



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

---

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO  
CAUSAL DE ATIPICIDAD O DE JUSTIFICACIÓN EN  
EL DERECHO PENAL EN MÉXICO Y EL CASO DE  
LAS LESIONES MÉDICO QUIRÚRGICAS

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL  
GRADO DE MAESTRO EN  
D E R E C H O  
P R E S E N T A :  
E L L I C E N C I A D O  
SERGIO MARAVILLAS LEMUS

TUTORA: MTRA. ROSANGELA MURCIO ACEVES

MÉXICO, D. F., 2010





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## CONTENIDO

### EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO CAUSAL DE ATIPICIDAD O DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL EN MÉXICO Y EL CASO DE LAS LESIONES MÉDICO QUIRÚRGICAS

	Página
<b>INTRODUCCIÓN.</b>	I
<b>CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL.</b>	1
1 Principios rectores del derecho penal.	1
1.1 Principio de legalidad.	2
1.2 Principio de bien jurídico tutelado.	17
1.3 Principio de exclusiva incriminación de conductas.	19
1.4 Principio de culpabilidad.	21
1.5 Principio de igualdad.	24
1.6 Principio de ultima ratio o subsidiariedad.	26
1.7 Principio de <i>non bis in idem</i> .	29
2 Conceptualización del delito.	31
2.1 Elementos positivos.	40

2.2 Causas de exclusión del delito.	50
<b>CAPÍTULO II. EL DELITO DE LESIONES Y LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD O JUSTIFICACIÓN EN MÉXICO.</b>	<b>60</b>
1. Generalidades sobre el delito de lesiones en México.	60
1.1 Análisis dogmático del delito de lesiones.	72
1.2 Aspectos procesales del delito de lesiones.	80
2. Causas de de atipicidad.	89
2.1 Absoluta (inexistencia del tipo).	91
2.2 Relativa (falta de algún elemento del tipo).	93
3 Causas de justificación.	96
4 Consentimiento del ofendido.	100
<b>CAPÍTULO III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO EN EL DERECHO PENAL.</b>	<b>116</b>
1 Regulación del delito y del consentimiento del ofendido en el código penal federal y del Distrito Federal.	118
2 Legislación comparada.	158

2.1 Alemania.	158
2.2 España.	165
<b>CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO Y EL CASO DE LAS LESIONES MÉDICO QUIRÚRGICAS.</b>	<b>173</b>
1 Aspectos jurídico-filosóficos sobre el consentimiento del ofendido como causal de Atipicidad y Justificación.	173
1.1 Teoría unitaria.	173
1.2 Teoría diferenciadora.	177
2 El consentimiento y el perdón del ofendido.	187
3 Problemática relativa a los efectos jurídicos del consentimiento del ofendido como causa de atipicidad y de justificación.	192
4 El consentimiento del ofendido en las lesiones médico quirúrgicas.	203
<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>215</b>
<b>PROPUESTAS.</b>	<b>217</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>219</b>

## INTRODUCCIÓN

La idea de desarrollar el presente trabajo de investigación es fruto, en primer lugar, de las inquietudes generadas a lo largo de diez años de resolver propuestas de no ejercicio de la acción penal en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y del evidente desconocimiento que del tema relacionado con el consentimiento se tiene en la práctica profesional en nuestro país, al grado de haber recibido comentarios de jefes y compañeros, en el sentido que dicha figura es eminentemente una cuestión de índole jurídico civil. En segundo lugar, de una serie de conocimientos adquiridos al cursar las asignaturas de la Maestría en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, los cuales hemos tratado de reflejar de la mejor manera que nos ha sido posible.

Asimismo, nos parece por demás relevante la aplicación del consentimiento del ofendido respecto a la lesiones médico quirúrgicas, en virtud de que la medicina y el derecho constituyen materias que impactan enormemente el desarrollo en nuestro país; sin embargo, sigue habiendo viejos tabúes sobre la forma y condiciones en que los profesionales de la medicina prestar sus servicios a los pacientes. Ejemplo de ello, resulta el consentimiento prestado para la realización de las cirugías, mismo que aún cuando llegara a reunir las características suficientes para su eficacia en materias administrativa o civil, pudiera darse el caso que para efectos penales no lo fuera.

De tal forma, que analizamos los aspectos generales del derecho penal, con temas los sus principios rectores, entre los que se incluyen el de legalidad, de bien jurídico tutelado, de exclusiva incriminación de conductas, de culpabilidad,

de igualdad, de *ultima ratio* o subsidiariedad y *non bis in idem*. Para continuar se aborda el tema de los elementos positivos, como son la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, además de sus aspectos negativos.

Se aprecian cuestiones dogmáticas sobre el delito de lesiones en México, así como las causas de atipicidad y de justificación; desprendiéndose dos tipos de atipicidad, la denominada absoluta que implica una ausencia total del tipo penal y la relativa que es generada por la falta de algún elemento requerido por el tipo referido. Otro aspecto a tratar es el relativo a las causas de justificación, que anulan la antijuridicidad de la conducta típica realizada por el sujeto activo, entre las cuales tenemos a la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber y en donde también hemos ubicado, solo siguiendo el orden en que se encuentra regulado en los códigos penales analizados, al consentimiento del ofendido o legitimado para otorgarlo.

De igual manera, es importante abordar cuestiones relacionadas con la regulación del delito, las lesiones y el consentimiento del ofendido en nuestro país a la luz de los códigos penales federal y para el Distrito Federal, siempre apreciando los criterios sustentados por los Tribunales de la Federación, a efecto de llegar a conocer la forma en que se puedan llegar a resolver casos prácticos generados en el ámbito de la actividad profesional del médico y específicamente en tratándose de los daños o alteraciones o daños a la integridad corporal de las personas generados por las intervenciones quirúrgicas de diversa índole. En ese orden de ideas, nos ilustra enormemente realizar el comparativo de las legislaciones de países cuyos teóricos han profundizado en la teoría del delito y en el tema, como son Alemania y España.

Asimismo se analiza la problemática actual en nuestro país en torno al consentimiento del ofendido, señalando aspectos jurídico-filosóficos

relacionados con las teorías que han pretendido explicar satisfactoriamente el tema del consentimiento del ofendido, como son las denominadas unitaria y diferenciadora; sin pasar por desapercibidas las características diametralmente opuestas que guarda con el perdón del ofendido y los efectos jurídicos que posee en relación al delito. Como último punto hacemos énfasis en el aspecto práctico de la presente investigación al señalar lo relativo a las lesiones médico quirúrgicas, en donde pretendemos proporcionar la mejor respuesta al tema, siempre tomando en cuenta la realidad que se vive en México.

Finalmente, expresamos nuestro más sincero agradecimiento, admiración y respeto a mis padres que en paz descansen, a mis hijos Sergio y Fernanda, a mi esposa Fabiola Gloria, así como a mis maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, quienes nos han formado y acompañado a lo largo de la vida, ya que todos ellos contribuyeron directa e indirectamente a la elaboración de la presente tesis de grado y también son creadores de las líneas escritas.



## CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

### 1. Principios rectores del Derecho Penal.

En México se ha sostenido, desde hace ya muchos años, la idea de que rige un Estado de Derecho sustentado en principios como el denominado de legalidad, según el cual, las autoridades solamente pueden hacer lo que les está expresamente permitido.

El punto de partida de la ley penal mexicana se halla en la Constitución, misma que ha recogido postulados del individualismo jurídico, según el cual la persona física es el centro y la razón de ser tanto del conjunto de leyes emitidas válidamente, como del Estado en general. Por ende, los principios rectores del derecho penal que de ella emanan, tienen como finalidad lograr seguridad jurídica para los ciudadanos, respecto de los actos de autoridad que puedan constituir privación o molestia.

En este sentido, debemos advertir que el Derecho Penal moderno en nuestro país tiene que reconocer la pluralidad cultural y la complejidad de nuestra realidad social, lo que solamente es posible ajustando el orden jurídico a los principios del Estado social y democrático. En consecuencia, sin perder de vista los imperativos constitucionales, el Derecho Penal en México debe estar sustentado en dichos principios, que a saber son: de legalidad, de bien jurídico tutelado, de exclusiva incriminación de conductas, de culpabilidad, de igualdad, *ultima ratio* y de *non bis in idem*, mismos que a continuación abordaremos.

## 1.1 Principio de legalidad.

Como el principal de los principios asegurados por el moderno derecho penal que algunos autores han denominado liberal e incluso humanista, encontramos el denominado de legalidad. Este ha sido el resultado de una reacción de finales del siglo XVIII en contra de la justicia arbitraria, en la cual a criterio del monarca se generaban delitos y sanciones, sin norma penal preexistente al hecho.

El germen del principio de legalidad en nuestra materia lo estableció Cesare Beccaria cuando indicó que ***solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social***, de lo que se desprende que el juez será quien aplique la ley y al Ejecutivo le está vedada la facultad de emitir leyes y juzgar los delitos. Otro antecedente del principio en comento, lo encontramos en el pensamiento de Feuerbach, de quien proviene la formula ***nullum crimen, nulla poena sine lege*** y de la que derivan tres principios: la imposición de cada pena supone una ley anterior, la imposición de una pena está condicionada a la realización de la conducta prohibida y la conducta está prohibida legalmente cuando existe una ley que ordena imponer una pena a quien la realice.<sup>1</sup>

En México, el principio de legalidad fue reconocido desde la Constitución de Apatzingan de 1814 y a partir de la Constitución de 1917 se sustenta en cuatro ideas rectoras que son: exclusividad de la ley como fundamento del delito; mandato de certeza jurídica; prohibición de analogía in *malam partem* y prohibición de retroactividad. Cabe señalar que además este principio da lugar a

---

<sup>1</sup> DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. 2ª edición. Porrúa. México 2004. p. 57

cuatro garantías individuales de carácter procesal que son: Garantía Criminal, según la cual una conducta solo es delictiva cuando está descrita como tal en una ley penal; Garantía Penal, la cual se refiere a que el mínimo y el máximo de la pena a imponer deberán estar previstos en una ley previa a la comisión del delito; Garantía Jurisdiccional, que implica la facultad del Juez para determinar la pena a imponer por la comisión del delito, y Garantía del debido proceso penal, que versa sobre la prohibición de sancionar penalmente sin la previa celebración de un procedimiento en el que se hayan cumplido todas las formalidades previstas en la ley.<sup>2</sup>

Para Ignacio Burgoa, la garantía que mayor protección imparte al gobernado es la de legalidad, cuya eficacia jurídica reside en el hecho de ser el protector de todo el sistema de derecho objetivo en México, desde la Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso. La garantía de legalidad, implicada en la primera parte del artículo 16 Constitucional, condiciona a los actos de autoridad para que cumplan con la debida fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento; lo cual implica que dichos actos estén basados en una disposición normativa general y, por otra parte la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad respecto del caso concreto a la hipótesis normativa.<sup>3</sup>

A ese respecto, Antonio Berchermann Arizpe nos indica que:

“...el principio de legalidad cumple una función político criminal y jurídica muy importante para limitar el poder punitivo del Estado. Y esa función primero se ha de manifestar a través de la clara especificación previa de la ley de los contenidos al tipo penal de

---

<sup>2</sup> Véase Ibidem. pp. 57 y 58

<sup>3</sup> Véase BURGOA O., Ignacio. Las Garantías Individuales. 40ª edición. Porrúa. México 2008. pp. 601 a 604

cada delito. Así como de los supuestos adicionales de los que se deducen los demás presupuestos o categorías para la punibilidad —también llamados elementos del delito—, en especial de la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad.”<sup>4</sup>

La trascendencia de este principio, es clara si tomamos en cuenta que su ausencia implicaría para los gobernados estar a expensas del establecimiento de conductas delictivas de manera unilateral y subjetiva por parte de las autoridades, que de acuerdo a las circunstancias que se viven en la actualidad, pudieran ser el resultado de situaciones extrajurídicas con trasfondos económicos, políticos o simplemente discriminatorios por razones de raza, ideología o condición social.

### **Exclusividad de la ley como fundamento del delito.**

Para que una norma penal adquiera validez debe cumplir con los diferentes etapas del proceso legislativo, lo cual implica el reconocimiento de la ley como única fuente del derecho penal (*lex scripta*); derivándose de ello la prohibición de incriminar conductas o incrementar penas utilizando como fundamento los usos y costumbres sociales que no estén dispuestas en la ley; en otros términos diremos que aunque la sociedad considere muy reprochable una conducta, ésta solo podrá ser sancionada penalmente hasta que una ley de ésta materia así lo establezca. Al respecto Enrique Díaz Aranda señala que lo que sí está permitido es acudir a los usos y costumbres cuando sólo sea para aclarar o determinar alguno de los elementos descritos en la ley penal.<sup>5</sup>

Antonio Berchermann Arizpe señala:

---

<sup>4</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Porrúa. México 2004. p. 217

<sup>5</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ob cit. p. 60

“...En el contexto anterior la función político-criminal y jurídica del principio de legalidad estricta en los delitos y las penas se manifiesta en dos vertientes: La vertiente formal y la vertiente material. La primera se expresa en el sentido de que la ley es la única fuente de las normas penales (ley escrita). Y la segunda adquiere sentido en cuanto a las características que las mismas normas penales han de reunir en la ley para garantizar la certeza de sus contenidos (ley cierta).”<sup>6</sup>

Para entender mejor esas dos vertientes, debemos precisar que cuando el Código Penal Federal señala en su artículo 7º que ***delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales***, se está refiriendo precisamente a la formal en cuanto a que sólo las normas penales son las que determinan cuando un acto u omisión se considerará como delictiva y también, respecto a la vertiente material, se infiere que solo las leyes penales que cumplan cabalmente con el procedimiento legislativo, serán las que determinen las circunstancias y condiciones bajo las cuales un acto u omisión es delito.

