la norma penal de manera voluntaria. La omisión a su vez se divide en dos:

- a) **Omisión simple:** del análisis que nos antecede, podemos decir que la omisión simple o propia, consiste en un no actuar, el cual puede ser voluntario o involuntario, transgrede una norma preceptiva y produce un resultado típico.

¹⁰⁷ Artículo 15, Código Penal Federal, *op. cit.*

- b) **Comisión por omisión u omisión impropia:** consiste en una violación a la norma de mandato de abstenerse o prohibitiva, y con base en la inactividad voluntaria del sujeto se produce un resultado material y típico. La comisión por omisión se sanciona por el resultado producido por ella, diferente a la omisión simple que podría ser violatoria de la norma por la omisión en sí.

4.3.2.1.1.2 Elementos de la conducta:

4.3.2.1.1.2.1 Manifestación de la voluntad.

Necesaria para la realización de una actividad corporal como lo hemos mencionado en las formas de conducta en cuanto a lo que acción se refiere dentro de los elementos positivos de la conducta, donde el agente al realizar una actividad positiva produce efectos jurídicos tales, que el resultado es la sanción de las leyes penales.

En este tenor el Doctor Miguel Ángel Granados Atlaco en su obra *Derecho Penal Electoral Mexicano*, señala que: “la manifestación de la voluntad constituye una fase de la conducta humana, dicha voluntad precisa contar con las siguientes características: ser consciente, libre y espontánea además de encontrarse referida a cierta presentación y con un motivo determinado”.¹⁰⁸

Jiménez de Asúa, expresa que “La manifestación de la voluntad es la actividad externa del hombre que necesita esclarecerse con más prolijidad. En el límite de manifestación exterior se vincula la naturaleza liberal de las concepciones penales: el pensamiento no delinque. Decimos que se trata de una manifestación de voluntad y con ello va ínsito que nos referimos a un momento de la conducta humana.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *Derecho Penal Electoral Mexicano*, p. 190.

¹⁰⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del Delito*, Vol. 2, Ed. Jurídica Universitaria, México, 2002, p. 93.

Para Carrillo Ahumada, “La manifestación de la voluntad consiste en un movimiento corporal consciente y espontáneo o, dicho de otra forma, es la actividad externa del hombre.”¹¹⁰

Ahora bien podemos ver que no es solo el hacer o dejar de hacer del agente, sino que necesariamente se requiere de una manifestación de voluntad y que ésta, además conlleve consciencia por parte de éste, que sea libre y espontáneo su actuar, lo que en nuestra apreciación reviste que el agente tiene toda la intención de producir un resultado encuadrado en el tipo penal y por ello será sujeto de una sanción penal, prevista en el artículo 7 del Código Penal Federal. Esta última afirmación será objeto de análisis en la parte final de la presente investigación.

4.3.2.1.1.2.2 Resultado.

Faustino Carrillo Ahumada explica que “El resultado, es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada ya que no se ejecuta. El resultado activo puede consistir en el cambio en el mundo exterior físico o psíquico.”¹¹¹

El resultado de la manifestación de voluntad del agente así como la acción u omisión de su proceder, no necesariamente producen un resultado negativo, o en otras palabras no siempre producen un resultado material.

Es necesario que para que el resultado se encuentre tipificado dentro de las leyes penales, sea comprobable la acción positiva o negativa por parte del agente, así como su manifestación de voluntad, su proceder libre y espontáneo, para la comisión de un delito, el cual además, debe cuadrar en el tipo penal y por ende del resultado que produzca se le pueda sancionar, así mismo la importancia de la conducta del agente al actuar con intención y que el resultado de su proceder, efectivamente se genere sobre un hecho determinado.

110 Carrillo Ahumada, Faustino, *Teoría del Delito*, 2ª ed., Ed. Sistema Jurídico Penal Legal, México, 2010, p. 121

111 *Ibidem*, nota 12, p. 95.

4.3.2.1.1.2.3 Nexo causal.

Jiménez de Asúa nos dice que el nexo causal es un “Elemento básico de la responsabilidad civil. Es la relación causa efecto que debe existir entre un acto u omisión ilícita civil y el daño ocasionado por el mismo.”¹¹²

Radica en que el acto, acción o conducta ejecutada por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa - efecto.

A su vez el estudio del nexo causal es y ha sido de tema de constante debate y numerosas teorías han tratado de resolver los problemas que la relación causal presenta en el campo de la teoría del delito.

Entre las teorías más destacadas podemos encontrar la de equivalencia de las condiciones de Von Buri; de la última condición de Ortmann. Liszt fundador del sistema causalista plantea como solución el nexo causal la teoría de la equivalencia de las condiciones, y así nos dice que el resultado debe ser provocado por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa - efectos (en relación de causalidad).

Así en la teoría de la equivalencia de las condiciones, son causa del resultado todos lo que contribuyeron a él; se da una equivalencia, ya que de suprimir cualquier condición, el resultado no se produce.

Es fundamental la existencia del nexo causal, para tener conocimiento del actuar o proceder del sujeto, en relación con la conducta y el resultado que la misma producirá ante la acción u omisión.

4.3.2.1.2 Ausencia de conducta:

Es el aspecto negativo del primer elemento del delito; en este caso debe presentarse alguna hipótesis de ausencia de conducta, la cual se define según

¹¹² Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del delito*, Vol. 2, Ed. Jurídica Universitaria, México, 2002, p. 58-59.

Pavón Vasconcelos de la siguiente manera: “Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no puede atribuirse al sujeto, no son ‘suyos’ por faltar en ellos la voluntad”. ¹¹³

En la Doctrina se encuentran las siguientes causas que determinan la ausencia de conducta:

- a) *Vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible
- b) *Vis maior* o fuerza mayor
- c) Movimientos o actos reflejos
- d) Sueño ^{*114}
- e) Sonambulismo*
- f) Hipnotismo *

En cada una de ellas se hace notar la falta de voluntad

La ausencia de conducta como ya lo mencionamos anteriormente es calificada por el Código Penal Federal como *excluyente del delito* a falta de voluntad:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

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

De tal manera que, daremos una conceptualización desde el punto de vista de algunos autores con los que coincidimos.

4.3.2.1.2.1 *Vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible

Al respecto el Doctor Miguel Ángel Granados Atlaco, nos dice que éste elemento “considerado como uno de los casos indiscutibles de ausencia de conducta, la vis absoluta supone la inexistencia del elemento volitivo en la conducta, ya que ésta tiene su origen en una fuerza física, superior e irresistible proveniente

¹¹³ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, p. 221.

¹¹⁴ Nota: *Estos fenómenos psíquicos del sujeto lo llevan a realizar la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual la conciencia se encuentra suprimida.

de la naturaleza humana, misma que coloca al agente en una situación de exclusión de responsabilidad”.¹¹⁵

Con base en lo anterior, podemos decir que aun cuando el agente haya realizado la actuación física, ello no implica que esté actuando conforme a su voluntad, dado que está impulsado por una fuerza física exterior de la cual no puede resistirse y la cual proviene de otro hombre.

4.3.2.1.2.2 *Vis maior* o fuerza mayor

“El supuesto de la fuerza de naturaleza o *vis maior* que se ejerza sobre una persona y ésta como mero instrumento produzca un delito”¹¹⁶. En este caso, no encontramos ante la fuerza de la naturaleza, la cual es algo que no podemos prever.

4.3.2.1.2.3 Movimientos o actos reflejos

Son actos corporales involuntarios generados en el sistema nervioso del sujeto y por ende son meramente respuesta de un estímulo corporal, sin m que se pueda pensar en que media la voluntad del individuo; es menester señalar que no funcionarán como factores negativos de la conducta, si en determinado caso se pueden controlar o retardar. Al respecto el Instituto Internacional de Investigación de Tecnología Educativa nos dice, “los actos reflejos dejarán de ser un tipo de ausencia de conducta si se pueden controlar, prever o retardar”.¹¹⁷

4.3.2.1.2.4 Sueño *¹¹⁸

En relación al sueño, varios investigadores se han inclinado por clasificarlo como aspecto negativo de la imputabilidad, pero consideramos clasificarlo como ausencia de conducta, dado que tampoco en este estado se dará la voluntad del sujeto; por estar dormido, no tiene dominio de sí mismo.

115 Granados Atlaco, Migue Ángel, *op. cit.* p. 191,192.

116 Orellana, Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p.191.

117 Instituto Internacional De Investigación De Tecnología Educativa, *Derecho penal*, 2ª ed., Editorial INIRTE, México, p.147.

118 * Nota: Estos fenómenos psíquicos del sujeto lo llevan a realizar la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual la conciencia se encuentra suprimida.

Para que nos quede más claro recurriremos al Doctor Eduardo López Betancourt que en su obra *Teoría del Delito* nos dice:

“El sueño es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y la disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como de la temperatura del cuerpo. Su función es reparar las energías físicas y mentales gastadas en la vigilia. Los sueños o proceso psíquico realizado mientras se duerme, y en el cual la actividad instintiva del espíritu se evade del control de la razón y de la voluntad, pueden explicarse por el aumento de la actividad del sistema nervioso.”¹¹⁹

4.3.2.1.2.5 Sonambulismo*

El sonambulismo es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece de sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo; “esta causa de ausencia de conducta guarda cierta semejanza con el sueño, se distingue de éste en que el sujeto activo realiza movimientos inconscientes e involuntarios pero lo hace deambulando dormido”.¹²⁰

El sonambulismo ha sido considerado por algunos autores dentro de las causas de inimputabilidad; sin embargo la consideramos dentro de las causas de ausencia de conducta, por no existir voluntad del sujeto, pudiéndolo prever.

4.3.2.1.2.6 Hipnotismo *

En cuanto a esta forma de ausencia de la conducta los autores difieren en sus afirmaciones, ya que, mientras unos la admiten como forma de ausencia de conducta, otros la desestiman argumentados en la psiquiatría, en los que se llegó a

¹¹⁹ López Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito*, ed. 19ª., Ed. Editorial Porrúa, México, 2014. p. 109.

¹²⁰ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *Derecho Penal Electoral Mexicano*, 2ª. ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2009, p. 192.

afirmar que el estado hipnótico era voluntario, por lo tanto, un tercero estaba impedido para obligar a un individuo a modificar sus parámetros de conducta.

Para Pavón Vasconcelos, “el hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente hipnotizado y el hipnotizador. La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de acusación de daños por el hipnotizado, la responsabilidad de éste surge como autor mediato, por no ser aquél sino un mero instrumento de éste.”¹²¹

Es un estado que provoca una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial.

4.3.2.2 Tipicidad y atipicidad

4.3.2.2.1 Tipicidad

Segundo elemento del delito. Deriva para la mayoría de los *iuspenalistas* del artículo 14, párrafo tercero de nuestra Carta Magna, la cual dice:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún más por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”¹²²

Según Castellanos Tena, “La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.”¹²³

Para Pavón Vasconcelos, consiste en “la adecuación de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.”¹²⁴

¹²¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal: Parte General.*, p. 256.

¹²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

¹²³ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 160.

¹²⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 256.

Mientras que para Jiménez de Asúa, la tipicidad “es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley...”.¹²⁵

El maestro Porte Petit, de una manera más concreta conceptualiza a la tipicidad como “la adecuación o conformidad a lo descrito en el tipo.”¹²⁶ De dicha definición podemos ver el concepto de tipo que en palabras del mismo autor es “una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.”¹²⁷

Con base en lo anterior, definiremos a la tipicidad como la perfecta y cabal adecuación de una conducta en particular a un tipo en concreto.

- **Elementos del tipo:**

El tipo tiene tres elementos, objetivos, subjetivos y normativos. No todos los tipos penales deben contener estos tres elementos, puede contener solo uno o más.

- **Objetivo:** “todo aquél susceptible de ser apreciado por el simple conocimiento, teniendo como función describir la conducta o el hecho materia de imputación y de responsabilidad penal”¹²⁸; estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica vista desde el exterior, lo cual se entiende únicamente con la lectura de éste y la descripción de la conducta antijurídica.
- **Subjetivo:** “atiende la intención, al ánimo, que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, tiende a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.”¹²⁹

De lo anterior, podemos concluir que un elemento subjetivo está íntimamente ligado con la condición de la psique del autor que comete la conducta antijurídica, por tanto surge de su propia naturaleza ya que un hombre es un ente pensante que para la realización de ciertos delitos

125 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, III*, 2ª. ed., Ed. Losada, S.A., Argentina, 1958, p. 744.