### **Mandato de certeza jurídica.**

Bajo este encontramos la denominada ***seguridad jurídica, mandato de concreción o garantía de taxatividad***, que aplicado al derecho penal supone el conocimiento claro y seguro de sus normas. En ese sentido, corresponde al legislador crear disposiciones penales que sean *entendibles a los destinatarios* a efecto de que sean suficientes para evitar las conductas, lo que únicamente se conseguirá si describen claramente las características de la conducta prohibida, el bien jurídico protegido y la sanción a imponer.

---

<sup>6</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 217

Asimismo, es necesaria la producción de leyes penales que permitan a cualquier ciudadano comprender el sentido de la prohibición, pues cuando la conducta descrita en el tipo penal y la pena son fácilmente identificables se garantiza la certeza jurídica y se materializa el principio de legalidad, al limitarse el uso arbitrario del poder del Estado. Verbigracia, cualquier ciudadano que lea el tipo penal de homicidio previsto en el artículo 123 del código penal para el Distrito Federal, entiende claramente la prohibición de privar de la vida a otro y que la pena mínima aplicable será de ocho años y la máxima de veinte.

Resulta obligatorio, en este rubro, hablar de las leyes o normas penales en blanco, que se caracterizan por remitir a determinadas normas contenidas en otra ley para que juntas contemplen el núcleo de la prohibición y que para muchos autores contravienen el principio que se comenta, sin embargo no podemos generalizar, ya que una vez establecida con claridad la conducta prohibida y la pena a imponer, entonces es posible que reúnan la certeza requerida.

Enrique Bacigalupo nos indica que “Con relación a las leyes penales en blanco, el problema de la seguridad jurídica adquiere especial significación, toda vez que el ciudadano no tenga una clara referencia sobre la norma complementaria de la ley penal”.<sup>7</sup>

Por su parte, Antonio Berchermann Arizpe, al abordar el tema precisa que:

“Los tipos abiertos se asemejan a los tipos en blanco, en que tan en uno como en otros el tipo estaría incorrectamente formulado.

---

<sup>7</sup> BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Hamurabi Editor. Buenos Aires 1999. p. 67

Más los tipos en blanco se diferencian de los abiertos, en que en aquellos su contenido está trunco, mientras que en los tipos abiertos tal contenido es difuso o vago. Por lo tanto, mientras es posible que los tipos en blanco se completen por otra norma a la cual el tipo reenvía. En la mayoría de los casos ello no es viable en los tipos abiertos, en los que es el juez—y no ya la ley—quien valora cual ha de ser el aforo regulativo del tipo penal que vendrá a definir la materia de prohibición penal...”<sup>8</sup>

Aunado a lo anterior, nos parece que Eugenio Raúl Zaffaroni, pone en evidencia las verdaderas dimensiones de los problemas que los tipos penales en blanco han generado al expresar que cuando se teorizó sobre ellos eran muy pocos e insignificantes, pero hoy su producción es enorme y tiende a superar a las otras leyes penales, como producto de la banalización y administrativización de la ley en la materia. Por ende, la masividad provoca un cambio cualitativo que consiste en que a través de las leyes penales en blanco el legislador está renunciando a su función programadora de criminalización primaria, que la transfiere a funcionarios y órganos del poder ejecutivo y, al mismo tiempo, está incurriendo en el abandono de la cláusula *ultima ratio*, propia de un Estado de Derecho.<sup>9</sup>

Un ejemplo de los tipos penales en blanco, lo tenemos en los dispuesto por el artículo 131 del código penal para el Distrito Federal, cuando señala que “A quien cause lesiones a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, se le aumentará en una mitad la pena que corresponda, según las lesiones inferidas”, ya que definitivamente nos está remitiendo a las

---

<sup>8</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 218

<sup>9</sup> Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. 2ª edición. Ediar. Buenos Aires 2002. p. 116

penalidades previstas por el artículo 130 del mismo ordenamiento a efecto de saber la pena exacta. En cambio, para ilustrar lo relativo a los tipos abiertos, podemos mencionar el caso de la culpa a que se refiere el artículo 18 de ese ordenamiento legal cuando señala que ***obra culposamente el que produce el resultado típico que no previo siendo previsible***, en virtud de que una cantidad infinita de supuestos pueden situarse en esa hipótesis, como cuando una persona conduce un vehículo a exceso de velocidad y no prevé que pueda salir de una calle un niño corriendo, o cuando un médico no prevé que al paciente de una intervención quirúrgica le pueda hacer falta una transfusión sanguínea, etc.

### **Prohibición de analogía in *malam partem*.**

A pesar del mandato de certeza jurídica que impone al legislador la necesidad de describir en la ley todas y cada una de las particularidades de la conducta prohibida, sería imposible abarcar todos los supuestos que se presentan en la realidad, por lo que resulta oportuno realizar una interpretación del sentido del texto de la ley, para determinar con precisión lo prohibido por el legislador a través de las normas penales. Al respecto Díaz Aranda indica que la interpretación está permitida solo si se mantiene dentro de los límites del “sentido del texto de la ley”, es decir, la interpretación debe ser acorde con el posible sentido y significado de las palabras; para lo cual serán de gran utilidad los antecedentes históricos de la norma, su función sistemática y su finalidad.<sup>10</sup>

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, la máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*; por la cual debemos entender a la que integra la ley extendiendo su punibilidad. A diferencia de ésta, la analogía *in bonam partem*, es la que restringe más allá de la letra de la ley. La

---

<sup>10</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ob cit. p. 66



primera está totalmente proscripta, mientras que la segunda es admisible siempre que no sea arbitraria.<sup>11</sup>

Para entender mejor lo anterior, es indispensable señalar que la analogía es uno de los medios de integración de la ley, misma que consiste en aplicar una norma jurídica referente a un caso en concreto, a otro semejante no regulado en la ley. Por ende, la analogía exige:

- Un precepto jurídico referido a un caso concreto.
- Un caso no regulado, y
- Semejanza entre el caso no regulado y el previsto por la ley.

Sobre el tema de la analogía, Maurach, quien señala que:

“la analogía de derecho, que por su esencia encierra una gran inseguridad [...] no tiene razón de ser en el derecho penal, que en mayor medida a las restantes ramas del derecho debe procurar claridad en sus fronteras y seguridad jurídica. La analogía de ley, por el contrario, está admitida en la parte general sin limitación alguna [...] y en la parte especial en tanto no resulte perjudicado el autor.”<sup>12</sup>

A mayor abundamiento, es oportuno citar a Carlos Fontan Balestra, quien nos dice

---

<sup>11</sup> Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Ob cit. p. 118

<sup>12</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, I. Editorial Ariel. Barcelona 1962. p. 117

“En lo penal, la analogía ofrece un enfoque distinto que en el resto de los sectores del orden jurídico; mientras que en éstos se persigue resolver los conflictos jurídicos mediante la aplicación de las normas que contemplan situaciones análogas o semejantes, en el orden penal lo que se hace es sancionar como delitos hechos no descriptos por la ley, sobre la base de una extensión extralegal de lo ilícito penal: se crean delitos”<sup>13</sup>

Por otra parte, Octavio Alberto Orellana Wiarco refiere que la analogía consiste en el procedimiento que se puede emplear para resolver un caso concreto que no tiene una exacta solución en la ley, acudiendo para ello a un caso semejante que sí está previsto en la ley. Asimismo la clasifica **analogía legis**, cuando de la propia ley se extrae la disposición semejante al caso concreto por resolver; y en **analogía iuris**, cuando del ordenamiento jurídico en su conjunto o sistema se obtienen los elementos para resolver el caso que presenta evidentes semejanzas, en este último caso se puede acudir a los principios generales del derecho.

Asimismo, señala que en materia penal en México está prohibida por la Constitución la aplicación analógica, negando la posibilidad de crear tipo o penas que no se encuentren previstos en ley, lo cual constituiría una analogía denominada **in malam partem**. En cuanto a la analogía **in bonam partem**, se permite siempre que sea a favor del inculpado de una conducta delictiva, en donde encontramos como ejemplo típico las causas de justificación extralegales o supralegales, como cuando se llegó a aceptar el error de derecho.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> FONTAN Balestra, Carlos. Derecho Penal. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. p. 120

<sup>14</sup> Véase ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. 4ª edición. Porrúa. México 2008. pp. 94 y 95.

En consecuencia, la interpretación de la ley no debe cubrir las llamadas *lagunas legales*, para sancionar hechos o imponer penas no previstas en el texto de la norma, aunque éstos sean muy parecidos o análogos a otros sí prescritos.

En este sentido, de acuerdo al artículo 14 constitucional párrafo tercero, en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; lo cual implica la imposibilidad de integrar la ley penal en lo referente al delito y a la pena en estricto cumplimiento al principio de reserva que establece dicha disposición; motivo suficiente para que la doctrina predominante haya considerado que en las disposiciones penales que se refieren al delito y a la sanción no existen lagunas.

Por tal motivo Celestino Porte Petit nos indica:

“el ordenamiento penal está constituido por un conjunto de normas, las cuales se dividen en dos clases: en sentido amplio y en sentido estricto. En este último sentido está considerada la norma penal, abarcando el precepto y la sanción, y en sentido amplio, cualquier precepto del restante ordenamiento jurídico penal. Nadie Puede afirmar la existencia de lagunas con relación a las normas penales en sentido estricto, puesto que el principio de legalidad o de reserva lo prohíbe terminantemente. Pero como no todo el ordenamiento jurídico penal lo constituyen las normas en sentido estricto... Indudablemente que tienen que existir dichas lagunas respecto de normas que no configuren delitos o no prescriban penas.”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. 21ª edición. Porrúa. México 2007. p. 126

Lo cual se corrobora con el criterio de Gustavo Malo Camacho, quien refiere “nos parece que en la medida en que no se varíe el contenido y alcance de la norma penal, en sentido estricto, no existe dificultad de 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.”<sup>16</sup>

A manera de ilustración, podemos mencionar como normas penales en sentido amplio, las disposiciones contenidas en el código penal para el Distrito Federal relativas a los bienes susceptibles de decomiso y el destino de los mismos, así como las de aplicación extraterritorial de dicho ordenamiento legal.

### **Prohibición de retroactividad**

Nuestra constitución federal prohíbe la retroactividad de las leyes penales en el primer párrafo del artículo 14 al indicar en su primer párrafo que: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, de lo cual se deduce que será contrario a la certeza jurídica la aplicación de una nueva ley o reforma penal para sancionar alguna conducta que estuvo permitida en el momento de su comisión; de la misma manera se prohíbe la aplicación retroactiva de la reforma que eleva la pena a imponer para un delito cometido antes de su entrada en vigor. En consecuencia la ley penal aplicable será la que se encontraba vigente al momento del hecho, siendo importante determinar el tiempo de consumación de la conducta y no así la producción del resultado, mientras que tratándose de delitos permanentes se aplicará la ley vigente en el momento de consumación del hecho.

---

<sup>16</sup> MALO Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 7ª edición. Porrúa. México 2007. p. 181

En otros términos, en la disposición constitucional en comento se admite la retroactividad de la ley ulterior si es favorable al reo, lo cual implica que aunque la norma posterior no esté vigente cuando se presentó la conducta delictiva, aquella ley posterior se retrotrae para aplicarse a una conducta anterior a su vigencia, cuando sus normas le resulten más favorables a la persona. Asimismo se desprende la ultractividad de la ley anterior, que supone la aplicación de una norma penal que dejó de tener vigencia previamente a la comisión de una conducta delictiva cuando también resulte ser más benéfica. Para el código penal para el Distrito Federal no tiene relevancia el momento en que se produzca el resultado, sino el de la realización del acto u omisión, lo cual se desprende de su artículo 1º que señala: A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al momento de su realización.

Antonio Berchermann Arizpe, considera que la única limitación para la aplicación retroactiva de la norma penal en favor del inculpado, que se desprende del artículo 14 constitucional, la encontramos en el supuesto en que afecte a un tercero. Por ejemplo, si la ley ulterior exige la querrela para un delito que antes se perseguía de oficio, no sería aceptable alegar la extinción de la acción penal, porque antes de la norma la querrela no se formuló Oportunamente; ya que la querrela es un derecho potestativo del ofendido que solo puede precluir por su no ejercicio, más no antes de que el mismo exista, si es que se quiere respetar el derecho del ofendido de no resentir afectación alguna por la aplicación retroactiva de la ley, ya que se trasgrediría el artículo constitucional de referencia, cuando bajo el argumento de aplicar retroactivamente la ley en favor del inculpado, se perjudique al ofendido.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 268

A ese respecto, los tribunales de la federación han sustentado el siguiente criterio jurisprudencial:

**RETROACTIVIDAD DE LA LEY SUSTANTIVA PENAL. REFORMAS LEGALES SUPERVENIENTES EN EL PROCEDIMIENTO. ES CORRECTA LA APLICACION DE ESTAS CUANDO SE PRODUCE EN BENEFICIO DEL INTERESADO Y SIN AFECTAR DERECHO DE TERCERO.**

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado a contrario sensu, es correcto aplicar retroactivamente una ley cuando este proceder beneficia al interesado, siempre y cuando no pueda afectar el interés jurídico de tercero. Por ende, debe considerarse que en los casos en que un determinado acto o hecho se haya producido durante la vigencia de una determinada ley y que la legalidad de éste o de sus efectos deba ser determinada cuando son otras diversas las normas legales que le son aplicables, el juzgador debe aplicar las normas que resulten ser más favorables al interesado, siempre y cuando se dé satisfacción a la condición mencionada. En consecuencia, teniendo en consideración: 1o. Que la observancia de las reformas legales debe ser inmediata en cualquier instancia, aun en el juicio de garantías, dada la naturaleza misma que les corresponde, pues no puede dudarse que la sociedad está interesada en que los actos de aplicación de la ley se refieran a las normas en vigor y no a aquellas que ya no tienen fuerza obligatoria, a pesar de que bajo su vigencia se haya producido el acto o hecho jurídico que es materia del juicio, y, además, porque por encima de la determinación de abrogar una ley o de derogar o modificar determinados preceptos, está el interés público en que dicha ley o normas dejen de ser aplicadas; 2o. Que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 77, fracción II, de la Ley de Amparo, la sentencia constitucional debe referirse concretamente a los fundamentos legales que determinan el sentido de la resolución, lo que se traduce en la expresión clara y específica de las normas legales que son aplicables al caso; y, por último, 3o. Que resolver en el juicio de amparo, que es constitucional un determinado acto de autoridad, porque satisface las exigencias que establecen los preceptos legales que lo regían en la fecha en que se produjo, sin analizar el contenido de las nuevas

normas legales que le son exactamente aplicables, se traduciría en: a) No respetar la garantía consagrada por el artículo 14, primer párrafo, de nuestra Constitución Política, al disponer, a contrario sensu, que es correcto dar efecto retroactivo a las leyes cuando esto beneficia al interesado y no perjudica derecho de tercero; b) Aplicar una ley que no es vigente y, por ende, juzgar un acto de autoridad con base en normas que no le son aplicables; c) Desatender la voluntad del legislador, y, por tanto, la voluntad democrática del pueblo expresada a través de los órganos competentes, que determinó abrogar la ley o derogar o modificar los preceptos legales correspondientes, evidentemente por considerar que son las nuevas normas legales, y no las de anterior vigencia, las que deben de regir al acto reclamado; y d) Afectación ilegal directa al quejoso, pues se declararía que es constitucional el acto de autoridad que le afecta, a pesar de que en la fecha en que se dicta esa determinación es ostensible que las normas que determinan la legalidad de dicho acto son otras diversas cuyo contenido puede, acaso, ser exactamente opuesto al que se fija en las normas aplicadas. Debe concluirse que, en el juicio de amparo, cuando dentro del período que se comprende de la fecha en que se produce el acto reclamado a aquella que corresponde el día en que se resuelve definitivamente sobre su legalidad, entran en vigor reformas legales que benefician al quejoso al modificar su situación jurídica frente al acto que impugna, la constitucionalidad de éste debe ser analizada a la luz de las disposiciones que más beneficios generan o que menos perjuicios producen al que se dice agraviado, en la medida en que tal actuación se lleve a cabo sin afectar derechos de tercero.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo en revisión 136/93. Luis Fernando Leal Beltrán. 8 de septiembre de 1993.  
Unanimidad de votos.

Amparo directo 323/93. José Luis Cuevas Martínez. 10 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 351/93. Felipe Gómez Rodríguez. 17 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 345/93. Rubén Peña Tapia. 1o. de diciembre de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 380/93. Jesús Morales Ortiz. 1o. de diciembre de 1993. Unanimidad de votos.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 448. Tesis de Jurisprudencia.

Así observamos, que la prohibición de retroactividad incluye todas las normas penales, ya sean de la parte general o bien, de la parte especial, que incriminen nuevas conductas, amplían la materia de prohibición, agravan la pena y/o introducen nuevas consecuencias jurídicas. Finalmente, es oportuno aclarar que la retroactividad en beneficio del inculpado la encontramos en los supuestos de supresión de tipo, reconocimiento de nuevas causas de justificación y disminución de la pena, lo cual se fundamenta así: cuando el legislador deja de proteger un bien jurídico, es porque ha perdido la relevancia social suficiente que justifique su protección por el Derecho Penal.

En ese orden de ideas Octavio Alberto Orellana indica que

“...si el legislador al derogar una ley penal está considerando que el bien jurídico tutelado por la ley derogada ya no responde a las necesidades sociales, o se puede proteger con otras



medidas menos severas, no existe razón alguna para que prosiga un proceso o se aplique una sentencia, a conductas que han dejado de ser delictivas o que no lo son en la medida que inicialmente se les concibió.”<sup>18</sup>

## 1.2 Principio de bien jurídico tutelado.

Existen muchas nociones sobre el bien jurídico tutelado, sin embargo, coincidimos con Díaz Aranda cuando indica que tiene un fundamento sociológico, porque su determinación cambia de acuerdo a cada sociedad, así como al lugar y momento, teniendo como finalidad otorgar a los individuos integrantes posibilidades de desarrollo y realización personal dentro del sistema. Así vemos que existen bienes que han sido reconocidos por toda la sociedad a lo largo de la historia, como son la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad. Un claro ejemplo lo encontramos en el caso del homicidio calificado que tiene una pena máxima en México (según el código penal federal) de 70 años de prisión, mientras que Alemania puede alcanzar la cadena perpetua.<sup>19</sup> En ese orden de ideas el bien jurídico posee un carácter dinámico y puede variar su contenido, pues en ocasiones la sociedad deprecia valores que antes consideró fundamentales.

Para Gustavo Malo Camacho, el contenido de este principio supone otro límite a la potestad punitiva del Estado y se enuncia como *principio de lesividad*, en virtud de que no pueden existir comportamientos previstos en la ley penal como delitos, si los mismos no implican una lesión o puesta en peligro a un bien jurídico, haciéndose alusión a ello con la locución latina ***nullum crimen sine***

---

<sup>18</sup> ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. pp. 121 y 122

<sup>19</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ob. cit. pp. 78 y 79

***injuria***. Así vemos, que no es posible entender el contenido de la norma jurídico penal si no es en función de la protección de bienes jurídicos.<sup>20</sup>

Aunado a ello, el autor ya citado Berchermann Arizpe, afirma que sólo es pertinente que se considere la posibilidad de punir cuando sea ineludible que se prevenga el grave daño o el peligro a los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en sociedad, y sólo bajo esas bases lograr la justicia en el marco de una existencia social pacífica cuyo fin sea el promover la socialización responsable con respecto a la dignidad humana. Por tal motivo, se debe abandonar la conminación penal cuando no exista esa necesidad por la ausencia de lesividad significativa a un bien jurídico esencial para el desarrollo personal en sociedad, o bien, cuando el menoscabo se pueda atender con medidas menos severas que las específicamente penales.<sup>21</sup>

Otro aspecto importante en relación al bien jurídico, radica en su característica abstracta, pues no siempre recae sobre algo material, sino que en ocasiones consiste en entes como son los valores. Por lo que, debemos distinguirlo con relación al objeto sobre el cual recae la conducta delictiva, ya que el bien jurídico se sustenta en un bien conceptual que se materializa en el objeto referido. Así, por ejemplo, en el delito de homicidio resulta claro que el objeto material se encuentra constituido por el cuerpo de la víctima, mientras que el bien jurídicamente tutelado es la vida.

Esta diferenciación no solo es útil para aspectos de la tipicidad, sino para el establecimiento de la pena a imponer, ya que el juez al individualizar la pena tomará en cuenta la magnitud del daño causado al bien jurídico o el peligro en

---

<sup>20</sup> Véase MALO Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ob. cit. p. 101

<sup>21</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 127

que este fue colocado. El principio en comento también supone la protección fragmentaria del bien jurídico, que debe ser entendida como la necesidad de solamente aplicar la pena cuando sea lesionado o puesto en peligro, en forma grave, dicho bien. Por ejemplo, en tratándose de delitos de lesión al bien jurídico es clara la necesidad de imposición de la pena, sin embargo cuando solo se pone el peligro, como los supuestos de tentativa, el Estado se adelanta también para sancionar; sin embargo, la pena prevista deberá ser menor a la del delito consumado.

### **1.3 Principio de exclusiva incriminación de conductas.**

Este principio fundamental del Derecho Penal, nos proporciona una directriz para solamente incriminar las conductas previstas por la ley, rechazando la posibilidad de sancionar penalmente a un ciudadano por su personalidad, características, peculiaridades o circunstancias sociales; en tal sentido indica Enrique Díaz Aranda: el Derecho Penal solo debe sancionar al sujeto **por lo que hace** y no **por quien es**; por ello Claus Roxin, habla de “derecho penal de acto” y “derecho penal de autor”, respectivamente.<sup>22</sup>

En esa tesitura Günter Stratenwert, nos dice que para la responsabilidad por el hecho, resultarán de significación todos aquellos factores que deban ser referidos al mismo nivel penal de valoración, entre los que se encuentran la forma de comisión del delito, el propósito y los motivos del autor o la existencia de una situación de coacción o necesidad; quedando fuera, por el contrario, desde el punto de vista de la culpabilidad, la vida del autor anterior al hecho y las penas sufridas, la peligrosidad y la energía delictiva, el carácter y la actitud del autor, su comportamiento con posterioridad al hecho, especialmente el revelado durante el proceso penal, es decir, su arrepentimiento y la reparación del daño

---

<sup>22</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ob. cit. p. 82

causado. Lo decisivo, en otras palabras, es la situación en la que el hecho ha sido cometido, a efecto de determinar la gravedad por la culpabilidad del hecho.<sup>23</sup>

Asimismo, Gustavo Malo Camacho señala que "...todas las formas que implican la culpabilidad de autor, por la conducción de vida o por la personalidad, implican la negación del principio de la culpabilidad por el acto y suponen todas la violación al alcance de los principios de legalidad penal y exacta aplicación de la ley penal que son de entre los principios fundamentales del derecho penal liberal y democrático para la convivencia".<sup>24</sup>

Como antecedente del Derecho Penal que la doctrina ha denominado **de autor**, entendiéndolo por tal al que indebidamente sancionaba a un ciudadano por su personalidad, características, peculiaridades o condición social, en nuestro país, encontramos los delitos de vagancia y malvivencia que se encontraban previstos en los artículos 255 y 256 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, que literalmente disponían:

*ARTÍCULO 255.- Se aplicará la sanción de tres meses a un año de relegación a los que reúnan las circunstancias siguientes:*

*I.- No dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada, y*

*II.- Tener malos antecedentes comprobados por datos de los archivos judiciales o de las oficinas policiacas de investigación. Se estimará como malos antecedentes para los efectos de este artículo ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulador y sin licencia.*

---

<sup>23</sup> Véase STRATENWERT, Günter. El futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad.cit. por GONZÁLEZ Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. 7ª edición. Porrúa. México 2004. p. 539

<sup>24</sup> MALO Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ob. cit. p. 534

*ARTÍCULO 256.- A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión, y quedarán sujetos durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía.<sup>25</sup>*

De lo cual, ahora podemos apreciar, serios atentados a las garantías constitucionales, pues sancionaban penalmente a las personas por no dedicarse a un trabajo honesto, tener malos antecedentes o por la sospecha de que se trataría de cometer un delito. Afortunadamente, esos atropellos legales motivaron al legislador para que mediante la reforma de 1984 estableciera que sólo será delito un acto o una omisión.

#### **1.4 Principio de culpabilidad.**

La palabra ***culpabilidad***, en sentido amplio se refiere al conjunto de requisitos que permiten culpar a alguien por la comisión de un delito; en sentido estricto, es una categoría del delito que supone el reproche formulado a quien se comportó contrariamente a derecho. Este principio se refiere al sentido amplio de la palabra y tiene estrecha relación con el principio de Legalidad, desde el punto de vista de que la pena solo puede ser impuesta al culpable del delito, quien es la persona a la cual se le puede atribuir el hecho.