126 Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, p. 471.

127 *Ibidem*. pp. 423, 424.

128 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 194.

129 *Idem*.

debe tener plena conciencia y capacidad de querer y aceptar la conducta que realiza.

- **Normativos:** “son aquellos que ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valoración para poder ser aplicado.”¹³⁰ Con base en lo anterior, podemos decir que son aquellos que requieren de una valoración del mismo y la apreciación valorativa del juzgador, dicha valoración puede ser de carácter jurídico o cultural.

En el esquema analítico del Derecho Penal, algunos *ius penalistas* incluyen en este apartado a los siguientes:

- **Sujeto activo:** es el individuo o individuos que llevan a cabo la conducta antijurídica y culpable, dañando los bienes de primera instancia protegidos, es decir los bienes jurídicos tutelados.
- **Sujeto pasivo:** es aquel que sufre directamente la acción y sobre quien recae la afectación del bien jurídico tutelado o la puesta en peligro del mismo a través del evento antisocial cometido por el sujeto activo.
- **Objeto material:** consiste en la persona (sujeto pasivo) o la cosa que fue dañada, afectada o puesta en peligro por la conducta antijurídica. De tal manera que puede recaer sobre personas u objetos inanimados.
- **Objeto jurídico:** es el bien jurídico tutelado, es decir el objeto material o el derecho que protegen las leyes penales y sin el cual no podríamos hablar de la comisión de un delito, dado que si no existiera algo que sufrió una afectación con la conducta realizada por el agente, no se configuraría como una conducta con reprochabilidad social.

4.3.2.2 Atipicidad

Es el aspecto negativo del segundo elemento del delito, estamos en presencia de atipicidad “cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en

¹³⁰ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *Apuntes de cátedra*, Facultad de Derecho, UNAM. 2016

forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo.”¹³¹

Mientras tanto, Miguel Ángel Granados Atlaco, nos dice que “Cuando no se conjuntan todos los elementos que exige el tipo legal para considerar una conducta delictiva, estamos en presencia del aspecto negativo de la tipicidad.”¹³²

Para el Doctor Raúl Carrancá, “Es la no conformidad de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal; hipótesis – tipo del delito o ‘cuerpo del delito’, según la denominación impuesta por la Constitución-, que está integrada por elementos objetivos, normativos y subjetivos.”¹³³

Por último, para Fernando Castellanos Tena “la atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo.”¹³⁴

En otras palabras, estamos en presencia de atipicidad cuando la conducta realizada no reúne todas y cada una de las características, requisitos y elementos exigidos por la norma penal, por lo tanto no será relevante y en consecuencia se calificará como *atípica*, de tal suerte que no será delito. Con base en lo anterior podemos decir que nos encontraremos en presencia de atipicidad cuando se presente alguno de los siguientes elementos:

- a) Falta del bien jurídico tutelado.
- b) Falta de calidad, o del número en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo.
- c) No exista manifestación de voluntad.
- d) No se dé el resultado previsto por el tipo.
- e) No exista relación causal.
- f) Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley.

131 Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 14ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 1999, p. 321.

132 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.* p. 195.

133 Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho Penal Mexicano: parte general*, 14ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2014, p. 185.

134 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 174.

- g) Por falta de las modalidades de tiempo u ocasión que exija el tipo.
- h) Por falta de objeto jurídico.
- i) Por falta de elementos subjetivos.

4.3.2.3 Antijuridicidad y causas de justificación

4.3.2.3.1 Antijuridicidad

Tercer elemento del delito en la teoría heptatómica.

La antijuridicidad para Ignacio Villalobos “es la oposición al derecho; y como el Derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto se afecta a los intereses protegidos por dicha ley.”¹³⁵

Para el Doctor López Betancourt, “La Antijuridicidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, esto es, ha de ser antijurídica”.¹³⁶

De lo anterior se desprende que en materia penal la antijuridicidad de una conducta deba estar plenamente identificada en la ley penal para que pueda encuadrar en cualquiera de los tipos penales y así constituya un delito.

4.3.2.3.2 Causas de justificación.

Elemento negativo de la Antijuridicidad, comenzaremos por dar definiciones de varios autores, entre ellas la siguiente: “Las causas de justificación son preceptos permisivos que nacen de la necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional cuando el agente realiza la acción antinormativa (antijurídica) como parte de su ejercicio de libertad.”¹³⁷

¹³⁵ Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano (Parte General)*, Ed. Editorial Porrúa, México, 1990, p. 334.

¹³⁶ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014. p. 149.

¹³⁷ Alagia, Alejandro, y otros, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 589.

Mientras que para el Doctor Granados Atlaco, “Las causas de licitud o de justificación, constituyen el aspecto negativo del delito, en lo que concierne al tercer elemento del delito. Estas, por fuerza deben estar consagradas en la ley basándose para ello el legislador, en la ausencia de un interés o ante la existencia de un interés preponderante, dar prioridad a este.”¹³⁸

Por otra parte, Manuel de Rivacoba nos explica, “Las causas de justificación, pues, son institutos contenidos en el ordenamiento jurídico, que, por grande que sea en un acto, su apariencia criminosa -al subsumirse finalmente la conducta en la descripción típica-, excluyen en él la antijuridicidad o ilicitud.”¹³⁹

En la Ciudad de México, encontramos reguladas las causas de justificación en el numeral 29 de su Código Penal.

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

A.-Habrán causas de atipicidad cuando:

I.- (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente;

II.- (Atipicidad por falta de elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

III.- (Atipicidad por error de tipo). El agente obre con error de tipo:

a).- Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa.

En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o

b).- Invencible.

¹³⁸ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.* p. 196.

¹³⁹ De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Las causas de justificación*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1995, p. 35.

IV.- (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

B.- Habrá causas de justificación, cuando:

I.- (Legítima defensa).- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;

II.- (Estado de Necesidad Justificante).- El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por

el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

III.- (Cumplimiento de un deber).- El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;

IV.- (Ejercicio de un derecho).- Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o

V.- (Consentimiento presunto).- Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

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

II.- (Inimputabilidad y acción libre en su causa). - Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

(Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese

provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación;

III.- (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:

a).-Desconozca la existencia de la ley;

b).-El alcance de la ley; o

c).- Porque crea el agente que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.

IV.- (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.”¹⁴⁰

Con base en el análisis de los conceptos que anteceden podemos decir, que las causas de justificación son el aspecto negativo de la antijuridicidad y se conforman por aquellos criterios contenidos en la ley penal que carecen de un interés ilícito, y que por tanto si se realizan bajo dichos preceptos no son punibles.

A continuación expondremos las causas de justificación consideradas como tales por los doctrinarios del Derecho Penal.

140 Artículo 29. Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*

4.3.2.3.2.1 Defensa Legítima

Dicha causa de justificación se encuentra en el Código Penal Federal, en su Capítulo IV Causas de exclusión del delito, artículo 15, fracción IV.

“IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.”¹⁴¹

Para el Doctor Miguel Ángel Granados Atlaco, es cuando “Estamos en presencia de un interés preponderante; la defensa legítima implica un choque de intereses protegidos jurídicamente, la legitimidad de la defensa se funda en la salvaguarda que se hace del interés preponderante, el defensor lo que hace con su actitud es restablecer el derecho atacado y sacrificando el interés ilegítimo de quien le agrede.”¹⁴²

Para Pavón Vasconcelos, “La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho.”¹⁴³

En ese mismo sentido, el Maestro Porte Petit define a la defensa legítima como “el contra-ataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes jurídicos propios o ajenos; y, que no medió provocación del agredido.”¹⁴⁴

Con base en la lectura de las definiciones que nos anteceden para poder entrar en el supuesto de la defensa legítima deben darse factores primordiales como: “una agresión real, inminente o actual; la repulsa a dicha agresión que además es injusta; que la agresión sea por bienes jurídicos propios o ajenos; y, que no medie provocación del agredido.”¹⁴⁵

141 Artículo 15. Código Penal Federal, *op. cit.*

142 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.* p. 197.

143 Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 347.

144 Porte Petit Candaudap, Celestino, *op. cit.* p. 501.

145 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.* p. 197.

4.3.2.3.2.2 Estado de necesidad

“Consiste en la salvaguarda de un bien jurídico, sacrificando a otro bien jurídico diverso de menor jerarquía que el salvado, siempre y cuando no exista otra forma de evitar el daño.” ¹⁴⁶

Mir Puig lo conceptualiza de la siguiente manera, “El estado de necesidad debe definirse como un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber.” ¹⁴⁷

En la legislación Penal Federal, encontramos que en el artículo 15 del Código, en su fracción V, señala como causa excluyente del delito el hecho de que “se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;...”. ¹⁴⁸

Pavón Vasconcelos, nos dice que “Es una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.” ¹⁴⁹

4.3.2.3.2.3 Ejercicio de un derecho

“Consiste básicamente en la opción que tiene el sujeto para actuar ilícitamente, sin que por ello se encuentre obligado a actuar de esta forma. Dicha opción debe estar forzosamente considerada por la ley.” ¹⁵⁰

Otra definición que es ilustrativa del ejercicio de un derecho es la siguiente: “La ley reconoce ciertos derechos que permiten lesionar algún bien jurídico-penal,

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Ed. B de F, Argentina, 2005, p. 445.

¹⁴⁸ Código Penal Federal, *op. cit.*

¹⁴⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, p. 361.

¹⁵⁰ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 198.

y esto puede referirse tanto a derechos nacidos de un oficio o cargo como a los que no derivan de los mismos.”¹⁵¹

4.3.2.3.2.4 Cumplimiento de un deber

“Este se presenta cuando el agente se encuentra obligado a actuar contrariamente a Derecho. De igual forma que el ejercicio de un derecho, esta causa de justificación se basa en la previa consignación del deber en cuestión de una ley; tal deber legal puede ser producto de la función de carácter público que realiza el agente o en virtud de una obligación general.”¹⁵²

“El presupuesto básico de esta modalidad de la eximente es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado. Ello supone, de pronto, que la ley penal realizada no ha derogado el deber jurídico no penal. Ya se ha dicho que en principio, un artículo de una ley penal da preferencia al deber de actuar, pero no basta con la existencia de un deber de actuar, sino que ha de consistir en un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado. Ejemplo: Si un agente de policía practica una detención (priva a alguien de la libertad), a que está obligado, actúa amparado por la eximente porque obra en cumplimiento de un deber que le obliga específicamente a practicar la detención.”¹⁵³

4.3.2.3.2.5 Consentimiento del ofendido

“El consentimiento de la víctima del hecho en su realización puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal. Concorre éste cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento.”¹⁵⁴

El artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción III, señala:

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

151 Mir Piug, Santiago, *op. cit.*, p. 483.

152 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 198

153 Mir Piug, Santiago, *op. cit.* p. 478.

154 Mir Piug, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, p. 503

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible.
- b) Que el titular de dicho bien tenga la capacidad jurídica para disponer del mismo.
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito, sin mediar vicio, o en su defecto que las circunstancias conforme a las que se dio el caso, lleven a pensar que el consentimiento habría sido otorgado por el ofendido.

“A falta de cualquiera de los requisitos anteriores, no será posible la presencia de esta causa de justificación, siendo necesario señalar que cuando el tipo penal incluye en su caracterización la falta de consentimiento, al darse éste, estaremos en presencia entonces de una causa de atipicidad.”¹⁵⁵

4.3.2.4 Imputabilidad e inimputabilidad

4.3.2.4.1 Imputabilidad

Para efectos de esta investigación, la imputabilidad es considerada un presupuesto del delito, adhiriéndonos así a una visión más pragmática para su estudio.

La imputabilidad es uno de los conceptos pilares de la teoría del delito. Para el Doctor Eduardo López Betancourt, “Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión”.¹⁵⁶

Mientras que para Pavón Vasconcelos, “La imputabilidad es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal; la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión”.¹⁵⁷

Para el Doctor Márquez Piñero, “La imputabilidad, la entendemos como una capacidad de conocimiento y como una capacidad de motivación, en otras palabras, una capacidad de comprender los alcances de la conducta concretadora de los

¹⁵⁵ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 198-199.