Para Enrique Díaz Aranda, como consecuencia lógica del principio de culpabilidad surge el de ***personalidad de las penas***, según el cual nadie puede responder por delitos ajenos, lo cual encuentra fundamento constitucional en el artículo 22, que prohíbe la trascendencia de las penas; sin embargo, se ha llegado al absurdo de pensar que la imposición de la pena al delincuente es

---

<sup>25</sup> Las cursivas son del investigador

trascendente por el hecho de causar molestia o aflicción a sus familiares o terceros.<sup>26</sup> En ese sentido, consideramos que en nuestro país se ha respetado cabalmente el principio en comento, ya que mediante las sentencias la autoridad encargada de impartir justicia impone obligaciones solamente a quien resulta penalmente responsable del delito cometido.

Por otra parte, Claus Roxin considera que el concepto de culpabilidad, ha venido cumpliendo dos funciones prácticas diversas que deben de separarse estrictamente y valorarse de un modo absolutamente distinto. La primera función sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución que era entendida como la imposición de un mal adecuado a la culpabilidad del autor del hecho delictivo, lo cual supone lógicamente una culpabilidad que puede ser compensada o anulada. La segunda función de la culpabilidad, consiste en poner una limitación a la pena, es decir, limita el poder de intervención estatal, ya que el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. De lo cual se deriva que ésta segunda función no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponde a su culpabilidad. Por ende, el concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose.<sup>27</sup>

Al respecto Günter Jakobs indica que este principio garantiza dos cosas: en primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona; y en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos.

---

<sup>26</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ob. cit. pp. 84 y 85

<sup>27</sup> Véase ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Editorial Reus. Madrid 1981. pp. 42 y 43

Según el autor en cita, el hecho culpable es una configuración del mundo que pretende ser determinante en la sociedad; a través de un hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma, pero la punición pone en claro que no es así.<sup>28</sup> Desde luego, que ese objetivo ha resultado difícil de cumplirse en la práctica, pues hemos podido ser testigos que en una sociedad como la mexicana, se ha logrado quebrantar las normas penales a tal grado que la delincuencia organizada ha impuesto una verdadera forma de vida, cometiendo una infinidad de conductas contrarias a las leyes penales, bajo la protección e impunidad que les otorgan autoridades federales, estatales y municipales.

De esta manera, observamos que el principio de culpabilidad en el derecho penal constituye una verdadera característica de un Estado de Derecho, ya que por un lado, limita el poder punitivo al otorgar certidumbre jurídica al gobernado en el sentido de que se le aplicará una pena de acuerdo al grado en que se le pueda reprochar el delito cometido y por otra parte, prohíbe la aplicación de una pena al sujeto activo si no ha cometido un hecho, al menos de manera culposa, es decir, deja en claro la imposibilidad de sancionar penalmente por la pura responsabilidad objetiva; todo ello, aunado al mensaje enviado al delincuente para que se comporte de acuerdo a la norma penal o será sancionado.

Muestra de la importancia de dicha limitación al poder estatal de punir, como expresión del principio mencionado, se resalta en la reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y apartado B del 123, publicada en el Diario Oficial de la Federación del miércoles 18 de junio de 2008; ya que en lo

---

<sup>28</sup> Véase JAKOBS, Günter. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas Ediciones. Madrid 2003. p. 50

relativo al proceso penal acusatorio, señala en el artículo 20 apartado A fracción VIII, lo siguiente:

*El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.*<sup>29</sup>

Con lo cual queda evidenciada la necesidad de que el juez se allegue en el proceso penal de los elementos probatorios suficientes, para que no exista lugar a duda de que la persona a quien condena, cometió el delito que se le imputa.

### **1.5 Principio de igualdad.**

Para Ignacio Burgoa, la igualdad solamente debe tener lugar, como relación comparativa entre dos o más sujetos pertenecientes a una misma y determinada situación de derecho, la cual se consigna por el orden jurídico mediante diversas disposiciones legales, atendiendo a factores y circunstancias de índole económica, social, política o estrictamente jurídica. Por tal motivo, la igualdad tiene como centro de imputación al ser humano en cuanto tal, es decir, en su implicación de persona, prescindiendo de las diferencias que se derivan de la condición social, económica o cultural en que se encuentre o pueda encontrarse dentro de la sociedad.<sup>30</sup>

Sin demérito del punto de vista anterior, nos parece muy importante destacar el criterio de Antonio Berchelmann Arizpe, quien estima que el principio de igualdad que se desprende de los artículos 1º y 4º de la Constitución Federal, parte de la diversidad, es decir, de una situación de hecho en la que hay en

---

<sup>29</sup> Las cursivas son del investigador

<sup>30</sup> Véase BURGOA O., Ignacio. Las Garantías Individuales. Ob cit. pp. 254 a 256



parte igualdad y en parte diferencias, mismas que se traducirían en desventajas si la ley no introdujere mecanismos de compensación. La diversidad se contrapone a la homogeneidad, a la identidad, pero no a la igualdad; por ende, igualdad significa que los diferentes deben ser tratados de forma diferenciada, con el único objetivo de que sea garantizada su igualdad.<sup>31</sup>

Derivado de lo que ha quedado indicado, la igualdad se puede practicar cuando las partes tienen las mismas condiciones sociales, económicas y culturales; sin embargo, eso resulta imposible de considerar en México, ya que su población tiene grandes diferencias entre personas ricas y pobres, así como aspectos étnicos y culturales. Por ello, el Estado debe utilizar sus instituciones para equilibrar las relaciones entre las clases desfavorecidas y las privilegiadas. En este sentido, resulta necesario que el derecho penal prevea esas circunstancias que marcan las desigualdades, a efecto de que se llegue a obtener una verdadera justicia que en nuestro país se encuentra tan abandonada por los intereses económicos o políticos.

A ese respecto, Díaz Aranda señala que “La importancia del reconocimiento de una imparición de justicia penal conforme al Estado social y democrático de derecho dispuesto por nuestra Constitución se ha visto confirmada en nuestras reformas al Código Penal Federal, en particular la de 1984, siendo un ejemplo relevante el reconocimiento del error de prohibición invencible”<sup>32</sup>, mismo que abordaremos en este mismo capítulo como un aspecto negativo de la conciencia de antijuridicidad.

---

<sup>31</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob. cit. pp. 321 a 324

<sup>32</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ob. cit. p. 86

Sin que debamos perder de vista, que no ha sido suficiente establecer legalmente las diferencias que existen en nuestro país, a efecto de lograr el equilibrio mencionado, ya que esto debe ser robustecido con la formación de instituciones sólidas que verdaderamente lleven a la práctica la igualdad de los gobernados, debido a que muchas veces las leyes protectoras de las clases sociales más débiles, son literalmente letra muerta. Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la garantía de igualdad prevista en el artículo 1º de la Constitución Federal, que dispone el goce a todo individuo de las garantías que otorga dicha norma fundamental, las cuales no podrán ser restringidas ni suspendidas sino en los casos y condiciones que ella misma establece; sin embargo esto sigue siendo en la actualidad utópico y ha quedado evidenciada su violación sistemáticamente con las diversas recomendaciones que las comisiones protectoras de derechos humanos dirigen día con día a las autoridades encargadas de la seguridad pública y procuración de justicia.

#### **1.6 Principio de *ultima ratio* o subsidiariedad.**

Se habla del principio *ultima ratio* porque el derecho penal debe ser considerado como el último medio empleado en la protección de los bienes jurídicos, ya que existen otros que deben ser preferidos.

Es importante no perder de vista que el bienestar generado por el Estado ha de garantizarse por medidas dirigidas a prevenir conductas que atenten contra los bienes que permiten al particular su desarrollo y participación en el sistema social; para lo cual se requiere una policía eficaz, así como un esquema integral de sanciones económicas y administrativas que sea suficiente para sancionar a las personas que atenten contra dichos bienes y, lo más importante es, que sirva de intimidación para los que eventualmente pretendan generar conductas contrarias al orden jurídico.

Desde luego, que cuando los medios con los que cuenta el Estado no han sido suficientes para lograr los objetivos indicados, entonces resulta necesario hacer un análisis profundo para conocer si el fracaso se debió al mal funcionamiento de los órganos encargados de las funciones policiacas o a los servidores públicos encargados de la procuración y administración de justicia; para finalmente proceder a la reestructuración y mejoramiento del área donde radica el problema.

Como una muestra del fracaso de la actividad de las instituciones de procuración y administración de justicia penal, encontramos las estadísticas arrojadas por una investigación del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, según la cual México es el líder mundial en la comisión del delito de secuestro y extorsiones telefónicas, con un promedio de 18 diarios, pero lo más sorprendente es que de ellos solamente dos se denuncian ante las autoridades; asimismo señala el estudio realizado, que existe gran vulnerabilidad en las Unidades Especializadas en Combate al Secuestro en 16 Entidades Federativas del país y en otras 14 que se encuentran en proceso de integración, ya que de 424 servidores públicos de las Procuradurías evaluados, el 50% reprobó los exámenes de control de confianza, 9% no se presentó a la evaluación programada y solo 18% fueron considerados aptos<sup>33</sup>.

No obstante ello, cuando todos los medios empleados por el Estado funcionan adecuadamente, pero resultan insuficientes para proteger el bien jurídico de conductas que lo afectan en forma grave, estaría justificado recurrir al Derecho Penal como último recurso para sancionar las acciones, lato sensu, que lesionan o ponen en peligro los bienes fundamentales de la sociedad.

---

<sup>33</sup> Véase DAMIAN, Fernando y Daniel Venegas. "México, líder en secuestros con 18 diarios". *Milenio*, página 4, sección Información General. 4 de junio del año 2009

Desafortunadamente, en nuestro país hemos apreciado que las medidas tomadas por las autoridades para solucionar determinados problemas han sido erróneas, ya que han pensado que generando reformas a la ley penal, específicamente relacionadas con la agravación de penas, se van a solucionar problemas que tienen un origen multifactorial, como puede ser cuestiones económicas, culturales, políticas o éticas (como la corrupción).

En este mismo sentido, al comentar lo poco favorecedoras que resultaron las reformas constitucionales en materia penal del año 1993 que generaron modificaciones a los códigos de procedimientos penales en el año siguiente, así como la publicada en el diario oficial de la federación el día 18 de junio del año 2008, Carlos Barragán Salvatierra señala que a la generalidad de las personas los políticos en nuestro país les han vendido la idea de que con las reformas constitucionales y con las procesales, como por decreto, ya no habrá inseguridad. En pocas palabras, vamos a vivir en una caja de cristal transparente donde no existirá corrupción y, por lo mismo, la gente está conforme con las reformas. Sin embargo, concluye el autor en cita, la dificultad para obtener el mejor resultado de las reformas publicadas en el año 2008, la encontramos en que no se cuenta adecuada preparación de los Ministerios Públicos, Defensores y Jueces, tampoco con los locales adecuados para el desenvolvimiento de procesos orales, no hay personal para los juzgados, ni recursos y se carece de tecnología de punta.<sup>34</sup>

A la par de lo indicado, también el principio de *ultima ratio* o subsidiariedad, encuentra una fundamentación jurídica, en el Estado de Derecho donde la libertad se concibe como uno de los bienes más valiosos para la sociedad y el individuo, por lo que las autoridades deben ejercer sus facultades para

---

<sup>34</sup> Véase BARRAGAN Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. 3ª edición. Editorial Mc Graw Hill. México 2009. pp. 731 a 733

garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de disfrutar de ella. Por ende, la pena privativa de libertad debe ser el último recurso del Estado a efecto de respetar la dignidad humana. En consecuencia, de acuerdo al principio referido el derecho penal tiene el carácter de secundario, lo cual de ninguna manera le resta importancia, pero no se debe concebir como el principal medio de lucha contra el delito, sino como el último recurso.

Si por el contrario, el Estado utiliza en forma irracional su potestad punitiva creando tipos penales para prevenir conductas que podrían ser resueltas con otras medidas menos agresivas, o bien, incrementa las penas para la justificación de su lucha contra el delito, entonces estaríamos ante un Estado autoritario que no resolverá los problemas a los que se enfrenta, tal y como hemos podido apreciar sucede en nuestro país.

### **1.7 Principio de *non bis in idem*.**

Este principio deriva de la garantía prevista en el artículo 23 de la constitución federal que en lo conducente establece: "...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...", de lo cual se derivan principalmente dos consecuencias jurídicas:

- La prohibición expresa de que una misma persona sea sancionado penalmente dos o más veces por el mismo hecho, y
- Evita que los mismos hechos puedan ser valorados en su conjunto para imputar un delito y una parte de ellos sirva para imputar otro delito más, como sucedería al querer sancionar tanto la conducta principal como los medios empleados.