¹⁵⁶ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito y de la Ley Penal*, 3ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2013, p.180

¹⁵⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e inimputabilidad*, 4ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México 2000, p. 101.

elementos objetivos valorativos del particular tipo penal, es decir el conocimiento de la específica ilicitud de la conducta.”¹⁵⁸

Para Maggiore, “La imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad.”¹⁵⁹

4.3.2.4.2 Inimputabilidad

Aspecto negativo de la imputabilidad.

Pavón Vasconcelos nos dice que la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión. Es una consecuencia de dicha valoración al considerar al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho.¹⁶⁰

Para Castellanos Tena, “La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad”.¹⁶¹

Mientras que para Octavio Alberto Orellana Wiarco, “Las causas de inimputabilidad serán aquellas que constituyan el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el sujeto ha realizado una conducta típica, y antijurídica, no resulta imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley”.¹⁶²

158 Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Ed. Editorial Trillas, México, 1997, p.212

159 Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, vol. 1, Editorial Temis, Colombia, 1954, p. 487.

160 Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e inimputabilidad*, pp. 101-104.

161 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 217.

162 Orellana Wiarco Octavio Alberto, *Teoría del Delito Sistema Causalista, finalista, funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2017, p. 3.

Luis Jiménez de Asúa, sostiene que “Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró”.¹⁶³

Con base en las definiciones antecedentes, podemos ver que son condiciones en el sujeto que anulan la imputabilidad, mismas que a continuación expondremos.

4.3.2.4.2.1 Trastorno mental y desarrollo intelectual retardado

“Los sujetos que se encuentran perturbados de sus facultades psíquicas no podrán ser responsabilizados penalmente, ya que esa condición les impide tener la capacidad y la aptitud que exige la imputabilidad, de igual forma, aquellos que no hayan alcanzado la madurez en el desarrollo de su intelecto.”¹⁶⁴

Con base en la definición del Doctor Granados Atlaco, podemos ver que ambas condiciones mentales son claras para determinar que el sujeto no actuó con plena conciencia de que se trataba de una conducta antijurídica y sancionada por las leyes penales. Dichas condiciones también se encuentran contenidas en el artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción VII, que a la letra dice:

“VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado...”.¹⁶⁵

Mientras que Márquez Piñero, nos dice que para poder imputar una responsabilidad se necesita de “capacidad para comprender los alcances de la

¹⁶³ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Argentina, 1990, p. 339

¹⁶⁴ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 201.

¹⁶⁵ Artículo 15. Código Penal Federal, *op.cit.*

conducta concretadora de los elementos que integran el tipo penal, es decir que lo fundamentan.”¹⁶⁶

Sin embargo, Orellana Wiarco nos dice que la imputabilidad se puede dar en dos condiciones generales, el que concuerda con nuestra visión de la imputabilidad en el rubro de *trastornos mentales o psíquicos*, es “un límite psíquico, o sea, la capacidad de ‘entender’ y ‘querer’.”¹⁶⁷

4.3.2.4.2.2 Minoría de edad

En el Derecho Penal no hay uniformidad en cuanto al límite cronológico, dado que en diversos ordenamientos extranjeros se prevén diferentes edades, en nuestro caso también se daba esta disparidad, pero en la actualidad el criterio de la edad es uniforme a los dieciocho años como lo establece el artículo 18 Constitucional en su párrafo cuarto. Para efectos de entender más acerca de este rubro, diremos que la minoría de edad presupone inmadurez en el sujeto dado su nivel de desarrollo basado en su corta edad y por ende en su estado psíquico. Lo anterior, la ley lo determina, así que no se les puede aplicar pena privativa de libertad en una prisión, sino que deben ser sometidos a una corrección educativa en centros creados *ex profeso* para ellos. Siendo así, que ante su inmadurez mental el menor de edad tiene incapacidad para determinársele con plenitud ante la ley, por lo cual solo se le sujeta a medidas tutelares.

4.3.2.4.2.3 Acciones libres en su causa

Es el tipo de acciones que supone que el sujeto activo de una conducta típica y antijurídica se coloca *ex profeso* en alguna de las causas de inimputabilidad consideradas por el Derecho Penal, para así eludir su responsabilidad. Sin embargo, aun cuando se pruebe que al realizar la conducta, el sujeto se hallaba en un estado de inconsciencia, si éste fue procurado voluntariamente, no se elimina la responsabilidad. Lo cual lo encontramos tutelado en el artículo 15 fracción VII.- “Al

¹⁶⁶ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal (Parte General)*, 4ª ed., Editorial Trillas, México, 1990, p.212.

¹⁶⁷ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito Sistema causalista, finalista, funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2017, p.35.

momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.”¹⁶⁸

4.3.2.5 Culpabilidad e inculpabilidad.

4.3.2.5.1 Culpabilidad.

Este importante elemento del delito lo encontramos en casi la totalidad de las modernas concepciones de la teoría del delito. Para Pavón Vasconcelos la culpabilidad es “El conjunto de presupuestos que fundamentan la irreprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”¹⁶⁹

Zaffaroni al respecto nos dice que “Es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de ese modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este.”¹⁷⁰

Mientras que para Carlos Creus es el “Conjunto de condiciones que determinan que el autor de un acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma.”¹⁷¹

El Doctor Eduardo López Betancourt la define como “un elemento substancial para la configuración del ilícito. Es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su conducta desplegada.”¹⁷²

168 Artículo 15. Código Penal Federal, *op. cit.*

169 Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Ed. Editorial Porrúa, México, 2010, p. 489.

170 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Editorial Porrúa, México, 2005, p.62.

171 Creus, Carlos, *Derecho penal, parte general*, 5ª ed, Ed. Editorial Astrea, Colombia, 2007, p.230.

172 López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, 3ª ed, Ed. Editorial Porrúa, México, 2004, p.61.

Por último, Alberto Righi nos dice que “La culpabilidad es igual a reprochabilidad: sólo puede ser sancionado el sujeto a quien se le puede reprochar la conducta realizada.”¹⁷³

Para efectos de esta investigación definiremos a la culpabilidad como la identificación del vínculo intelectual y emocional entre el sujeto activo, la conducta desplegada y el resultado generado con ella.

4.3.2.5.1.1 Formas de la culpabilidad

Existen tres formas que pueden presentarse en la culpabilidad estas son: dolo, culpa y preterintencionalidad.

4.3.2.5.1.1.1 Dolo

Para Carlos Creus “es el querer el resultado típico o expresado de otra forma, es el querer de la parte objetiva y normativa del tipo. Este querer, sin embargo, implica invariablemente que la persona conozca o se haya representado su contenido, ya que no se puede querer lo que no se conoce.”¹⁷⁴

El Doctor Miguel Ángel Granados Atlaco nos dice que el dolo es la “Existencia de una voluntad consciente encaminada a la ejecución del evento delictivo, mismo que ha de producir por fuerza un resultado antijurídico.”¹⁷⁵

Castellanos Tena, nos dice que “el dolo consiste en el actuar, consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.”¹⁷⁶

Dicho doctrinario también sostiene que el dolo se presenta en cuatro especies:

- a) **Dolo directo:** “Cuando el resultado es coincidente con lo que se propuso el agente.”¹⁷⁷

173 Righi Esteban y Fernández, A. Alberto, *Derecho penal. La ley. El delito y la pena*, 1ª reimpresión, Ed. Hammurabi, Argentina, 2005, p.111.

174 Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, p.p. 358 - 359.

175 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 203

176 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 235.

177 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 203.

- b) **Dolo indirecto:** “Se presenta cuando el sujeto activo propone un fin y además tiene la certeza de que surgirán otros resultados típicos con su actuar.” ¹⁷⁸
- c) **Dolo indeterminado:** “Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.” ¹⁷⁹
- d) **Dolo eventual:** “Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.” ¹⁸⁰

4.3.25.1.1.2 Culpa

Para Castellanos Tena es “La ausencia de intención por parte del activo para delinquir, dándose el evento nocivo por la negligencia, impericia o torpeza con la que se conduce el agente.” ¹⁸¹

Eugenio Cuello Calón nos dice que “Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.” ¹⁸²

Para Mezger, “Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado.” ¹⁸³

De lo anterior se desprende el análisis de dos tipos de culpa:

- a) **Culpa consciente (con representación o previsión):** “El autor conoce el riesgo de producirse el resultado típico, no obstante, lo cual ejecutaba la acción, confiando en poder evitarlo; pero, ya sea por valorar equívocamente la fuerza causante del mismo, o por sobreestimar su propia aptitud, o por subestimar los derechos de los demás, no puede evitarlo.” ¹⁸⁴

Cuello Calón sostiene que “la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible, que de su acto se originen consecuencias

¹⁷⁸ *Ídem*.

¹⁷⁹ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 235.

¹⁸⁰ *Ídem*.

¹⁸¹ López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, 3ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2004, p.63.

¹⁸² Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, tomo 1, 18ª ed., Ed. Bosh, Casa Editorial, España, 1980, p. 466.

¹⁸³ Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1949, p. 171.

¹⁸⁴ Gaona Cante, Martha, *El tipo culposo*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2009, p. 59.

perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiado en que no se producirán.”¹⁸⁵

De lo anterior concluimos que el sujeto activo prevé la posibilidad de que surja un resultado plenamente tipificado, más no lo quiere, tiene la esperanza de que no se produzca.

- b) **Culpa inconsciente (sin previsión o sin representación):** “existe cuando no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.”¹⁸⁶

Castellanos Tena nos dice que “La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado).”¹⁸⁷

Para efectos de esta investigación definiremos que esta clase de culpa se presenta cuando el sujeto, ya sea por falta de cuidado o precaución no prevé el resultado, teniendo la obligación de hacerlo por ser de naturaleza evitable y previsible la consecuencia.

4.3.2.5.1.13 Preterintencionalidad

Gaona Cante, nos dice que “Es la exteriorización de la voluntad consciente del sujeto dirigida a la realización de un hecho típico y antijurídico, produciéndose resultado típico de la misma naturaleza, pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente se quería.”¹⁸⁸

López Betancourt la define como “El evento por el cual el agente tiene una intención de delinquir, pero resulta que al final del evento esa intención fue más allá, dándose un resultado mayor del deseado; así hay una iniciación dolosa pero una terminación culposa.”¹⁸⁹

185 Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, p. 470

186 López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014, p. 232.

187 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 247.

188 Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de Derecho Penal (parte general)*, Ed. Ángel Editor, México, 2002. p. 326.

189 López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p.63.

4.3.2.5.2 Inculpabilidad

Aspecto negativo de la culpabilidad.

“Es la contrapartida de la culpabilidad como aspecto negativo, cuyo contenido conceptual comprende la ausencia de reproche al proceso anímico, no obstante, la antijuridicidad del comportamiento material.”¹⁹⁰

Por otra parte, el Doctor López Betancourt nos expone que “Es el aspecto negativo de la culpabilidad. Al presentarse se elimina el acto delictivo; se define como la ausencia de nexo causal y emocional que une al sujeto con su acto.”¹⁹¹

En palabras de José Arturo González Quintanilla, “La inculpabilidad se surte cuando el organismo mental o psique del activo actúa por decisión impuesta y en estas condiciones el Estado, aun cuando la conducta es antijurídica, determina su no trascendencia a la potestad penal.”¹⁹²

Por último, para el Doctor Granados Atlaco, “La inculpabilidad se presentará siempre que se encuentre ausente alguno de estos dos elementos: conocimiento y voluntad; suponiendo la preexistencia de todos los demás elementos del delito que constituyen una prelación lógica, misma que no supone una prioridad temporal. Son causas de inculpabilidad; el error esencial de hecho e invencible, y la no exigibilidad de otra conducta.”¹⁹³

Con base en las definiciones que nos anteceden concluimos que la inculpabilidad se dará siempre y cuando se encuentre ausente el conocimiento y la voluntad; ello sólo se puede dar bajo ciertas hipótesis fundamentales llamadas formas de inculpabilidad, las cuales son: el error esencial de hecho e invencible así como la no exigibilidad de otra conducta.

190 Vergara Tejada, Moisés, *Manual de Derecho Penal parte general*, Ed. Ángel editor, México, 2001, p.201.

191 López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 204, p.63.

192 González Quintanilla, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano parte general*, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 328.

193 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 205.

4.3.2.5.2.1 Formas de la inculpabilidad

4.3.2.5.2.1.1 Error esencial del hecho e invencible

“Es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento inconcreto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.”¹⁹⁴

En otras palabras, “Consiste en una falsa concepción de la realidad o en una idea errónea respecto a una situación, cosa u objeto.”¹⁹⁵

4.3.2.5.2.1.2 No exigibilidad de otra conducta

“La exigibilidad de la conducta supone que, se observe, si a la persona se le puede exigir una determinada conducta, atento a las circunstancias y condiciones concretas en que se encontraba al momento del acontecer el hecho y que lo motivaron a actuar.”¹⁹⁶

De lo anterior podemos interpretarla *contrario sensu*. “Supone el actuar de un sujeto imputable produciendo un resultado típico y antijurídico, pero no culpable en virtud de que no es posible la satisfacción de los elementos en que se basa la exigibilidad que son el deber y el poder. El deber no supone la obligación de actuar conforme al contenido de la norma, en tanto que el poder se refiere a la posibilidad de conformar la conducta de Derecho.”¹⁹⁷

Podemos definir a la no exigibilidad de otra conducta, como la no reprochabilidad de una conducta que pese a ser antijurídica y encontrarse sancionada por las leyes penales, no es punible dadas las condiciones en las que el sujeto tuvo que llevar a cabo dicha conducta. Dentro de esta causa encontramos tres hipótesis:

¹⁹⁴ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p 259.

¹⁹⁵ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 205.

¹⁹⁶ Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 557.

¹⁹⁷ Granados Atlaco, Miguel Ángel. *Apuntes de cátedra*. Facultad de Derecho, U.N.A.M., abril 2017.

- a) **Estado de necesidad:** Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados. Es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.¹⁹⁸

Mientras que para Jiménez Huerta, “Es una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.”¹⁹⁹

Cuando se encuentran en peligro dos bienes jurídicos tutelados de igual valía y la situación base de la conducta es de inminente peligro, se sacrifica uno por salvaguardar el otro.

- b) **Obediencia jerárquica:** “Se entiende como la obligación que tiene un sujeto de actuar o ejecutar órdenes dictadas por un superior jerárquico por parte del subordinado. Esta hipótesis supone un deber legal de obediencia.”²⁰⁰
- c) **Vis compulsiva:** “La violencia moral es aquella que incide sobre la mente de una persona, a la cual se le intimida con una amenaza.”²⁰¹
Es aquella violencia moral sobre el sujeto activo que le compele a actuar en un sentido que no desea y sin alternativas.

4.3.2.6 Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia

4.3.2.6.1 Condiciones objetivas de punibilidad

Sexto elemento del delito. Jiménez de Asúa explica que “Son aquellas de las que el legislador hace depender, en una serie de casos, la efectividad de la pena

198 Cft. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p.p. 271 – 273.

199 Jiménez Huerta, Mariano, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 21ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010, p. 433.

200 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 206.

201 Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal (parte general)*, 4ª reimpression, Editorial Reppertor, España, 2007, p. 212.

conminada y que por ser extrínsecas e independientes al acto punible mismo no han de ser abarcadas por la culpabilidad del agente”.²⁰²

César Osorio y Nieto sostiene que “La condicionalidad objetiva es un requisito, una circunstancia, un dato, que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito, pues sólo en contados casos se presentan tales condiciones.”²⁰³

Ernest Von Beling nos dice que “Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para imposición de la pena que pertenece al tipo de delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad.”²⁰⁴

El Doctor Eduardo López Betancourt sostiene que “Las condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los presupuestos procesales. En las primeras se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso penal.”²⁰⁵

Para efectos de esta investigación las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancia *sine que non* para definir la pretensión punitiva del Estado, generalmente de orden procesal.

4.3.2.6.2 Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad

Sexto aspecto negativo. Definido como “La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad es el aspecto negativo de los mismos”.²⁰⁶

Porte Petit Candaudap, nos dice que es cuando “Concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad.”²⁰⁷

202 Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del delito*, Ed. IURE editores, México, 2003, p. 528

203 Osorio y Nieto, César Augusto, *Síntesis de Derecho Penal*, 4ª ed., Editorial Trillas, México, 2002, p. 74.

204 Von Beling, Ernest, *La doctrina del delito tipo*, Ediciones Depalma, Argentina, 1944, p. 31

205 López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito y de la ley penal*, 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 2015, p. 218

206 Cruz y Cruz, Elba, *Teoría de la ley penal y del delito*, Ed. IURE editores, México, 2007, p. 228.

207 Porte Petit Candaudap, Celestino, *op. cit.* p. 285

Octavio Alberto Orellana Wiarco, los describe como “impedimentos para que pueda procederse contra el agente, aun cuando los elementos del delito estén plenamente configurados.”²⁰⁸

Mientras que el Doctor López Betancourt los clasifica como “Elementos valorativos, en caso de no presentarse, constituirán formas atípicas, impidiendo la tipicidad de la conducta ilícita”.²⁰⁹

4.3.2.6 Punibilidad y excusas absolutorias

4.3.2.7.1 Punibilidad

Encontramos a los *ius penalistas* divididos en cuanto a la forma en que consideran a la punibilidad; por un lado tenemos a los que la ubican dentro de la dogmática jurídico – penal como un elemento del delito, mientras que para otros autores, la punibilidad es simplemente una consecuencia del delito.

Adhiriéndonos a la primera de estas corrientes, el maestro Pavón Vasconcelos, define a la punibilidad como “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”²¹⁰

Mientras que para la Doctora Elba Cruz y Cruz, “La punibilidad como merecimiento, como responsabilidad o como derecho correspondiente al Estado, se engendra por la antijuridicidad y la culpabilidad; va implícita en estas como su consecuencia, por ello se ha dicho que agregarla en la definición del delito es una autología y que, si por punibilidad se entiende la calidad del acto que amerita una pena, no es un elemento nuevo sino una especial apreciación de la naturaleza conjunta del delito”.²¹¹

208 Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 16ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 73.

209 López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014, p.255.

210 Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 421.

211 Cruz y Cruz, Elba, *op. cit.*, p. 230.

Definido como la acción antijurídica, típica y culpable para ser inculpa- ble ha de estar conminada con la amenaza de alguna pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria.²¹²

La punibilidad, es pues, la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando; de esa manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable, se le deberá imponer la pena prevista en la ley.

4.3.2.7.2 Excusas absolutorias

Aspecto negativo de la Punibilidad. “son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer una pena al autor.”²¹³

Para Jiménez de Asúa, “Son las causas que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.”²¹⁴

En palabras de la Doctora Elba Cruz y Cruz son definidas como “Aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley por las cuales no se sanciona al sujeto activo; en ellas subsiste la antijuridicidad y culpabilidad pero no se impone ninguna pena al autor.”²¹⁵

Con base en las definiciones que nos anteceden, podemos concluir que las excusas absolutorias son aquellas circunstancias establecidas en la ley como excluyente de responsabilidad del delito, dado que el Estado por política criminológica no coincidiera reprochable dicha conducta típica.

4.3.3 Concepto y clasificación del delito

212 Cfr. Carranca y Trujillo, Carrancá y Rivas, *Derecho Penal Mexicano*, 24ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 458-461.

213 Ortuzar Latapiat, Waldo, *Las causas del recurso de casación en el fondo en materia penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1958, p. 527.

214 Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito: Principios del Derecho Penal*, 3ª ed., Ed. Sudamérica, Argentina, 1990, p. 433.

215 Cruz y Cruz, Elba, *op. cit.*, p. 238.

4.3.3.1 Concepto

Para Castellanos Tena “La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.”²¹⁶

En la Enciclopedia Jurídica encontramos que delito es la “Conducta típica, antijurídica y culpable constitutiva de infracción penal.”²¹⁷

Mientras que Eugenio Cuello Callón define el delito como “una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.”²¹⁸

El Doctor Raúl Carrancá lo define como: “ infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de ciudadanos, resultantes de un acto externo al hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”²¹⁹

4.3.3.2 Clasificación

Para analizar la clasificación del delito se tiene que partir de los elementos que lo conforman y de ahí se deriva el tipo de acciones que se realizan.

4.3.3.2.1 Por la Conducta del Delito

- a) Acción; se necesita de la voluntad y realización de labores para su ejecución. (Hacer)
- b) Omisión; es el descuido, negligencia, abandono que deriva en un hecho delictivo. (Dejar de hacer).

4.3.3.2.2 Por el Resultado

- a) Formales; son delitos de simple actividad o de acción.
- b) Materiales; son delitos por resultados externos.²²⁰

216 Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 111.

217 Enciclopedia Jurídica, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delito/delito.htm> al 13 de agosto 2016, 22:04.

218 Cuello Callón, Eugenio, Derecho Penal I, P. 256

219 Cuello Callón, Eugenio, Derecho Penal I, P. 256

220 Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, T. IV, 2ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1961, p. 96

4.3.3.2.3 Por el Daño que causan

- a) Lesión; son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales y en ellos pertenece a la tipicidad, la lesión de un determinado bien jurídico, ej. La muerte en el homicidio y las heridas en las lesiones. ²²¹
- b) Peligro; en este tipo de delitos solo se pide o exige se haya puesto en un estado de latente daño al bien jurídico tutelado. ²²²

4.3.3.2.4 Calificados por elemento interno

- a) De Dolo, cuando el resultado típico y antijurídico existe la manifestación y voluntad de realizar la acción con el resultado que se pretende.
- b) De Culpa, es cuando se realiza el acto pudiendo ser previsto, y por falta de cuidado produce un resultado dañoso.

4.3.3.2.5 Participación de Sujetos

- a) Un solo Agente
- b) Codelincuencia; cooperan varios individuos para la realización de un hecho delictivo,
- c) Multitudinarios; en los que participa un muchedumbre de personas, sin previo acuerdo.

4.3.3.2.6 En cuanto a su duración

- a) Delito Instantáneo; se consuma en el momento de la actuación típica.
- b) Delito permanente o continuo; la conducta persiste en el resultado del delito mantiene la voluntad como el secuestro.

4.3.3.2.7 Por su estructura

- a) Complejo; cuando la ley crea varios tipos y cada uno de ellos puede constituir un delito, por lo que se forma un delito compuesto, ejemplo: la violación.

²²¹ *Ibidem*, p. 215

²²² *Ídem*.

b) Colectivo; cuando el sujeto activo realiza varios actos.

4.3.4 *Iter criminis*

Es evidente que el delito no aparece de improviso, puesto que obedece a un proceso, conocido como *iter criminis* cuyo significado es camino del delito.

Para llegar a la culminación de un delito, resulta necesario ese camino del delito, el cual se origina con la idea de cometer una conducta tipificada como delito, la cual surge en la mente del sujeto hasta la consumación del mismo. A ese conjunto de etapas que se acotan para llegar al delito, se le denomina *iter criminis*.

La mayoría de los grandes estudios del Derecho Penal distinguen dos fases en este camino del delito, las cuales son:

- **Fase interna:** integrada por todos los momentos en los cuales se va formando la voluntad delictiva, es decir por la ideación, liberación y resolución de cometer el delito; esos actos están interiorizados, es decir en el pensamiento de sujeto por lo cual no son punibles.
- **Fase externa:** ya existe una voluntad delictiva que ha sido manifestada o exteriorizada. Algunos de los actos externados en esta fase son punibles.