Para entender bien el alcance de este principio, Jesús Zamora Pierce indica que el término ***ser juzgado***, implica solamente a aquel que ha sido sometido a un proceso que termina por una sentencia ejecutoriada. A mayor abundamiento el citado autor señala que en materia penal la regla *non bis in idem* se aplica cuando en dos o más procesos, se pretende juzgar a un mismo acusado por un mismo delito.<sup>35</sup>

Al respecto, Juventino V. Castro, considera que esta garantía constitucional se opone al juzgamiento, en dos ocasiones diversas, de los mismos hechos que como delictuosos se aprecian. Por lo tanto la prohibición subsiste, aunque en el segundo proceso se tipifique o denomine a los mismos hechos en forma distinta. A mayor abundamiento, añade que se podría pensar que cuando no haya una sentencia que condene o absuelva, porque el proceso se sobreseyó y, en consecuencia, no se resolvió el fondo del asunto, no estaríamos ante la presencia del principio *non bis in idem*; sin embargo, es oportuno observar que para el caso del sobreseimiento, el artículo 304 del código federal de procedimientos penales, sí le da el valor jurídico de una sentencia absolutoria, con el peso de cosa juzgada, por tanto el procesado jamás podrá ser nuevamente juzgado por los mismos hechos que motivaron el enjuiciamiento, sea cual fuere la denominación técnica del delito.<sup>36</sup>

En ese sentido, Ignacio Burgoa señala que

“sólo cuando se haya pronunciado en un juicio penal una sentencia ejecutoriada en los términos establecidos por los ordenamientos penales procesales, o una resolución que tenga la

---

<sup>35</sup> Véase ZAMORA Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 13ª edición. Porrúa. México 2006. pp. 363 a 365

<sup>36</sup> Véase CASTRO. Juventino v. Garantías y Amparo. 12ª edición. Porrúa. México 2002. pp. 308 y 309

misma eficacia jurídica (auto de sobreseimiento de la causa), no puede ser nuevamente enjuiciado por el delito que haya motivado el acto jurisdiccional ejecutorio definitivo”.<sup>37</sup>

Finalmente, observamos que también este principio prohíbe incrementar la pena aplicando una agravante que ya se encuentra prevista en el tipo básico o en otra agravante; como por ejemplo, en el caso del delito de robo cometido en casa habitación en el Distrito Federal y que además el juzgador pretenda aplicar la agravante de haberse cometido en lugar cerrado, por haberse perpetrado el hecho en ausencia de los moradores, pues la primera agravante ya tutela la inviolabilidad del lugar, por lo que aumentar la pena de prisión a los probables responsables, viola el principio de referencia.

---

<sup>37</sup> BURGOA O., Ignacio. Las Garantías Individuales. Ob cit. p. 668

## **2 Conceptualización del delito.**

A partir de la Revolución Francesa, los pensadores tomaron a la ley como un marco de referencia que tiene que ser respetado una vez que ha cumplido con los pasos establecidos por la norma fundamental de cada país, ya que constituye una manifestación del pueblo a través de sus legisladores, siendo este el motivo por el que ninguna otra institución estatal puede emitir una ley o transformarla.

No obstante ello, si realizáramos una aplicación mecánica del texto de la ley en nuestra materia, no sabríamos en muchas ocasiones, si el hecho que pretendemos analizar es constitutivo de delito o no, ya que es imposible que una ley prevea todas y cada una de la situaciones que en la vida cotidiana se nos presentan.



Por ello, Enrique Díaz Aranda considera que solo acudiendo a los criterios del fin de la norma a que se refiere la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta (tradicionalmente denominada como teoría de la imputación objetiva al resultado), será como estaremos en posibilidad de explicar por qué la conducta de una persona no es típica y como consecuencia de ello no es delictiva, aunque tengamos una descripción que inicialmente parece abarcar un hecho determinado.

Aunado a lo anterior, la interpretación de las normas penales por su método, no sólo puede ser gramatical, sino sistemática, teleológica; sin embargo, es necesario establecer una metodología que nos señale los pasos, el orden y la forma en que se debe realizar el análisis de cada hecho en concreto, con la finalidad de que determinemos si nos encontramos ante la comisión de un delito o una conducta de otra naturaleza.

En ese orden de ideas, la función de la teoría del delito, como uno de los grandes temas del Derecho Penal, es dar respuesta satisfactoria a todas y cada una de esas interrogantes, pretendiendo analizar en forma **ordenada** y sobre todos **sistematizada** el hecho y proporcionar criterios interpretativos de las normas penales. Siendo este el motivo por el cual, ésta teoría, es considerada por diversos autores como un instrumento conceptual que sirve para lograr la aplicación racional de la ley penal al caso concreto; resaltándose la manera en que Díaz Aranda se refiere a ella, al indicar que es una creación espiritual cuya fuente de inspiración principal es la filosofía, y en esa medida no pueden emitir juicios de necesidad (verdadero o falso).<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General Ob cit. pp. 110

De esta forma, México que es un país con una tradición jurídica romano germánico canónica, ha sido seriamente influido por los cuatro grandes sistemas que han analizado la teoría del delito y que son: Clásico, Neoclásico, Finalista y Funcionalista; siendo oportuno destacar, que los cuatro han tenido como punto de coincidencia la división del delito en cuatro elementos, categorías o escalones principales que a saber son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; a los que se contraponen sus correspondientes aspectos negativos que también serán abordados en el presente apartado.

Cabe señalar que la diferencia más importante entre los sistemas se encuentra en su fundamentación filosófica, que genera una diversa interpretación de cada una de las categorías y la integración de ellas. Lo anterior pone de manifiesto la importancia de entender a cabalidad las orientaciones que cada sistema posee para saber cómo y por qué llegamos a determinadas soluciones en los casos concretos, ya que se pueden llegar a obtener conclusiones iguales o contrarias. Pues mientras el sistema clásico se apoya en una filosofía positivista que proclama que lo fundamental es el conocimiento científico a efecto de llegar a penetrar en la esencia real y material de las cosas; para el sistema finalista, se pone de manifiesto que el derecho penal mediante sus prohibiciones o mandatos protege los valores elementales de la conciencia humana de carácter ético social.

Ejemplo de ello, lo encontramos en el concepto de acción, que para el causalismo se concibe como una actividad humana cuyo proceso causal obedece a relaciones naturales de causa-efecto y para el finalismo, la acción también será actividad humana, pero dirigida conscientemente hacia un fin; por ello, el sistema clásico ubicó al dolo y a la culpa en el elemento culpabilidad, mientras que el finalismo lo incluye en la tipicidad. Sin que lo anterior signifique que los sistemas estén reñidos entre sí, pues cada uno de ellos ha pretendido

resolver y superar las fallas que el anterior ha tenido en la aplicación de la norma penal, pero desde una perspectiva cognoscitiva diversa.

Asimismo, es adecuado indicar que los logros principales y las tesis sistemáticas que dominan en la actualidad la discusión relativa a la teoría del delito se desarrollaron en Alemania durante el siglo XX; mismas que son diferentes y se pueden clasificar fundamentalmente en cuatro: Clásica, Neoclásica, Finalista y Funcionalista, las cuales mencionamos con antelación y ahora procedemos a su breve explicación.

En primer lugar, el sistema Clásico también llamado causal-psicológico fue el dominante en Europa a principios del siglo XX, sin que hasta la fecha haya perdido relevancia en nuestro país, ya que sus categorías continúan teniendo vigencia en los códigos penales de muchas entidades federativas. La tesis causal- psicologista se basó fundamentalmente en que la conducta típica y antijurídica y la culpabilidad, son la parte externa e interna, respectivamente, del delito. Derivándose de ello, que los requisitos objetivos (materiales y normativos), del hecho delictivo, pertenecían al tipo y a la antijuridicidad; mientras que la culpabilidad se concebía como un aglomerado de todos los elementos subjetivos del delito, lo que es conocido en la dogmática penal como el concepto psicológico de la culpabilidad; en esa tesitura, el dolo y la culpa se estimaban como formas psicológicas de la culpabilidad.<sup>39</sup>

El segundo de los sistemas denominado Neoclásico, postula que el injusto, es decir la conducta típica y antijurídica, no es explicable en todos los casos solamente por elementos materiales o normativos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Muestra

---

<sup>39</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob. cit. p. 363

de lo anterior, la encontramos en el delito de robo, en donde el injusto no queda demostrado solamente por el apoderamiento de la cosa ajena, sino que también es necesario al ánimo de dominio del sujeto activo. En consecuencia, la doctrina se vio obligada a reconocer los elementos objetivos del injusto y también a indicar que la culpabilidad no tiene solo elementos subjetivos, sino además normativos. Este sistema mantuvo en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva por una parte; por la otra, afirmó al dolo como una forma de culpabilidad; sin embargo, se vio obligado a reconocer ciertas excepciones y por ello buscar otra explicación para diferenciar el injusto y la culpabilidad. Esta diferencia implicó una distinta forma de valoración que afirmó que con el injusto se valora desde el punto de vista del daño social que genera y la culpabilidad se valora en relación a la reprochabilidad de la conducta del autor; en suma, el entendimiento de la culpabilidad como reprochabilidad a título de dolo o culpa, fue lo que caracterizó el concepto normativo de culpabilidad.<sup>40</sup>

En el llamado sistema Finalista, el punto de partida es un concepto de acción distinto al de las nociones señaladas con antelación y más rico en cuanto a su contenido. En ese sentido, la esencia de la acción radica en que la anticipación mental y la correspondiente selección de medios, provocará que el sujeto activo supradetermine de modo final el hecho. De lo anterior se deriva que el dolo que en los anteriores sistemas (causal-psicologista y causal normativista) se había entendido como forma de culpabilidad, ahora aparece unido a la dirección de la conducta y se considera ya un componente del tipo. En estos términos, Antonio Berchemann Arizpe, concibe el cambio como una subjetivización del injusto y, respecto a la culpabilidad una creciente objetivación y normativización, lo cual deriva en una postura totalmente opuesta al causalismo.<sup>41</sup> Ya que el dolo y la culpa dejaron de ser una forma de culpabilidad (como lo fueron en los sistemas

---

<sup>40</sup> Ibidem. pp. 363 y 364

<sup>41</sup> Idem. pp. 364 y 365

clásico y neoclásico) y en el sistema que se comenta constituyeron un elemento del tipo. Motivo por el cual, para la existencia del delito de lesiones dolosas, no será suficiente la presencia de una escoriación, sino que el sujeto activo haya tenido el conocimiento y la voluntad de producirlas.

Aproximadamente en la década de los setenta, se efectuaron en Alemania intentos por desarrollar un sistema funcional del Derecho Penal. Los partidarios de ésta orientación arrancan de la premisa que el sistema jurídico penal no se puede vincular a realidades ontológicas previas, como son la acción, causalidad o estructuras lógico-reales, sino que debe guiarse por los fines del derecho penal. Existen diversos criterios de sistematización funcionalistas, pero aquí solo comentaremos los más connotados, ya que un análisis pormenorizado de los mismos excedería los objetivos de la presente investigación.

En primer término, mencionaremos la sistematización desarrollada por Claus Roxin, que plantea un sustento bipolar político criminal de la teoría del delito: por una parte están las tensiones que provocan los afanes preventivos de las conminaciones penales y de la misma teoría de la pena y por el otro, se hallan los límites que se les enfrentan a esos afanes o anhelos y que se derivan de un Estado de Derecho, lo cual queda resuelto en un proceso dialéctico.<sup>42</sup> Por ende, para esta postura la teoría del delito se debe estructurar conforme a principios político-criminales de la teoría de los fines de la pena, aunque con fuerte vinculación a ciertos principios del finalismo, en tanto que ambos se conciben como fines del Estado de Derecho y sujetos a los límites que aquel impone. A mayor profundidad, Claus Roxin alude a las dos piezas centrales de ésta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, al señalar lo siguiente:

---

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. cit. por BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob. cit. p. 366

“La primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que el tipo objetivo—que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo—para las otras concepciones sistemáticas en los delitos de resultado [...] quedaba reducido en lo sustancial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas [...] Las bases técnicas para ello fueron sentadas ya hacia 1930 por el neokantismo y el neohegelianismo, pero el desarrollo dogmático de éstas ideas se quedó entonces en un estado rudimentario y volvió a caer pronto en el olvido.”<sup>43</sup>

Además agrega:

“Una segunda innovación central en el sistema racional final o teleológico en la forma aquí definida lo constituye la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad, en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal [...], de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Esa ensambladura de

---

<sup>43</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Traducción Diego-Manuel Luzón Peña et al. Editorial Civitas. Madrid 1997. pp. 203 y 204

la categoría tradicional de la culpabilidad con las finalidades preventivas, importante para nuestras cuestiones interpretativas, es el correlato dogmático de la teoría de los fines de la pena [...], en la que asimismo la culpabilidad y la necesidad preventiva se presentan como condiciones ciertamente necesarias, pero por sí solas no suficientes, de la pena.”<sup>44</sup>

Otra visión funcionalista, la desarrolla el gran doctrinario del Derecho Penal Günter Jakobs, quien basa la misión del sistema en hacer prevalecer la vigencia de la norma y define la idoneidad del mismo en atención a su función social intra-sistémica como derivación de los sistemas de control social. Su base, como consecuencia, es sociológica y como tal se independiza de los sistemas jurídicos concretos, ya que se basa en la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, quien cambia por completo la forma de comprender a la sociedad, al dejar de lado la idea de una sociedad compuesta por hombres, proponiendo que sea vista como el nivel emergente en el cual se reproducen las comunicaciones sociales. Esta tesis se emparenta con el carácter neutral que se atribuye a la dogmática en sí, por lo cual debería concretarse a examinar las normas legales vinculadas tan solo a su función en el sistema social en el que las mismas se den.<sup>45</sup>

A mayor abundamiento, se advierte que el funcionalismo jurídico-penal de Jackobs considera que el Derecho Penal se encuentra dirigido a garantizar la identidad normativa, de la constitución y de la sociedad, además de que la pena no tiene como función reparar bienes jurídicos, sino confirmar la característica normativa de la sociedad.