4.3.4.1 Antecedentes del *iter criminis*.

Lo relativo a la concepción y desarrollo del *iter criminis* tuvo su inicio con los prácticos italianos a partir del siglo XIII en adelante; los citados estudiosos "...abordaron el tema con el propósito de permitir la solución de las cuestiones más complejas de la tentativa y hallar el hilo conductor sobre problemáticas referentes a la punibilidad de aquellas expresiones del pensamiento previas a los actos ejecutivos." ²²³

Tal como refiere Rodolfo García García, es importante señalar que si bien los estudiosos italianos iniciaron el análisis del tema en particular, no menos notable es que solamente desarrollaron conocimiento inicial, limitado a explicar algunos

223 García García, Rodolfo, *Tratados sobre la tentativa*, tomo II, 2ª ed, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 2.

fenómenos relativos a la tentativa, sin llegar a la solución de la problemática inherente a la misma.²²⁴

Si nos situamos en el ámbito del delito doloso, se puede identificar todo un proceso, al respecto Jiménez de Asúa manifiesta: “el delito tiene un desarrollo dinámico, desde que la idea surge en la mente de un hombre, hasta que deliberada y resuelta, se prepara y consuma. A este proceso le llamaron los prácticos *iter criminis*.”²²⁵

4.3.4.2 Significado del *iter criminis*

La locución latina *iter criminis* significa camino del delito y dicha acepción también es conocida en el Derecho Penal como vida del delito, vía del delito, “... en virtud de que para que se configure el delito, el agente debe recorrer un camino integrado por distintos momentos, los cuales van presentándose gradualmente y a su vez presentan subdivisiones”.²²⁶

4.3.4.3 Concepto de *iter criminis*

Existen diversos conceptos de lo que debe entenderse como *iter criminis*, Rafael de Pina Vara define el *iter criminis* como el “curso o desarrollo del delito desde el momento en que aparece como idea en la mente del delincuente hasta el instante mismo de su consumación”.²²⁷

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos refiere que “el *iter criminis* comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento.”²²⁸

Asimismo, el Doctor García García define al *iter criminis* “como el camino que recorre el agente desde la concepción del delito hasta su agotamiento”.²²⁹

224 Cfr. *Ibidem*, p. XIV.

225 *Ibidem*, p. 547.

226 García García, Rodolfo, *op. cit.*, nota 1, p. 24.

227 Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 17ª ed., México, Editorial Porrúa, 1991, p. 333.

228 Pavón Vasconcelos, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 6ª ed., México, Editorial Porrúa, 2003, p. 1.

229 García García, Rodolfo, *op. cit.* nota 1, p. 3.

El *iter criminis* necesariamente supone la investigación de las fases que recorre el delincuente, desde que concibe la idea de transgredir una conducta social hasta la realización de la misma.

Como se puede apreciar, las definiciones antes citadas hacen alusión prácticamente a los mismos elementos y no es más que el recorrido o acotamiento de distintas etapas por parte del sujeto que decide realizar una conducta antisocial.

4.3.4.4 Estructura del *iter criminis* propuesta y desarrollada por Rodolfo García García

El autor en comento formula una propuesta en la que realiza la sistematización del *iter criminis*, la cual según lo refiere rebasa los estudios especulativos de las tesis anteriormente referidas. El planteamiento de este autor, comprende cuatro fases del proceso de realización de los delitos dolosos, siendo las siguientes:

- I. **Fase interna.-** El delito doloso tiene su origen en la conciencia del individuo, quien delibera sobre la posibilidad de lograr su objetivo y finalmente resuelve realizarlo.

Respecto a los grados de la fase interna del *iter criminis*, precisa el autor en cita que, con antelación a su obra no se habían estudiado adecuadamente los grados de dicha fase, puesto que solo se habían limitado a tratar de explicar la ideación o concepción del delito.

- II. **Fase de exteriorización.-** Según el autor, en estricto sentido la manifestación de la idea conforma una fase particular del *iter criminis*, en virtud de que, por una parte ya no está en la mente del sujeto activo y por la otra no implica necesariamente la realización de actos materiales tendientes a cometer el delito. Es decir, la manifestación de la idea delictuosa, no revela por sí misma la intención de delinquir y por lo tanto no hay fundamento para sancionar esa clase de actos.

- III. **Fase de preparación.**- La fase externa comprende varios grados tales como: preparación, tentativa, consumación y agotamiento. Al respecto dice el autor que es conveniente ubicar la preparación en una fase en particular toda vez que, ésta equivocadamente ha sido colocada como un grado de la última fase del delito, y siendo esa última fase de naturaleza ejecutiva, resulta evidente que no debe comprender la preparación entre sus grados, puesto que es diferente a los actos de ejecución del delito.
- IV. **Fase de ejecución.**- Los actos ejecutivos pueden constituir distintas formas de manifestación o de aparición del delito como lo son: la tentativa que implica la idea de un delito imperfecto, en virtud de que, los actos u omisiones que lo constituyen, según sea el caso, no llegan al momento culminante de la consumación del delito, por lo tanto la tentativa es uno de los grados del delito, ya que ésta existe por la ejecución incompleta del delito, o sea que la ejecución no se ha realizado por completo.

En este sentido, el Doctor García García propone una nueva estructura del *iter criminis*, aclarando que primero consideró la división del camino del delito en cuatro ejes fundamentales y dentro de cada uno de ellos sus diferentes peculiaridades; únicamente de manera ilustrativa de ello, a continuación procederemos a esquematizar sus ideas.

ITER CRIMINIS

I. FASE INTERNA DEL DELITO

- A. Concepción
- B. Deliberación
- C. Análisis
- D. Planeación
- E. Resolución

II. FASE DE EXTERIORIZACIÓN DEL DELITO

Incluye todas las formas de expresión del delito. Pueden ser:

- A. Oral
- B. Escrita
- C. Corporal
- D. Voluntaria
- E. Involuntaria.

III. FASE DE PREPARACIÓN DEL DELITO

Actos cuyo fin es facilitar la ejecución.

IV. FASE DE EJECUCIÓN DEL DELITO

- A. Tentativa. De esta figura se deriva los subgrados del *iter criminis*, son los siguientes:
 - a. Tentativa acabada.
 - b. Tentativa inacabada.
 - c. Desistimiento espontáneo; y
 - d. Arrepentimiento activo.
- B. Consumación; y
- C. Agotamiento.

Según el autor, para determinar los actos de tentativa se debe tener en consideración sus elementos de juicio cognitivo, así como los subjetivos y objetivos,

teniendo en cuenta que los actos preparatorios no son suficientes para definir la tentativa, ya que en los mismos no existe todavía un comienzo punible porque su naturaleza es distinta.²³⁰

Asimismo, en esta fase de ejecución se encuentra la consumación, la cual es definida por Ignacio Villalobos de la siguiente forma: “si el sujeto concibe un delito no se guarda sus ideas ni reprime sus deseos o sus propósitos sino que de algún modo logra el cumplimiento criminal de sus concepciones merecen la reprobación y la represión legales”.²³¹

Raúl Carrancá y Trujillo por su parte define el delito consumado como “la acción que reúne todos los elementos genéricos y específicos, que integran el tipo legal”²³².

Por su parte, Rodolfo García García afirma que el último grado de la fase en estudio, “lo constituye el agotamiento del delito, consistente en el ulterior desenvolvimiento del acto u omisión delictivos, produciendo todos los efectos dañosos, según el fin perseguido por el agente”.²³³ Se puede apreciar que la doctrina contempla el agotamiento del delito como el último momento de la fase externa del *iter criminis*.

Con base en lo anterior, García García concluye que “para la legislación penal mexicana, como regla general la consumación es el último momento del camino del delito, el cual existe cuando la acción daña el bien jurídicamente tutelado, como la vida y además encuadra en todos y cada uno de los elementos que integran el tipo legal, por lo que puede afirmarse que de tal modo se constituye la violación del derecho tutelado por la ley, por ende merece la represión penal, salvo que aquí concurra una causa de exclusión del delito”.²³⁴

230 Cfr. *Ibidem*, nota 1, pp. 8-15.

231 Carrancá y Trujillo, Raúl, *op. cit.* p. 285.

232 Villalobos, Ignacio, *op. cit.* p.436.

233 *Idem*.

234 *Ibidem*, p. 19.

4.3.5 Concurso de Delitos.

El Doctor Eduardo López Betancourt explica que “el concurso de delitos se presenta cuando existe pluralidad de actividades delictivas: que el sujeto activo, con la misma conducta, o a través de varias, comete diversos delitos.”²³⁵

Mir Puig sostiene que “Existe, concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos. En el primer caso se habla de concurso ideal, mientras que en el segundo se produce un concurso real.”²³⁶

De lo anterior podemos decir que existen dos formas:

- **Ideal o formal:** A partir de una sola conducta se generan varios resultados delictivos.
- **Real o material:** Varios resultados delictivos que no se puedan ilustrar en una sola conducta.

Por otro lado, ambas pueden presentarse en dos maneras:

- **Homogénea:** se presentará el concurso homogéneo cuando se trate de la misma “familia” de delitos; esto significa que en tal clase de concurso, sólo se estarán cometiendo delitos de un mismo género. El concurso ideal homogéneo se presentará entonces cuando a través de una conducta se produzcan varios resultados delictivos de la misma índole.

Con base en lo anterior, podemos distinguir los siguientes requisitos en el concurso ideal homogéneo:

- a) Una conducta en particular
- b) La lesión y/o puesta en peligro de varios bienes jurídicos.
- c) Compatibilidad entre sí de los bienes jurídicos agredidos.

²³⁵ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito y de la ley penal*, 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 2015. p. 268.

²³⁶ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 598.

- **Heterogénea:** a diferencia del concurso homogéneo, el concurso heterogéneo admite la presencia de diversos resultados delictivos, indistintamente, sin importar su naturaleza. Habrá concurso ideal heterogéneo cuando a través de una conducta se agoten varios resultados de diversa naturaleza.

Serán en consecuencia requisitos del concurso ideal heterogéneo:

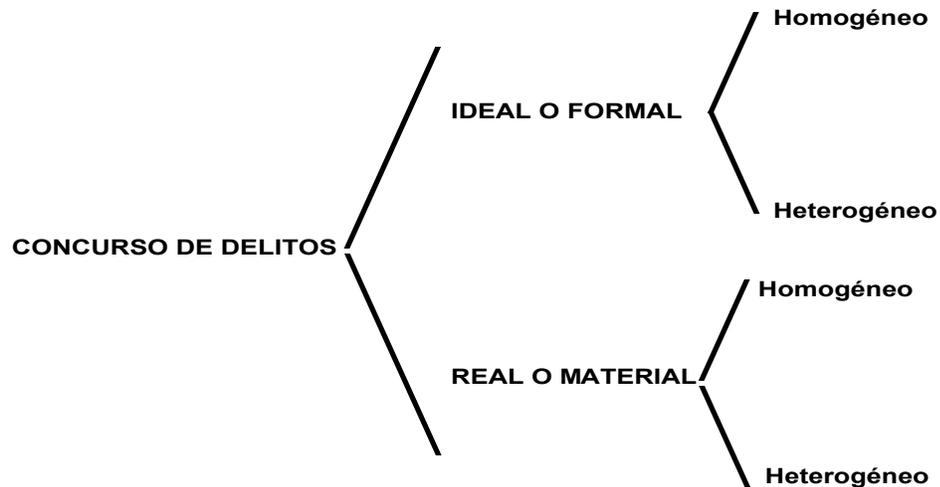
- a) Una conducta en particular.
- b) La lesión y/o puesta en peligro de varios bienes jurídicos de diferente naturaleza.
- c) Compatibilidad entre sí.

Para la aplicación de las sanciones en el caso de concurso ideal o formal, se pueden seguir los siguientes criterios:

- a) Principio de acumulación: se determinan las penas por separado y después se adicionan para formar una sola.
- b) Regla de absorción: se sanciona sólo el delito de mayor gravedad.
- c) Combinación: se combinan las diversas penas en una sola.
- d) Pena unitaria: se impone una sola sanción, con independencia de la cantidad de infracciones penales cometidas.²³⁷

²³⁷ Cfr. Granados Atlaco José Antonio y Granados Atlaco Miguel Ángel, *Lecciones de cátedra*, Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho U.N.A.M., México, 1998. pp. 171-172.

Por lo cual podemos esquematizar lo anterior en la siguiente forma:



4.3.6 Concurso de Personas.

El individuo es producto de su propia búsqueda de construcción a lo que se llama civilización y de la domesticación de su naturaleza y de la propia vida cotidiana en sociedad que desarrolla el individuo. Tenemos como uno de los productos (de esta domesticación en aras de la civilización), la asociación de personas para fines lícitos y también ilícitos; “Como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada participación (conurrencia o concurso) de personas en el delito, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad.”²³⁸ La denominación concurso es propia de la doctrina italiana. Se denominará concurso de personas (atendiendo a la escuela italiana) cuando en la comisión de uno o varios delitos se cometa por dos o más personas. “En la comisión de un delito pueden intervenir una o varias personas; cuando son varias se habla de concurso de personas.”²³⁹

²³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *Derecho Penal, parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2da. Edición, 2002, p. 767.

²³⁹ Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones fundamentales de la teoría del delito*, 3ª. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 295.

Basándonos en este concepto de concurso queda plenamente explícito que solo existirá la figura de concurso de personas cuando en el delito o delitos, concurren dos o más personas. Para apuntalar nuestra postura respecto a tal definición de concurso de personas podemos referir que; “La infracción criminal no es siempre obra de una persona sola. Puede ser cometida por varios individuos que se ponen de acuerdo y dividen entre si el esfuerzo para realizar el hecho criminal. La actividad delincuente usa los mismos modos que la actividad honesta y, a veces, la codelincuencia semeja a una empresa industrial.”²⁴⁰

Es de utilidad el anterior concepto, pero debemos de advertir que no necesariamente se requiere el acuerdo previo, pues más adelante veremos en la participación una de las modalidades del concurso de personas que dichas participaciones como la del encubrimiento puede darse posterior al delito. “La concurrencia plural de sujetos que también son responsables del delito, se entiende como el concurso de personas...”.²⁴¹

Existe una clasificación de las autorías que atiende aspectos como el material, intelectual y de cooperación. “Con relación a los autores se debe distinguir entre autor material, autor intelectual y autor por cooperación. El material es el que físicamente ejecuta los actos descritos en la ley (13-II: los que realicen por si); intelectual el que induce, instiga o determina a otro a cometer el delito (13-V: Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo), mientras que el cooperador presta auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictivo propuesto.”²⁴²

El Código Penal Federal vigente, en su artículo 13 no da una definición de autor, coautor o partícipe. Sólo los refiere y posterior a ello se realiza un listado de ocho presupuestos.

“CAPITULO III

Personas responsables de los delitos

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

240 Jiménez de Asua, Luis, *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*, 3ª. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 495.

241 Granados Atlaco, Miguel Ángel, *Derecho Penal Electoral Mexicano, Derecho Electoral y Teoría del Delito*, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 213.

242 Pavón, Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, parte General*, 10ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, Pp. 634 y 635.

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que los realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII.- los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.”²⁴³

Los anteriores presupuestos del delito, desde el punto de vista de la doctrina están fluctúan entre la autoría, coautoría y participación.

De manera significativa debemos de diferenciar entre los diversos modos y formas de ejecución del delito, es decir, los casos en los cuales se concreta a través de las personas de manera directa, o bien, distinguir los diversos sujetos que intervienen en su ejecución. Para tal propósito abordaremos el estudio de la autoría, coautoría y de la participación de manera separada.

²⁴³ Artículo 13. Código Penal Federal, *op. cit.*

4.3.6.1 La autoría

Para abordar el estudio del tema de la autoría, la doctrina ha adoptado distintas posturas, y estas son (las más convencionales o consideradas por los doctrinarios del derecho consideradas las hegemónicas [populares entre los académicos o teorizadores); unitarias, extensivas, restrictivas y la teoría del dominio del hecho. Estas son las cuatro posturas dominantes en la doctrina que conjuntamente tratan de explicar la autoría, mismas que a continuación abordaremos de manera breve.

A los autores, “Suele definírseles como los que toman parte directa en la ejecución del hecho. Autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in species*” ²⁴⁴ Bajo este concepto, para que una persona sea clasificada como autor se requiere que ésta tome parte directa en la comisión del delito, quedando fuera de este concepto aquellas personas que se encuentren como participantes (inducidas, cómplices y encubridores).

Sobre los enfoques para explicar la autoría podemos decir; “Los distintos criterios existentes se reunirán en cuatro grandes tendencias:

- 1) teoría subjetiva causal;
- 2) objetiva formal;
- 3) del dominio del hecho (objetiva final), y
- 4) normativa.” ²⁴⁵

4.3.6.1.1 La concepción unitaria, causalista o naturalista.

Esta teoría únicamente concibe a la unidad de delito y pluralidad de agentes. Sostiene su argumento en que el hombre es un animal que vive en sociedad. “Esta tesis unitaria inspira el código italiano de 1930, considerado en la propia Italia como resultado de una tendencia autoritaria represiva propia de la época.” ²⁴⁶

Para esta postura doctrinal, todo aquel que participe en el presupuesto del delito es autor. “Pretender resolver con base en la causalidad el problema de la

²⁴⁴ Jiménez de Asua, Luis, *op. cit.*, p. 501.

²⁴⁵ Garrido Montt, Mario, *op. cit.*, p. 297.

²⁴⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *op. cit.*, p. 771.

participación, al respecto considera codelincuentes a quienes contribuyen, con su intervención, a producir el delito.

Al respecto Von Buri consideraba que la verdadera liga de unión entre los participantes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.”²⁴⁷ Los defensores de esta teoría refieren que no es posible distinguir entre autoría y participación, esta postura cobra una importante relevancia en la aplicación de la pena.

Las objeciones realizadas al concepto unitario de autor se basan en lo siguiente:

- a) Provoca la pérdida del injusto específico de la acción de cada tipo al convertirse a la totalidad de las contribuciones del hecho, en la causación de lesiones de bien jurídico.
- b) Permite considerar como autores a otros intervinientes en el delito por el simple hecho de la causalidad de su cooperación.
- c) Se abandona el principio de accesoriedad con lo que se suprime la frontera del tipo.
- d) Conduce a la aplicación de manera indeseable de la punibilidad.
- e) Impide la aplicación de penas atenuadas para los cómplices e inductores.²⁴⁸

4.3.6.1.2 La concepción restrictiva.

Este concepto de la autoría restrictiva es sustentado por la teoría objetiva de la participación, la cual trata de explicar que solo son responsables penalmente las personas que por sí mismas realizan el tipo penal.

4.3.6.1.3 Teoría objetivo formal.

Esta teoría busca hacer un contrapeso dentro del mismo causalismo *ius naturalista* con ayuda de la figura accesoria en la participación cuando se lleva a cabo mediante

²⁴⁷ Cfr. Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, UNAM, IIJ, Serie G: Estudios doctrinales, Núm. 192, 1998, p. 219.

²⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 211.

concurso de personas el presupuesto típico; su impulsor fue Von Beling, que a su vez fue creador de la doctrina del tipo penal en la que centró toda la estructura de la teoría del delito. “Su tesis sobre la autoría se funda en los principios causales naturalistas, que pretenden encontrar criterios objetivos que la determinen, y para lograrlo recurre a su noción de tipo: son autores aquellos que ejecutan el todo o parte de la acción contenida en el verbo rector del tipo penal. Los demás son comportamientos accesorios, sea de instigación o de complicidad.”²⁴⁹ Considera como autor a toda persona cuyo comportamiento entra al círculo que comprende al tipo penal, en tanto que el partícipe es aquella persona que aporta cualquier otra contribución casual al hecho.

4.3.6.1.4 Teoría objetivo material.

Conforme a esta teoría será autor el sujeto que aporte la contribución objetiva más importante.

a) La concepción extensiva o Teoría Subjetiva.

A esta teoría naturalista se le denomina extensiva porque se extiende a los participantes a los cuales se les considera como autores del presupuesto contenido en el tipo penal. Contiene un concepto extensivo de lo que es autor, “Parte de la concepción causal de la premisa de que autor es aquel que ha puesto alguna de las condiciones provocadoras del resultado prohibido. Como para el causal naturalismo todas las condiciones son equivalentes y el resultado típico es consecuencia de un conjunto de ellas, cada una igualmente trascendente para provocarlo, cualquiera que haya puesto una de esas condiciones es autor.”²⁵⁰

Esta concepción de la autoría de alguna manera se propone subsanar o remediar algunas cuestiones de la concepción restrictiva, coincidiendo con los siguientes aspectos de la teoría restrictiva y que comparte la idea básica de la teoría de la condición de la equivalencia de todas las condiciones del resultado, por lo que se considera autor a todo aquel que ha coadyuvado a causar el resultado típico, sin

²⁴⁹ Garrido Montt, Mario, *op. cit.*, p. 299.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 298.

ser necesario que su contribución constituya una acción típica; se ve imposibilitada a distinguir entre el autor y el partícipe, por tal motivo se plantea su explicación desde la teoría subjetiva de la participación, aludiendo a conceptos relacionados con la voluntad subjetiva del individuo como el *animus auctori* y el *animus socii*.

La teoría subjetiva se basa en la equivalencia de las condiciones, afirmando así que el autor quiere el hecho como propio, el fracaso de esta teoría se basa en que no admite ningún dato objetivo.

b) La teoría del dominio del hecho.

Esta teoría plantea dar solución a las inconsistencias o fallas que presentan las anteriores posturas (restrictivas, extensivas y unitarias), da paso a los conceptos de coautoría, autoría mediata y participación. Es importante hacer la distinción entre hechos punibles culposos y dolosos para los efectos de determinar el grado de la autoría y la participación; en los hechos culposos no existe la presencia de la participación.

Para esta teoría, “autor es quien domina el hecho, quien retiene en sus manos el curso causal, quien puede decidir sobre el sí y el cómo o –más brevemente dicho, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento. De varios concurrentes en un hecho, es autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual.”²⁵¹

4.3.6.2 La autoría mediata.

Para la doctrina, en palabras de Raúl Plascencia apoyándose en Rodríguez Devesa y Maurach, “...el autor mediato lo constituye la persona que se vale de otro dolosamente para realizar un delito, es decir el que utiliza a otro como instrumento o medio para lograr la concreción de un tipo penal.”²⁵²

El dominio del hecho que posee el autor mediato respecto a la persona instrumento o medio para cometer el delito puede “proceder de la coacción, error,

²⁵¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *op cit.*, p. 774.

²⁵² Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 214.

incapacidad de culpabilidad o de la circunstancia de que el hecho al que se ha inducido por el hombre de atrás no puede ser cometido en absoluto por el que actúa directamente por faltarle la necesaria cualificación o intención.”²⁵³ Esta teoría no ha tenido mucha aceptación fuera de Alemania, donde se considera que el “Autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica.”²⁵⁴

Las diferencias entre determinador y determinado así como de instigador o instigado se refieren a continuación: “Cuando el determinado no realiza conducta o realiza una conducta atípica o justificada, el determinador es autor; pero -por regla general- cuando el determinado comete el injusto querido por el determinador este es instigador, aunque el determinado actúe inculpablemente.”²⁵⁵

4.3.6.3 La coautoría, autor paralelo o concomitante.

Esta teoría refiere que son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, dado que la coautoría es propiamente autoría en diferente grado de participación para la comisión de la conducta delictiva. “En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales) así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requerido por el delito concreto.”²⁵⁶

Esta teoría sostiene que “al momento en que varias personas concurren en la realización de un delito común, todos son calificados como coautores, esta es una forma de autoría, sin embargo, sus límites y características habrán de variar respecto a la autoría.”²⁵⁷

253 Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 216.

254 Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996, p. 189.

255 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *op. cit.*, p. 779.

256 Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, Pp. 196 y 197.

257 Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 217.

4.3.6.4 La participación.

Es preciso advertir al atender el tema de la participación, que la misma se entiende como la colaboración de dos o más individuos que concurren en la ejecución del hecho punible con un carácter diferente a la figura de la autoría. “participación quiere decir apoyo en el hecho principal realizado por otro, que es el autor, ya que, por esencia, aquella ha de relacionarse con una conducta principal.” ²⁵⁸

4.3.6.5 Inducción.

Es aquel que hace concebir a otro, la determinación criminal de realizar un hecho antijurídico. En la figura de la determinación existen dos tipos de individuos el primero determinado a inducir y el otro asentando en los hechos su determinación a ser inducido a cometer un delito dándole existencia el presupuesto contenido por este último. Ellos son inductor e inducido, por lo tanto se puede decir que la “inducción implica una serie de actividades realizadas por un sujeto a través de las cuales determina a otro de manera dolosa al delito por el cometido.” ²⁵⁹

El Código Penal Federal en su artículo 13 fracción V refiere lo siguiente:

“V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;” ²⁶⁰

Encontraremos que inducción e instigación contienen los mismos elementos y para los efectos teóricos se debe advertir la plena similitud de estos dos vocablos por lo tanto podemos utilizar el siguiente criterio; “la instigación es una forma de provocar que el autor se decida. El dolo del inductor debe de estar dirigido a un determinado hecho y a un determinado autor, por lo que la inducción desaparece cuando no puede individualizarse a la persona a la que se dirige la instigación.” ²⁶¹

4.3.6.6 Complicidad.

Cómplice se le considera dentro de la figura de participación y la cual también es

²⁵⁸ Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 218.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 221.