---

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob. cit. p. 367

Por ende, a diferencia del sistema funcional que nació con Claus Roxin, que propone un moderno sistema de Derecho Penal que se estructure teleológicamente, atendiendo a fines valorativos, este último sistema de Jakobs es neutral y solo se concreta a examinar las normas legales en cuanto a la función que cumplen en el gran sistema social.

Una tercera vertiente del funcionalismo, la desarrolla el ilustre jurispensalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien formula su tesis del Derecho Penal Reductor, precedido de otras visiones también reductoras del poder punitivo del Estado, como la de Luigi Ferrajoli. Para Zaffaroni, la sistemática conceptual del delito requiere de tres condiciones: a) debe servir para su función inmediata o práctica, que es la de facilitar la decisión de las agencias jurídicas; b) debe ser valorativa, en el sentido de que los caracteres deben surgir de la determinación de los criterios para descartar los impulsos punitivos intolerables conforme a pautas claras y dadas en cierto orden de prelación, y c) debe constituirse teleológicamente, orientada a la función contenedora del poder punitivo.

Este autor también considera que la sistemática valorativa se orienta hacia una filtración plural de las categorías del delito; pero a diferencia de Claus Roxin, quien no toma en cuenta la conducta por estimarla una categoría con consecuencias jurídico penales solamente aprovechables desde la tipicidad, Zaffaroni parte de la acción humana que por sus características y la concepción jurídica, ya implican una selección en la cual quedan atrás otras acciones que no hayan superado el filtro de la noción jurídica de aquella, para finalmente continuar con las demás categorías, elementos o escalones tradicionales del delito. Además enfila su sistema penal teleológico hacia el reforzamiento del Estado Constitucional de Derecho, sin descuidar los efectos reales, por lo que



tiende los puentes necesarios a la realidad que permiten apreciar los efectos de un hipotético poder punitivo conforme a las particularidades del caso concreto.<sup>46</sup>

## 2.1 Elementos positivos.

La Teoría del Delito avanzó a lo largo de los siglos XVIII, IXX y XX a efecto de establecer los lineamientos por los cuales una conducta podría ser considerada como delictiva o no, esperando justificar que solamente será delito aquel comportamiento humano que se adecue perfectamente en la descripción típica establecida en la ley penal por el legislador.

En ese sentido, para Octavio Alberto Orellana Wiarco, la Teoría del delito tiene como principales funciones, las siguientes:

- Permite conocer con exactitud la conducta delictiva y la pena aplicable.
- Es una garantía de que únicamente la conducta que se ubique exactamente a la ley penal podrá ser penada y que la pena no podrá exceder los límites que la propia ley establezca.<sup>47</sup>

En primer lugar, es oportuno decir que “la palabra delito deriva del verbo latino **delinquere**, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.”<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. pp. 362 a 367

<sup>47</sup> Véase ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. p. 146.

<sup>48</sup> CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 6ª edición. Porrúa. México 1971. p. 113

Por su parte, el destacado penalista italiano Francisco Carrara, en su obra denominada ***Programa de Derecho Criminal***, siguiendo los pasos de Carmagnani, definió el delito indicando que “es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. De lo cual, podemos desprender dos elementos o fuerzas: una moral y otra física. La primera para el autor citado, consiste en la voluntad inteligente del hombre, o sea el concurso de la voluntad y de la inteligencia sobre la intención, misma que si es directa dará nacimiento al dolo, pero si es indirecta generará la culpa. Respecto al elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado dañoso que puede ser efectivo o potencial.<sup>49</sup>

Siendo destacable en la obra de Carrara, que en ella ya vemos como se establecen aspectos positivos del delito como la antijuridicidad, que la sustenta en la violación a la ley, es decir a la infracción a las disposiciones penales; además la imputabilidad la sustenta en el libre albedrío; el aspecto externo positivo o negativo, o sea la acción y la omisión; el elemento moral o subjetivo que se proyecta en dolo o culpa; sin dejar de lado los aspectos negativos del delito que son materia del siguiente punto.

En otros términos, es claro que en Francisco Carrara, ya aparece el planteamiento de la consideración de que el delito es un ente jurídico que se conforma por presupuestos y elementos necesarios, que tienen fundamento en la propia ley penal; además también podremos desprender de la ley las situaciones en las cuales esos presupuestos y elementos quedarán anulados, destruidos o simplemente no se colmarán.

---

<sup>49</sup> Véase ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. p. 147.

Asimismo se reconoce a Franz Von Liszt como el penalista que planteó las bases de la moderna teoría, al proponer una definición de delito de la cual se desprenden sus elementos constitutivos como son: acción antijurídica, culpable y punible. Otro autor destacado en el tema fue Ernesto Beling, quien en 1906 propuso el siguiente concepto: delito es la acción, típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; siendo destacada su aportación en lo relativo a la denominada teoría del tipo, de la cual se desprendió como elemento del delito la necesidad que la conducta sea típica, es decir, la tipicidad.<sup>50</sup>

También, Max Ernesto Mayer propone definir el delito como: el acontecimiento típico, antijurídico e imputable. Sin que debamos de soslayar a Edmundo Mezger, quien en su Tratado de Derecho Penal expone una de las definiciones del delito que ha tenido una gran aceptación en la dogmática penal, al indicar que: el delito es la acción, típicamente antijurídica y culpable.<sup>51</sup>

Además, el distinguido penalista mexicano Fernando Castellanos atinadamente pone de manifiesto que las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del delito porque no hacen referencia a su contenido, por lo cual hace alusión a nociones sustanciales como la de Eugenio Cuello Calón, quien indica que es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible; o bien la de Jiménez de Asúa que textualmente dice: Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Ibidem. p. 148

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Véase CASTELLANOS, Fernando. Ob. cit. p. 117

Desde luego, que existe una infinidad de autores que, a lo largo de la historia, han pretendido aportar una definición completa y satisfactoria para los objetivos de la teoría del delito, sin embargo, el análisis de las mismas excedería la verdadera finalidad de la presente investigación; no obstante ello, podemos concluir que lo más destacado en el desarrollo teórico, consiste en reconocer que fundamentalmente dichos tratadistas han admitido la existencia de elementos o categorías del delito, es decir, que conceptualmente consideran que el delito lo podemos dividir para la realización de un correcto y completo estudio; pero esto no lo han considerado todos así, ya que hay quienes señalan la imposibilidad de realizar un análisis del delito y por el contrario piensan que es un todo indisoluble como a continuación lo abordaremos.

### **Teoría unitaria o totalizadora.**

Para los estudiosos del derecho penal partidarios de esta teoría, el delito debía ser entendido como un todo, derivándose de la norma penal solamente previsión y sanción, que no requería de mayor análisis. El fundamento de dicha concepción deriva del positivismo lógico formal, mismo que a su vez toma de referencia el pensamiento del filósofo Emanuel Kant.

Según la teoría que se comenta el delito no admite en su estudio esquemas analíticos, pues apoyándose también en las ideas de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, sostiene que toda consideración finalista es inaceptable. Al respecto Gustavo Malo Camacho sostiene que en su opinión forma parte de ésta corriente el modelo lógico formal desarrollado en la década de los setenta en México por Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez<sup>53</sup>, en el cual proponen una sistemática que parte de las premisas que consideran que el

---

<sup>53</sup> Véase MALO Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ob. cit. p. 241

Derecho Penal ha carecido de un lenguaje apropiado, que se han confundido los contenidos de los conceptos, ya que existe vaguedad e imprecisión.

Asimismo señala que la corriente italiana, que tiene sus raíces en el pensamiento de Francesco Carrara, planteó el estudio del derecho penal como un análisis completo. Respecto al pensamiento alemán que deriva de Franz von Liszt, de finales del siglo XIX, se centra la crítica en haber puesto una especial atención a los temas de la teoría del delito y se deja de lado el gran tema de nuestra materia que tiene que ver con la teoría de la pena. Finalmente, es oportuno señalar que un ferviente partidario de la teoría Unitaria de referencia es Francesco Antolisei, que indicó: “El delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico, el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable”.<sup>54</sup>

Al respecto, nos parecer adecuado establecer que conceptualmente resulta más complicado para el ser humano entender las cosas como un todo indisoluble, por lo que al estudiar el delito bajo este esquema resultaría casi imposible observar diferencias tan sutiles como son la del dolo eventual en relación a la culpa sin representación o la del estado de necesidad como aspecto negativo de la antijuridicidad y de la culpabilidad, provocándose así, soluciones a casos concretos que no se apeguen a los fines del derecho penal ni a la realidad.

### **Teoría analítica o estratificadora.**

Otra postura es la que ve al delito como un todo que es sujeto de análisis a través de partes, a las cuales se les ha denominado elementos, peldaños, escalones o categorías. En ese orden de ideas, se reconoce a Francisco

---

<sup>54</sup> ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob cit. p. 149

Carrara, como uno de los primeros que consideró necesario dividir el concepto en dos partes fundamentales, la fuerza física o fase objetiva y la fuerza moral o fase subjetiva, como lo indicamos con antelación. Sin embargo, es necesario aclarar que en esta teoría no se niega que el delito, conceptualmente, es un todo único, porque así se presenta como fenómeno en la realidad. Esta teoría expone que los elementos se encuentran en un plano lógico, colocados en una serie de niveles o estratos que se apoyan y se soportan unos con otros.

Algunos estudiosos del Derecho Penal como Gustavo Malo Camacho señalan que la postura estratificada o analítica del delito no es más que una garantía para toda la sociedad, ya que al tener un mayor grado de exactitud para determinar si las conductas son delictivas o no, darán mayor certidumbre jurídica a quienes se vean involucrados como autores o partícipes. De esta forma, se pretende que con el estudio estratificado, se obtenga una mayor facilidad para establecer el vínculo que existe entre la realidad social y la norma penal.<sup>55</sup>

Es necesario aclarar, que los partidarios de la teoría analítica o estratificadora, tampoco ha tenido un solo criterio para dividir al delito en elementos, peldaños, escalones o categorías; así vemos que hay autores que hacen referencia a dos y hasta siete elementos. Muestra de ello la tenemos en la clasificación heptatómica que formuló Guillermo Sauer, quien señaló en el aspecto positivo del delito la existencia de siete elementos y sus correlativos en el aspecto negativo, mismos que a continuación se mencionan:<sup>56</sup>

#### **Aspecto Positivo**

1. Actividad

#### **Aspecto Negativo**

1. Falta de acción

---

<sup>55</sup> Véase MALO Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ob. cit. pp. 342 y 343

<sup>56</sup> Véase ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. p. 150.

- |                       |                                |
|-----------------------|--------------------------------|
| 2. Tipicidad          | 2. Ausencia de tipo            |
| 3. Antijuridicidad    | 3. Causas de justificación     |
| 4. Imputabilidad      | 4. Causas de inimputabilidad   |
| 5. Culpabilidad       | 5. Causas de inculpabilidad    |
| 6. Condición objetiva | 6. Falta de condición objetiva |
| 7. Punibilidad        | 7. Excusas absolutorias        |

No obstante lo anterior, en la moderna dogmática del Derecho Penal existe un concierto en el sentido de que toda conducta punible supone que sea típica, antijurídica y culpable. Estas categorías básicas le dan a la dogmática penal cierto orden y proporcionan principios comunes por los cuales se regirán. Al respecto, atinadamente Antonio Becherlman Arizpe señala que lo que en realidad se discute es el contenido conceptual de cada una de las categorías, elementos, peldaños o escalones y la forma en que entre ellas se interrelacionan.<sup>57</sup> Por ello, es preciso saber desde qué base filosófica y corriente de pensamiento se hace el análisis para saber cómo debemos concebir la conducta o acción típica, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Por ende, consideramos que la más adecuada concepción del delito, es la que lo divide en cuatro elementos y los aspectos negativos que a continuación se indican:

#### **Aspecto Positivo**

1. Acción o conducta
2. Tipicidad
3. Antijuridicidad
4. Culpabilidad

#### **Aspecto Negativo**

1. Falta de acción
2. Ausencia de tipo
3. Causas de justificación
4. Causas de inculpabilidad

---

<sup>57</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob. cit. p. 360

Sin que las restantes categorías mencionadas por la postura heptatómica hayan quedado excluidas, simplemente acomodadas en su justa dimensión, porque pensamos que la imputabilidad es un aspecto de la culpabilidad, cuya ausencia produce precisamente su aspecto negativo; en cuanto a las condiciones objetivas son referencias típicas; mientras que la punibilidad es una consecuencia necesaria del delito, más no una categoría o elemento.