²⁶⁰ Artículo 13, fracción V. Código Penal Federal. *op. cit.*

²⁶¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *op. cit.*, p. 802.

una figura accesoria por lo cual de una manera laxa podemos advertir que “Cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso.”²⁶² Mientras que el aspecto genérico de esta figura dependiente de la autoría o coautoría podemos entenderlo como “Complicidad. Consiste en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto, o en un consejo. De ello se infiere que la complicidad exige, en el aspecto objetivo, un doble elemento:

- a) Un auxilio al delito, y
- b) La ejecución del delito por otro.”²⁶³

4.3.6.7 Encubrimiento.

Esta figura de participación también es considerada por la doctrina como anexo o accesoria a la autoría o coautoría por lo que podemos agregar que; “Al respecto Castellanos Tena refiere que el encubrimiento en nuestro sistema jurídico no es una forma de participación, pues la intervención del encubridor es posterior al delito y la participación requiere una contribución a la producción del resultado.”²⁶⁴

En el Código Penal Federal se refieren siete presupuestos y tres excepciones o permisiones que impiden la presencia del encubrimiento;

“Artículo 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

- I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se

²⁶² Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, 1996, p. 210.

²⁶³ Pavón, Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 635.

²⁶⁴ Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, p. 224.

disminuirá hasta en una mitad;

- II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;
- III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;
- IV.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes;
- V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables;
- VI.- Altere, modifique o perturbe ilícitamente el lugar, huellas o vestigios del hecho delictivo, y
- VII. Desvíe u obstaculice la investigación del hecho delictivo de que se trate o favorezca que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo.”²⁶⁵

4.4 Teoría de la Pena y Medidas de Seguridad.

Esta parte del Derecho Penal se encarga de considerar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano, sea a través de una acción o de una omisión, dicho análisis no sólo es para los delitos, sino a toda la conducta humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico - penal; el objeto de análisis de la teoría del delito es aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad.

4.4.1 Teoría de la pena.

El catedrático Luis Rodríguez Manzanera nos expone que “La pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito.

La pena es la ejecución de la punición, y se da en la instancia o fase ejecutiva.”²⁶⁶

²⁶⁵ Artículo 400, Código Penal Federal, *op.cit.*

²⁶⁶ Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009. p. 94.

A continuación describiremos brevemente las teorías más importantes sobre la pena.

4.4.1.1 Teoría absoluta de la pena:

Sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, su sentido es independiente de su efecto social. *Punitur, ut ne peccetur*. Castigar, para que no se peque.

4.4.1.2 Teoría relativa de la pena:

Medio para la obtención de ulteriores objetivos, como instrumento de motivación, remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico;

4.4.1.3 Teoría mixta o de la unión:

No es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas, y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.²⁶⁷

Dentro del concepto de pena, es muy importante hacer la distinción entre punibilidad, pena y punición.

Como ya mencionamos anteriormente, la punibilidad es la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando; de esa manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable, se le deberá imponer la pena prevista en la ley.

Por su parte, “la punición es la fijación de la concreta privación o restricción de bienes al autor del delito.

Es decir, la punición es la concreción de la punibilidad al caso individual, y da al infractor la calidad de merecedor de la sanción correspondiente, en función de haber realizado la conducta típica.”²⁶⁸

²⁶⁷ Castellanos, Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 318.

²⁶⁸ Rodríguez Manzanera, Luis, *op. cit.*, p. 91.

Con base en lo anterior, definiremos punición como el acto a través del cual la función administrativa lleva a cabo la ejecución de la pena individualizada por el juzgador.

A continuación podemos ver en el siguiente cuadro la diferencia entre dichos conceptos:

Punibilidad	Pena	Punición
Amenaza de sanción que crea el legislador.	Individualización de la sanción que realiza la función judicial.	Cumplimiento de la sanción que lleva a cabo la función ejecutiva.

4.4.2 Las Medidas de Seguridad.

“Son especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y de curación), o su segregación de la misma (medidas en sentido estricto).” ²⁶⁹

Las Medidas de Seguridad atienden a la peligrosidad del sujeto que comete un hecho típico y antijurídico, pero que la sanción que se tiene prevista para dicho infractor es especial. En el mismo tenor podemos mencionar las diferentes medidas.

Las cuales se pueden agrupar en:

- Medidas terapéuticas: buscan la curación.
- Medidas educativas: reeducación.
- Medidas asegurativas: Inocuización y resocialización.

En la Ciudad de México su Código Penal en sus numerales 30 y 31 hace claramente la división respecto del catálogo de penas y medidas de seguridad.

²⁶⁹ Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, p. 118.

“ARTÍCULO 30 (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

I. Prisión;

II. Tratamiento en libertad de imputables;

III. Semilibertad;

IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;

V. Sanciones pecuniarias;

VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;

VII. Suspensión o privación de derechos; y

VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

ARTÍCULO 31 (Catálogo de medidas de seguridad). Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son:

I. Supervisión de la autoridad;

II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;

III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos;

IV. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación;

V. Prohibición de comunicarse por cualquier medio, por sí o por interpósita persona con la víctima u ofendido, o con las víctimas indirectas...”.²⁷⁰

270 Artículo 30, 31. Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El estudio histórico del Derecho Penal nos permite identificar una evolución en la visión punitiva de las sociedades, mostrando la existencia de perspectivas que van desde una finalidad vengativa, hasta nuestro tiempo en donde encontramos una posición humanista y dirigida a entender la pena no como un castigo, sino como una manera de lograr que los sujetos que han atentado contra la sociedad, sean reinsertados en la misma, ya como seres aptos para esa vida colectiva.

SEGUNDA.- Debemos entender al Derecho Penal como un sistema de normas expresadas en tipos, punibilidades y medidas de seguridad, encargado de sancionar las conductas que atentan en contra de los bienes jurídicos tutelados de mayor valía, conservando así el orden social.

TERCERA.- La norma penal es aquella que se encarga de regular la conducta protegiendo los bienes jurídicos tutelados de primera importancia para la sociedad, mediante la cual el Estado impone una sanción o medida de seguridad, considerando el nivel de importancia de esos bienes para que se posible la vida en colectividad.

CUARTA.- Se debe reconsiderar la idea del *ius puniendi* estatal, entendido no tanto como derecho, sino como una obligación del Estado de sancionar las conductas que la sociedad considera típicas, antijurídicas y reprochables, por lo cual es que se protegen y en el caso de llegar a transgredir dicha norma se debe aplicar una sanción, con la finalidad de preservar el orden social y de que el delincuente sea apto para la vida social.

QUINTA.- Para ser sujeto de Derecho Penal se necesita contar con la calidad de ser racional, lo cual es una facultad única y exclusiva del hombre, por tanto solo el ser humano delinque, sin que por ello soslayemos la generación de secuelas

jurídicas para las personas morales, cuando éstas han sido usadas para llevar a cabo conductas delictivas.

SEXTA.- Es de suma importancia la distinción de los sujetos en el delito. El sujeto activo es el que lo comete, una caracterización lógica es considerar al sujeto activo como el ejecutor de una conducta delictiva descrita en un tipo penal determinado, es la persona que ha llevado al mundo de los hechos, al mundo fáctico la hipótesis normativa que nace con motivo de la tutela de un bien jurídico; en tanto, el sujeto pasivo es aquel que sufre directamente la acción y sobre quien recae la afectación del bien jurídico tutelado o la puesta en peligro del mismo a través del evento antisocial cometido por el sujeto activo.

SÉPTIMA.- Se debe reconocer la autonomía de contenido del Derecho Penal, dado que se encarga de proteger ciertos bienes jurídicos caros para la sociedad, que todo miembro de la misma se encuentra obligado a respetar y a su vez tiene el derecho de que le sean respetados.

OCTAVA.- En el campo de la interpretación, no necesariamente se tendrá que darse ante una norma oscura o confusa, sino que a toda norma se debe dotar de sentido para aplicarla a cada caso en concreto, asimismo, es menester que el legislador defina el sentido de las palabras que maneja o las referencias que hace a objetos, personas, leyes o instituciones, para darle mayor claridad a la ley penal.

NOVENA.- La fuente esencia y primaria del Derecho Penal es la ley, sin que se descarte la posibilidad de que otras fuentes interfieran de manera indirecta en la conformación de las leyes penales.

DÉCIMA.- Las diversas visiones teóricas en el contexto de la Ciencia del Derecho Penal han permitido un estudio acucioso del fenómeno penal; sin embargo, es menester reconsiderar algunas posiciones doctrinales, con el fin de tener una mayor claridad acerca del tema.

UNDÉCIMA.-En el campo de la teoría del delito se han dado diversas posturas para su análisis, prevaleciendo la idea de fraccionarlo para un estudio más acucioso.

DUODÉCIMA.- La doctrina iuspenalista no ha encontrado una construcción científica satisfactoria y universal, por lo que encontramos diversas posturas frente a la conformación de los elementos del delito, así como su conceptualización y contenido, existiendo esfuerzos serios e interesantes para dar una sistemática penal.

DÉCIMA TERCERA.- Es urgente la revisión de algunos conceptos, así como de la prelación lógica de los elementos que en la actualidad se considera de manera mayoritaria conforman al delito, en virtud de que se ha dado una confusión entre el plano normativo y el plano fáctico, la cual ha permeado a la construcción de la teoría del delito.

DÉCIMA CUARTA.- En esa lógica, nos hemos permitido generar una propuesta que no busca más que generar una reflexión acerca del delito y la necesidad de repensar su estudio en el plano de la Ciencia del Derecho Penal.

PROPUESTAS

Con base en la investigación desarrollada, dado que uno de los objetivos de la misma es generar algunas propuestas enfocadas al perfeccionamiento de la teoría del delito, nos permitimos hacer las siguientes consideraciones, a manera de aportación al entendimiento del fenómeno penal conocido como delito.

Es necesario reordenar los elementos que conforman al delito, así como sus presupuestos.

1. Presupuestos del delito.

Consideramos que el tipo y la punibilidad, con base en su naturaleza hipotética y el principio de legalidad del artículo 14 Constitucional, *nullum crimen, sine legem*, deben ser catalogados como presupuestos, dado que no es posible pensar en calificar a una conducta como delito sin el referente lógico del tipo, entendido éste como la descripción que hace el legislador de una conducta antisocial, que debe ser objetiva para su cabal encuadramiento en el plano fáctico.

Por lo que hace a la punibilidad, de igual forma se trata de una prevención abstracta que colocada en el plano normativo, se transforma al pasar al plano fáctico en pena, por lo que, en esa misma lógica que rige al tipo, la punibilidad debe ser un presupuesto, sustentado constitucionalmente en el párrafo tercero del numeral 14 de nuestra Ley Fundamental, de donde se colige el principio de *nullum poena, sine legem*. Sin la puntualización legal, previa al hecho de que se trate, es imposible la imposición de alguna sanción de índole Penal.

Otro presupuesto del delito son las condiciones de punibilidad, que pueden ser objetivas y subjetivas. Las primeras, son requisitos generalmente de orden procesal que resultan ineluctables para la definición de la pretensión punitiva del Estado, en tanto que las segundas están referidas al tema de la imputabilidad. Debemos pensar en dos momentos de la imputabilidad, uno al momento de la ejecución de la conducta y otro en

cuanto se someta al enjuiciamiento Penal al imputado, lo cual está en el ámbito procesal.

En el primer caso, la imputabilidad es un presupuesto para la posibilidad no solo del reproche Penal, sino para definir la competencia de la autoridad Penal en el caso; esta primera evaluación es de suma importancia, al ser determinante para la definición de la pretensión punitiva del Estado y el alcance del actuar de la autoridad ministerial.