Cabe señalar, que la legislación penal federal no hace referencia expresa a los elementos del delito, ya que solamente indica en su artículo 7º que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; motivo suficiente para generar sendas críticas, al no definir al delito, sino solo hace referencia a que el mismo se encontrará sancionado por la ley penal. En el mismo sentido del anterior, el código penal para el Distrito Federal tampoco señala una definición del delito; sin embargo en los artículos 1 a 6, establece una serie de principios que regirán en materia penal, entre los que se encuentran el de legalidad, de tipicidad, antijuridicidad material y culpabilidad, entre otros; desprendiéndose precisamente de los numerales mencionados el reconocimiento que dicho ordenamiento legal hace de los elementos positivos del delito, como la conducta de acción u omisión, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En primer lugar, la acción (sentido amplio) o conducta es definida como un comportamiento humano voluntario que tiene significado para el mundo exterior; quedando excluidos para la relevancia del derecho penal los efectos que produzcan las fuerzas de la naturaleza o de animales, así como los meros pensamientos y actitudes internas, ni los sucesos del mundo exterior no dominables por la voluntad de las personas de las que aparentemente surgen o



fungen como causa, teniendo claro ejemplo de esto, en los movimientos reflejos o los que se deriven de ataques convulsivos o epilépticos.

En ése orden de ideas, Enrique Díaz Aranda nos precisa que “en la conducta se trata de establecer si un resultado, que consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, se puede considerar como la obra de un ser humano”.<sup>58</sup>

El segundo de los elementos denominado tipicidad, se refiere a que la acción humana voluntaria debe encuadrar cabalmente en la descripción que el legislador formula respecto de la prohibición legal que denominamos tipo penal. A este respecto es oportuno recordar que se encuentran estrechamente vinculados la acción y el tipo penal como un aspecto de aplicación del principio de legalidad que ya hemos abordado en el primer apartado del presente capítulo; por ende, no es posible jurídicamente derivar acciones punibles sin la existencia de un tipo penal que previamente contemple la conducta y la pena.

Como tercer elemento, escalón, peldaño o categoría del delito encontramos a la antijuridicidad, que implica una acción típica contraria al derecho. Por regla general tendremos una conducta antijurídica cuando sea típica; pues, como atinadamente lo menciona Antonio Becherlmann Arizpe, el legislador solo incorpora una acción a un tipo, cuando a la misma usualmente se le debe prohibir porque genere la lesión de un bien jurídico. No obstante lo indicado, ese indicio puede contradecirse si la conducta realizada por el sujeto activo se encuentra amparada por el aspecto negativo de la antijuridicidad que los teóricos han denominado **causas de justificación**. Estas causas proceden de todo el ordenamiento jurídico, ya que independientemente de tener su fuente en la ley

---

<sup>58</sup> DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General Ob cit. p. 110

penal, puede darse el caso que se reenvíen justificantes a otras materias del derecho que les sirven de complemento.

En otros términos, la antijuridicidad establece si la conducta típica es contraria al orden jurídico; entonces al serlo nos encontramos ante la presencia de una acción u omisión típica y antijurídica, que la dogmática penal ha denominado *injusto*; por el contrario, cuando no lo sea, dicho comportamiento humano se encontrará amparado por una causa de justificación y no existirá delito alguno.

El cuarto y último elemento es la culpabilidad, mediante el cual se determina si puede ser reprochable al autor del injusto, haberse comportado contrariamente a lo dispuesto por el Derecho. Al respecto Antonio Berchermann Arizpe, nos refiere que como consecuencia de ello, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, al igual que la ausencia de causas de exculpación son presupuestos de la culpabilidad. Además, señala que la diferencia principal entre la falta de antijuridicidad y la falta de culpabilidad consiste en que la conducta justificada se reconoce dentro del derecho por el legislador, por lo cual se encuentra permitida y debe de ser soportada por todos, mientras que la conducta que se exculpa, no se aprueba y continúa siendo prohibida, pero simplemente no se le castiga, aún cuando por regla general no tendrá porqué tolerarla quien sea víctima de la conducta antijurídica.

Después de una larga discusión doctrinal, que comienza con el desarrollo del concepto psicológico de la culpabilidad, con influencia de la corriente naturalista, estableciendo que el dolo y la culpa constituían formas de culpabilidad, lo cual enfrentó problemas de fundamentación teórica al no poder establecer por qué se debe sancionar la culpa inconsciente; generándose así la fase de la culpabilidad psicológico normativa, que replanteó al dolo y la culpa como elementos y no formas de culpabilidad, buscándose como fundamento de ella a un juicio de

reproche por la realización de un hecho antijurídico en condiciones bajo las cuales se puede exigir el comportamiento conforme a derecho; hasta que posteriormente se llegó a la conclusión de que la culpabilidad se encuentra conformada por tres elementos: la imputabilidad del sujeto activo, su conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta y la ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad.

Asimismo, un sector de la doctrina señala presupuestos de la punibilidad, como lo son las llamadas condiciones objetivas; cuya presencia afectara la posibilidad de punir, a pesar de existir una conducta, típica y culpable. En el caso de las denominadas excusas absolutorias, en las que también el injusto es culpable, se presenta una ausencia de la necesidad social de pena por estimarse irracional su imposición en el caso concreto.<sup>59</sup>

## 2.2 Causas de exclusión del delito.

El código penal federal de 1871, en su capítulo II Título II, al referirse a éstas causas las denominó ***circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal***, misma que se mantuvo en los trabajos de revisión a dicho código en el año de 1912. Sin embargo el Código Penal de 1929, hizo referencia a ellas intentando ser más específico, al expresar ***causas que excluyen la responsabilidad penal***, al señalar las de justificación en su artículo 45.

En su oportunidad, el proyecto de código penal de 1949, en el artículo 4, del Título I, hizo referencia a las ***causas que excluyen la responsabilidad***. Por su parte, el Código Penal Federal, vigente incorporó la expresión ***circunstancias excluyentes de responsabilidad***, desde su promulgación en 1929; lo cual ha

---

<sup>59</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 362

sido criticado por la doctrina que considera que el uso del término **circunstancias**, implica un accidente del tipo en relación al lugar, persona, tiempo, etc., así como el vocablo **responsabilidad** es inadecuado, ya que en sus diversas fracciones el artículo 15 no respeta un orden lógico y sistemático del delito.

En cambio, nos parece de mejor fortuna la denominación que se formula en el código penal federal según reforma publicada el de 10 de enero de 1994 y también en el código penal para el Distrito Federal, publicado en la gaceta oficial de dicha Entidad Federativa en fecha 16 de julio del año 2002 y vigente a partir del 12 de noviembre del mismo año, al señalar en sus capítulos correspondientes lo relativo a las **causas de exclusión del delito**, respetándose una más aceptable, pero no infalible como lo señalaremos más adelante, sistematización de los aspectos negativos de los elementos del delito. Por lo que, en forma ilustrativa a continuación transcribiremos el artículo relativo del último de los ordenamientos mencionados, que literalmente señala lo siguiente:

**ARTÍCULO 29** (Causas de exclusión). *El delito se excluye cuando:*

*I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;*

*II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;*

*III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan 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.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza 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.

IV. (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.

V. (Estado de necesidad). 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 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;

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;

VII. (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, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

*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.*

*VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:*

*a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o*

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

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el*

*artículo 83 de este Código.*

*XI. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto 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.*

*Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.<sup>60</sup>*

De lo cual podemos apreciar, que se han adoptado en dichas legislaciones penales las ideas rectoras de la Teoría estratificadora o analítica del delito, reconociéndose la existencia de los cuatro elementos, categorías o escalones que hemos mencionado.

No obstante lo anterior, ésa forma de denominar las causales mencionadas no se ha salvado de críticas, debido a que no es lo mismo exclusión de la responsabilidad penal que exclusión del delito. Pues la primera expresión hace

---

<sup>60</sup> Las cursivas son del investigador

referencia a la posibilidad de responsabilizar penalmente al agente por la comisión del delito. Lo que es independiente de la existencia del delito. Siendo evidente que una cosa es la inexistencia del delito y otra que no pueda ser penalmente responsabilizado su autor.

A mayor abundamiento, se indica que el texto anterior cayó en el error de referirse exclusivamente a la responsabilidad, de tal manera que las situaciones previstas en el artículo 15 del código penal federal, parecían ser causas que solamente excluían la responsabilidad de la persona en la comisión de un delito, siendo diametralmente distinto que no exista delito alguno. La nueva denominación, en cambio, hace referencia a la situación contraria; ahora se previene la exclusión del delito en los artículos 15 del código penal federal y 29 del código penal el Distrito Federal, para todas las situaciones a que hacen referencia, lo cual técnicamente es inexacto en virtud de que algunas fracciones regulan situaciones que estrictamente suponen solamente la imposibilidad de responsabilizar al sujeto activo.<sup>61</sup>

Sin embargo, consideramos evidente que cualquiera de los supuestos que contienen los artículos señalados, afectan directamente la conformación o integración de los elementos positivos del delito, por lo que a pesar de los inconvenientes mencionados, seguimos aceptando el término causas de exclusión del delito como el más aceptable.

En congruencia a lo señalado anteriormente y habiéndonos pronunciado partidarios de la teoría tetratómica que considera como elementos de delitos a la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ahora nos corresponde

---

<sup>61</sup> Véase SANDOVAL Delgado, Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. 2a reimpresión a la 1ª edición. Ángel Editor. México 2002. pp. 17 a 19

referirnos a los motivos por los cuales no se colman dichas categorías, debido a la existencia de circunstancias que las afectan en su esencia.

En primer término, hablaremos de la ausencia de conducta, la cual se presenta cuando se realiza un movimiento corporal involuntario que produce un resultado delictivo, que es el resultado de una condición meramente causal, pero no una jurídicamente eficaz.

Al respecto, considera Enrique Díaz Aranda que la voluntad es la capacidad para autodeterminar libremente nuestros movimientos corporales. Sin que debamos de confundir la voluntad con la finalidad, porque la primera solo se refiere a la facultad física, mientras que en la segunda se debe atender al fin que se persigue con el movimiento. La voluntad nos indicará la forma en que se hace algo, si el sujeto activo fue obligado o coaccionado, mientras que la finalidad nos ilustrará sobre el motivo por el cual se llevó a cabo la conducta.

En tal sentido, dentro del ámbito de la prohibición de la norma penal, no pueden incluirse aquellos supuestos en los cuales el autor no ha tenido la facultad de autodeterminar su movimiento, y entonces no ha tenido la voluntad para realizar su conducta. La ausencia de voluntad encuentra su fundamento legal en el artículo 15 fracción I del código penal federal y 29 fracción I de código penal para el Distrito Federal, como causa de exclusión del delito, misma que doctrinalmente se verifica en los supuestos de fuerza física externa en dos modalidades, a saber *vis absoluta* y *vis maior*, o bien porque el autor no pudo dominar sus movimientos corporales, cuyas causas ha clasificado la doctrina más aceptada en; actos reflejos, crisis epilépticas, hipnotismo y sonambulismo.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General Ob cit. pp. 203 y 204



La segunda de las causas de exclusión del delito constituye el aspecto negativo de la tipicidad que la doctrina denomina atipicidad, la cual se abordará con mayor profundidad en el siguiente capítulo, pero nada nos impide intentar desde ahora, una primera aproximación de la misma.

Para Gustavo Malo Camacho, “son causas de atipicidad, aquellas situaciones que originan la falta de atribuibilidad al tipo del delito de que se trate, lo que implica la falta de tipicidad y, como consecuencia, la inexistencia del delito”.<sup>63</sup>

Por otra parte, Octavio Alberto Orellana nos indica que “La atipicidad consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo. Así, por no satisfacerse en forma total y exacta los requisitos que el tipo señala, el hecho o conducta resulta atípico.”<sup>64</sup>

Por ende, es claro que cuando existe una conducta y la misma no se ajusta a la hipótesis prevista en la norma penal, ya sea en forma parcial o completamente, entonces estaremos en presencia de la atipicidad de dicha acción u omisión humana voluntaria.

Se presentará la atipicidad, en términos del artículo 15 del código penal federal y 29 fracción II del código penal para el Distrito Federal, cuando falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate.

A la tercera forma de exclusión del delito la doctrina la ha denominado causas de Justificación, siendo precisamente aquellas que anulan la antijuridicidad de la conducta típica. Al respecto, el penalista Luis Jiménez de Asúa, citado por

---

<sup>63</sup> MALO Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ob cit. p. 371

<sup>64</sup> ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob cit. p. 231

Orellana Wiarco, define las causas de justificación indicando que son “aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen”.<sup>65</sup>

Por el momento, solamente nos aproximaremos al tema relacionado a las causas de justificación al señalar que las reconocidas por la doctrina y la legislación nacional son: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber y el consentimiento del ofendido, que serán materia de análisis detallado en el siguiente capítulo de la presente investigación.

Finalmente, el cuarto aspecto negativo del delito lo hemos denominado causas de inculpabilidad, mismas que impiden la conformación de la culpabilidad y consecuentemente la del delito mismo. Así vemos, que el juicio de reproche al autor se puede excluir cuando trasgredió el orden jurídico por miedo grave, estado de necesidad exculpante o bajo el error de prohibición.