El segundo momento de la imputabilidad está ya en el campo del enjuiciamiento, en virtud de la importancia que reviste estar ciertos de la capacidad del sujeto para ser reprochado socialmente.

2. En consecuencia, el primer elemento del delito deber ser la TIPICIDAD, que podemos entenderla en dos momentos: la tipicidad inmediata y la tipicidad mediata.

La inmediata se presenta simultáneamente o con posterioridad a la ejecución de la conducta, pero en forma coetánea, en virtud de que al darse el hecho Penal, la autoridad del conocimiento pondera si la conducta es susceptible de ser calificada como delictiva.

La tipicidad mediata se manifiesta cuando se genera la plena y cabal adecuación de la conducta específica a un tipo en concreto, se realiza un juicio lógico conducta-tipo que deriva en responsabilidad Penal o no.

Adicionalmente, quedarían subsumidas a la TIPICIDAD, la conducta y la culpabilidad.

Lo anterior en virtud de que el tipo Penal contiene como esencia una conducta reflejada en el verbo núcleo, por tanto, al no haber una conducta propiamente dicha, se genera la imposibilidad de que se actualice el tipo Penal. Al llevar a cabo la conducta, ¿por qué se separa el hecho Penal del hecho volitivo del que realiza la conducta, por qué lo hizo? Eso da pie al elemento subjetivo culpabilidad, la identidad de la pretensión del sujeto en su conducta.

Por ende, el caso de la culpabilidad también debe considerarse como implícita en el sentido de la voluntad, tan es así que todo tipo Penal está construido a partir de una visión dolosa de la conducta, con lo que hay una concomitancia entre la voluntad y su sentido intencional.

Al generar el individuo la conducta, hay un ejercicio del libre albedrío del que no es ajeno a la pretensión del sujeto, por ello proponemos que dentro de la tipicidad se hable de la conducta pretendida. Hay un ejercicio volitivo que es la esencia de la conducta, el autor quiere un comportamiento con un propósito vinculado a la pretensión del querer del sujeto, eso puede dar pauta a una acción u omisión culposa o dolosa.

3. El segundo elemento del delito sería la ANTIJURIDICIDAD, que si bien es cierto podemos considerarla intrínseca al tipo y como el espíritu de la proscripción Penal, es parte de la consideración que se debe hacer de la conducta al calificarla como típica y culpable, susceptible de ser desvirtuada por alguna causa de juridicidad, como es el caso de la defensa legítima^{*}, el Estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un Derecho y el consentimiento del titular del bien jurídico afectado.
4. El último elemento del delito debería ser la punición y no la punibilidad, la punición entendida como concretización del reproche Penal. Acreditada la conducta y la responsabilidad Penal, se da pie a la individualización de la pena, tarea del juzgador con la que culmina la tarea pública de hacer justicia en el ámbito Penal, cuya consecuencia es el compurgamiento de una pena, bajo las reglas y condiciones establecidas en la ley, a partir de los parámetros constitucionales, regido por los principios consagrados en el artículo 18 de nuestra Carta Magna (respeto a los Derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte).

*Nota ** Denominación correcta gramaticalmente, frente al error frecuente de hablar de legítima defensa, cuando en nuestro idioma siempre se utiliza primero el sustantivo y luego el adjetivo.

Un elemento legal útil para entender nuestra nueva visión se puede encontrar en el texto de los artículos 29 del Código Penal del Distrito Federal (hoy CDMX) y 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

PRESUPUESTOS:

- ✓ TIPO.
- ✓ PUNIBILIDAD.
- ✓ CONDICIONES DE PUNIBILIDAD.
 - OBJETIVAS.
 - SUBJETIVAS.

ELEMENTOS DEL DELITO Y SU ASPECTO NEGATIVO	
TIPICIDAD	ATIPICIDAD
ANTI JURIDICIDAD	CAUSAS DE JURIDICIDAD
PUNICIÓN	EXCEPCIONES PUNITIVAS

La conclusión de dicha propuesta, sería la inclusión en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 406, de la especificación de los elementos del delito, lo cual ya se infiere de la expresión utilizada en el numeral vigente “elementos de la clasificación jurídica”, sin que se especifique el alcance conceptual, por lo que se propone insertar el siguiente texto, **adicionado** al párrafo séptimo:

- A) Tipicidad: determinar la perfecta y cabal adecuación de la conducta imputada y debidamente comprobada al sentenciado, considerando si la misma fue de carácter intencional u obedeció a una imprudencia, negligencia, descuido o falta de pericia.
- B) Antijuridicidad: precisar el sentido dañoso de la conducta tipificada, sustentando la afectación al bien jurídico tutelado por la ley penal, ya sea menoscabándolo o poniéndolo en peligro.

- C) Punición: puntualizar el alcance preciso de la pretensión punitiva del Estado a través de una individualización de la pena que se acorde con lo previsto por la ley sustantivas aplicable.

Actualmente, el numeral 406, párrafo séptimo del Código Nacional de Procedimientos Penales se encuentra de la siguiente manera:

Artículo 406. Sentencia condenatoria.

“Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.”

FUENTES

I.- BIBLIOGRÁFICAS.

1. Alagia, Alejandro, y otros, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005.
2. Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1996.
3. Beccaria, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas*. 17ª ed., tomada de la 14ª edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 2008.
4. Blanco Lozano, Tatiana, *Aproximación a las fuentes del Derecho Penal*, Ed. Universidad de la Saba, Colombia, 2000.
5. Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1991.
6. Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. 22ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004.
7. Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Parte General, tomo I, 5ª ed., Ed. Antigua Librería Robledo, México, 1950.
8. Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 24ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014.
9. Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, México, 1995.
10. Carrillo Ahumada, Faustino. *Teoría del delito sistema jurídico penal legal*. 2ª ed., Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.
11. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*. 52ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013.
12. Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 1992.
13. Cruz y Cruz, Elba, *Teoría de la ley penal y del delito*, Ed. IURE editores, México, 200.

14. Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, tomo 1, 18ª ed., Ed. Bosh, Casa Editorial, España, 1980.
15. De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Las causas de justificación*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1995.
16. Donnell, Daniel O', *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia, 2007.
17. Ferrajoli, Miguel, *Democracia y Garantismo*, 2ª ed., Ed. Trotta, España, 2010.
18. Gaona Cante, Martha, *El tipo culposo*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2009.
19. García García, Rodolfo, *Tratados sobre la tentativa*, tomo II, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.
20. Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones fundamentales de la teoría del delito*, 3ª. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
21. González Quintanilla, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano parte general*, Editorial Porrúa, México, 2015.
22. Granados Atlaco José Antonio y Granados Atlaco Miguel Ángel, *Lecciones de cátedra*, Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho U.N.A.M., México, 1998.
23. Granados Atlaco, Miguel Ángel, *Derecho Penal Electoral Mexicano*, ed. 2ª., Editorial Porrúa, México, 2009.
24. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. Ed. Comares, España, 1993.
25. Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, 11ª ed., Ed. Sudamérica, Argentina, 1980.
26. Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, volumen 3, Oxford, México, 2002.
27. Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del delito*, Ed. IURE editores, México, 2003.
28. Jiménez de Asúa, Luis, *Teoría del Delito*, Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

29. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, T. III, 2ª ed.*, Ed. Losada, S.A., Argentina, 1958.
30. Jiménez de Asúa, Luis. *Principios del Derecho Penal. La Ley y el Delito. 3ª ed.* Ed. Argentina, Ed. Sudamericana, 1990.
31. Jiménez Huerta, Mariano, *Manual de Derecho Penal Mexicano, 21ª ed.*, Editorial Porrúa, México, 2010.
32. Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano, T.I.*, Editorial Porrúa, México, 1980.
33. López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular, 3ª ed.*, Ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
34. López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal. 17ª ed.*, Editorial Porrúa, México, 2012.
35. López Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito y de la Ley Penal. 3ª ed.*, Editorial Porrúa, México, 2013.
36. López Betancourt, Raúl Eduardo, *Historia del Derecho Mexicano, 1ª ed, 1ª reimpresión*, Editorial IURE editores, México, 2004.
37. Lozano Alarcón, Javier. *Apuntes del Curso de Introducción al Estudio del Derecho.* Escuela Libre de Derecho, México, 2006-2007.
38. Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, vol. 1 , Editorial Temis, Colombia, 1954.
39. Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano. 7ª ed.*, Editorial Porrúa, México, 2010.
40. Margadant, Guillermo Floris. *Introducción a la Historia Del Derecho Mexicano.* Ed. Editorial textos universitarios, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1971.
41. Margadant, Guillermo Floris. *Panorama de la Historia Universal del Derecho. 7ª ed. 2ª reimpresión*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S. A. de C. V., México, 2004.
42. Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal (Parte General), 4ª ed.*, Ed. Editorial Trillas, México, 1997.
43. Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal (parte general)*, Editorial Trillas, México, 1990.

44. Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1949.
45. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Ed. B de F, Argentina, 2005.
46. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal (parte general)*, 4ª reimpression, Editorial Reppertor, España, 2007.
47. Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en el Derecho Pena, Libro homenaje a Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.
48. Orellana Wiarco Octavio Alberto, *Teoría del Delito Sistema Causalista, finalista, funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2017.
49. Orellana, Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
50. Ortuzar Latapiat, Waldo, *Las causas del recurso de casación en el fondo en materia penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1958.
51. Osorio y Nieto, César Augusto, *Síntesis de Derecho Penal*, 4ª ed., Editorial Trillas, México, 2002.
52. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e inimputabilidad*, 4ª ed., Ed. Editorial Porrúa, México 2000.
53. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 6ª ed., México, Editorial Porrúa, 2003.
54. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1987.
55. Pérez Nieto Castro, Leonel. *Introducción al estudio de derecho*. 6ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2009.
56. Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal I*, 21ª ed., 1ª reimpression, Editorial Porrúa, México, 2012.
57. Petit Muñoz, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 21ª ed., trad. de José Fernández González, 9ª ed. francesa, Editorial Porrúa, México, 2005.

58. Pokrovski, V. S. y otros. *Historia de las ideas políticas*. trad. de Carlos Marín Sánchez, Ed. Grijalbo, S. A., México, 1966.
59. Quiroz Cuarón, Alfonso. *Medicina Forense*. 5ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1986.
60. Ranieri Silvio, *Manual de derecho penal, Tomo I*, 4ª ed., Editorial Temis, Colombia, 1975.
61. Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*, Ed. Temis, Colombia, 1989.
62. Righi Esteban y Fernández, A. Alberto, *Derecho penal. La ley. El delito y la pena*, 1ª reimpresión, Ed. Hammurabi, Argentina, 2005.
63. Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009.
64. Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*. 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1982.
65. Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de Derecho Penal (parte general)*, Ed. Ángel Editor, México, 2002.
66. Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ángel Editor, México, 2002.
67. Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano (Parte General)*, Ed. Editorial Porrúa, México, 1990.
68. Von Beling, Ernest, *La doctrina del delito tipo*, Ediciones Depalma, Argentina, 1944.
69. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Porrúa, México, 2005.
70. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al., Derecho Penal, parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2ª ed., 2002.
71. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal parte general*. Editorial. Ediar, Argentina, 1998.

II.- LEGISLATIVAS.

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Versión electrónica. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf. 28 de abril de 2017.
2. *Código Penal Federal*. Versión electrónica. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>. 14 de abril de 2017.
3. *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Versión electrónica. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf. 28 de abril de 2017.

III.- DICCIONARIOS.

De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 17^a ed., México, Editorial Porrúa, 1991.

IV.- REVISTAS.

Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, UNAM, IJ, Serie G: Estudios doctrinales, Núm. 192, 1998.

V.- ELECTRÓNICAS.

1. <https://es.scribd.com/doc/80792377/El-Sistema-Funcionalista-Del-Derecho-Penal>. 23 de abril 2016.
2. <http://www.infoderechopenal.es/2011/12/el-funcionalismo.html>. 24 de abril 2016.
3. http://www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Fuentes_del_derecho.pdf. 25 de octubre 2016.
4. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>. 26 de octubre 2016.

5. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2777079.pdf>. 27 de octubre 2016.
6. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delito/delito.htm>. 16 de noviembre 2016.
7. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx> . 23 de abril 2017.