En primer término, ha sido definido por nuestros tribunales federales como una conmoción psíquica, capaz de anular o limitar casi totalmente la capacidad de raciocinio, dejando a la persona actuar bajo el influjo de los instintos; por ende, debemos de comprobar ésta excluyente mediante una prueba pericial especializada, en virtud de tratarse de un estado psicofisiológico.

En el estado de necesidad exculpante, se presenta un conflicto entre dos bienes del mismo valor y solo uno de ellos puede salvarse. Asimismo los tribunales

---

<sup>65</sup> Ibidem. p. 257

federales han indicado que el estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro, como lo podemos apreciar en la siguiente tesis de jurisprudencia:

**ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE.** El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro.

Sexta Epoca:

Amparo directo 4050/56. Ricardo López Hernández. 10 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1866/57. José María Bejarano Morales. 9 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2758/59. Pedro Hernández Vicente. 30 de julio de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 3685/58. José Gonzalo Chan Rosado y coags. 7 de septiembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5613/60. Segundo Moreno Islas. 29 de noviembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995, Sexta Epoca. Tomo II, Parte SCJN. Pág. 85. Tesis de Jurisprudencia.

Por último, diremos que el error de prohibición implica que el sujeto activo cree erróneamente que su conducta es lícita. Este error también se denomina **error de derecho**, porque el sujeto tiene la falsa creencia que su conducta es

conforme a derecho; no obstante lo anterior, con las innovaciones al sistema neoclásico fue necesario cambiar la denominación de error de derecho, pues los elementos normativos del tipo recaen precisamente sobre una falsa valoración o apreciación jurídica del autor.

El error de prohibición puede ser vencible cuando con un mínimo de cuidado el sujeto habrá podido conocer sobre la ilicitud de la conducta, pero es invencible cuando no es posible exigirle ese conocimiento. Las consecuencias del error de prohibición dependerán de la ubicación del dolo y la culpa. En virtud de que si éstos dos elementos subjetivos se encuentran a nivel de culpabilidad (como en los sistemas clásico y neoclásico), el resultado será que en el error de prohibición vencible se deje subsistente la culpa y se sancione con menos, siempre que el tipo penal admita ésa forma de comisión. Mientras que en el error de prohibición invencible anulará tanto el dolo como la culpa, es decir la culpabilidad.

Muy distinto será, si el dolo y la culpa se ubican en el tipo (sistemas final de la acción y funcionalista), entonces el error de prohibición sólo se concentrará en el grado de reproche que se le pueda hacer al sujeto que se comportó violando las normas que desconocía. En virtud de ello, quien actúa bajo el error de prohibición vencible se le puede reprochar menos al haberse comportado contrariamente a derecho que el sujeto que conocía la prohibición y decidió ir contra el orden jurídico; por lo cual en el error de prohibición vencible la pena se atenúa. Pero si el error de prohibición es invencible al sujeto activo no se le puede exigir que se comporte bajo reglas que desconocía debido a su situación sociocultural, y por ende, se le exime de la pena.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General Ob cit. pp. 383 a 390



## CAPÍTULO II. EL DELITO DE LESIONES Y LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD O JUSTIFICACIÓN EN MÉXICO

### 1 Generalidades sobre el delito de lesiones en México.

En este capítulo, abordaremos lo relativo a las lesiones, pues constituyen un concepto fundamental en la investigación que nos ocupa. Por ello, en primer lugar, es necesario tener una aproximación etimológica y gramatical de lo que debemos entender por lesión.

Para el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *lesión* proviene del latín *laesio*, *-ōnis* y tiene las siguientes acepciones:

- Daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad.
  
- Daño, perjuicio o detrimento.
  
- *Der.* Daño que se causa en las ventas por no hacerlas en su justo precio.
  
- *Der.* Perjuicio sufrido con ocasión de otros contratos.
  
- *Der.* Delito consistente en causar un daño físico o psíquico a alguien.<sup>67</sup>

Asimismo, otras concepciones las encontramos en el ámbito médico, cómo la que nos proporciona la Organización Mundial de la Salud, que considera como lesión a *toda alteración del equilibrio biopsicosocial*. Por su parte en materia

---

<sup>67</sup> <http://www.rae.es/>. 25 de junio del año 2009, 15:15 horas.

clínica, una lesión es un cambio anormal en la morfología o estructura de una parte del cuerpo producida por un daño externo o interno. Las heridas en la piel pueden considerarse lesiones producidas por un daño externo como los traumatismos. Las lesiones producen una alteración de la función o fisiología de órganos, sistemas y aparatos, trastornando la salud y produciendo enfermedad.<sup>68</sup>

Ahora bien, desde el punto de vista médico-legal, vemos que nuestra legislación no solo ha considerado como lesiones a las heridas, las escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones o quemaduras, sino también toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si éstos efectos son producidos a consecuencia de una causa externa.<sup>69</sup>

En opinión de Francisco González de la Vega, el concepto jurídico de las lesiones, en su evolución histórica, ha sufrido verdaderas transformaciones, ya que en un principio la legislación penal en México se conformó prever y sancionar los traumatismos y las heridas propiamente dichas con huella material externa perceptible directamente por los sentidos, causados en la víctima por intervención violenta de otra persona, tales como equimosis, cortaduras, rupturas o las pérdidas de miembros. Posteriormente el concepto incluyó las alteraciones internas perturbadoras de la salud en general provocadas exteriormente, como la ingestión de sustancias dañinas o químicamente tóxicas y, finalmente el concepto adquirió su mayor amplitud cuando se le hizo abarcar las perturbaciones psíquicas resultantes de causas externas, físicas o morales, lo cual acarrió que se considere como objeto de la tutela penal, específicamente

---

<sup>68</sup> <http://who.int/>. 25 de junio del año 2009. 15:45 horas.

<sup>69</sup> Véase TELLO Flores, Francisco Javier. Medicina Forense. Editorial Harla. México 1991. p. 46

en las lesiones, la protección de la integridad personal, tanto física como psíquicamente.<sup>70</sup>

Hasta llegar a la actual definición del delito de lesiones que nos proporciona el Código Penal Federal que a la letra indica:

“Artículo 288.- Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa”.

O bien, el código penal para el Distrito Federal que señala:

“Artículo 130. Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán...”

Por lo cual, resulta importante definir lo que se debe entender por daño o alteración a la salud, ya que parece ser un concepto amplísimo y, para ello Francisco González de la Vega nos ilustra sobre los alcances de dicho elemento normativo del tipo penal, quien considera fundamentalmente las tres hipótesis que a continuación se mencionan:

- Lesiones externas.- son aquellas que por estar colocadas en la superficie del cuerpo humano son perceptibles directamente por la simple aplicación de los sentidos como la vista o el tacto y, entre las que encontramos los golpes traumáticos, las equimosis, las quemaduras y lesiones traumáticas o heridas

---

<sup>70</sup> Véase GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. 26ª edición. Porrúa. México 1993. p. 7



propriadamente dichas en que los tejidos exteriores del cuerpo humano, debido al desgarramiento de los mismos, presentan una solución de continuidad.

- Lesiones internas.- son daños tisulares o viscerales que al no estar situados en la superficie del cuerpo humano, requieren para su diagnóstico examen clínico a través de la palpación, auscultación, pruebas de laboratorio, rayos X, resonancia magnética, etcétera. Entre éstas se incluyen, en primer término, los desgarramientos tisulares o viscerales y las fracturas que pudieran ser producidas por fuertes golpes o por la ingestión de sustancias o partículas; en segundo lugar, los envenenamientos por la ingestión de sustancias tóxicas y, en tercer plano, las enfermedades contagiosas.
  
- Perturbaciones psíquicas o mentales.- en las que se debe establecer la relación de causalidad entre el daño psíquico como efecto y la causa o fuerza externa productora del mismo.<sup>71</sup>

A mayor abundamiento respecto al concepto médico legal de las lesiones, es importante advertir que existen muchas clasificaciones, las cuales se han basado en los siguientes criterios:

- Anatómico.- mismo que se refiere a la ubicación de la lesión en los diferentes segmentos del cuerpo: cabeza, cara, cuello, brazo, antebrazo, mano, tórax, abdomen, pelvis y miembros inferiores.
  
- Agentes que las producen.- dividen la gama que origina la lesión en agentes físicos (mecánicos, térmicos y eléctricos), agentes químicos y biológicos.

---

<sup>71</sup> Ibidem. pp. 9 y 10.

- Por las consecuencias.- las cuales pueden ser por cantidad y calidad en el daño producido. En relación a la cantidad del daño tenemos como ejemplo las que no ponen en peligro la vida o las que sí la ponen. Sobre la calidad del daño se distinguen las que lacran (dejan defecto, señal o cicatriz), lesiones que mutilan (amputan o separan alguna parte del organismo), lesiones que invalidan (causan un debilitamiento funcional o una disfunción) y lesiones que provocan aborto o aceleración del parto.<sup>72</sup>

Otra clasificación por el resultado producido divide las lesiones en levísimas, siendo aquellas que incapacitan para el trabajo por un periodo menor a diez días; las leves, que incapacitan para los mismos efectos más de diez y menos de treinta días.

Asimismo, las graves que se basan fundamentalmente en tres criterios: en primer lugar, incapacidad mayor de un mes para las labores habituales; en segundo, debilitación persistente de la salud, un sentido, un órgano, un miembro o una función; finalmente el tercero implica una marca indeleble en el rostro. En el primer criterio se juntan aspectos cronológicos y una repercusión en las labores específicas del ofendido. En el segundo se contemplan los casos en que una función orgánica queda solamente disminuida, pero aún se conserva parte de su capacidad. El tercer criterio es un resabio de la legislación napolitana y se refiere a la alteración de la armonía facial, que no llega al afeamiento. En éstas lesiones denominadas graves se incluyen:

- Pérdida anatómica o funcional de un sentido, órgano o miembro.
- Esterilización, que es la imposibilidad de engendrar o concebir.

---

<sup>72</sup> Véase VARGAS Alvarado, Eduardo. Medicina Legal. 1ª reimpresión a la 2ª edición. Editorial Trillas. México 2000. p. 137

- Enfermedad incurable, mental o física.
- Pérdida de la palabra, y
- Deformación permanente del rostro.<sup>73</sup>

Por su parte, Alejandro A. Basile, al comentar la etiología de las lesiones, formula una interesante clasificación relativa al agente productor, mencionando las siguientes:

Lesiones por acción mecánica.- entre las cuales se encuentran los traumatismos, que define como un efecto violento, agresivo y súbito de un agente mecánico, generalmente externo, que obra sobre los órganos, sistemas o tejidos del cuerpo viviente, con intensidad suficiente para vulnerar su resistencia, dañando o no, la integridad de los mismos, por ejemplo los golpes y las caídas; las contusiones, que pueden generar desgarros en la parte esencial de los órganos o tejidos debido a la poca resistencia que presentan a las tracciones o presiones bruscas; así como las heridas, que es un tipo de lesión traumática que produce una solución de continuidad en los tejidos, como las producidas con una aguja o un puñal.

Lesiones por acción de temperatura.- en las que la alta temperatura en el cuerpo humano, ocasiona lesiones locales o generalizadas llamadas quemaduras o escaldaduras, sea por la acción de sólidos en el primer caso, o por gases o líquidos calientes o hirvientes en el segundo. Asimismo, las temperaturas excesivamente bajas causan lesiones por enfriamiento o congelación.

---

<sup>73</sup> Ibidem. pp. 137 y 138

Lesiones por electricidad.- el paso de la corriente eléctrica por el cuerpo viviente sigue fundamentalmente un trayecto por los tejidos que tienen mejores condiciones de conductibilidad, o sea, de menor resistencia eléctrica y no específicamente el trayecto más corto. El tejido sanguíneo es el gran conductor, pues en forma instantánea la corriente se propaga al corazón y tejido nervioso, con gran actividad sobre la musculatura lisa y esquelética, con efecto inmediato. Ejemplo de este tipo de lesiones las encontramos en la quemadura eléctrica y la ocasionada por rayos que generalmente es mortal en el hombre y los animales.

Lesiones por radiaciones.- se originan por la acción de las sustancias radiactivas sobre los tejidos organizados con estructura celular, presentándose modificaciones fisicoquímicas, y consiste en la ionización de cada molécula o átomo de los componentes que integran la célula. Son radiaciones electromagnéticas la electricidad, el radio, los rayos infrarrojos, los rayos del espectro visible, los ultravioleta, los X y gamma.

Lesiones por variación de presión atmosférica o barométrica.- el organismo se encuentra adaptado a una presión atmosférica constante de 765 mm de Hg. medida a nivel del mar, con diversas variaciones que admiten por acostumbramiento a diversas condiciones en casos especiales. Cuando el cuerpo humano es sometido a una elevada presión atmosférica comienza a disolverse el nitrógeno en el plasma sanguíneo y modifica su estado de agregación pasando al estado gaseoso, originando burbujas que se liberan en la sangre y en el organismo puede producir embolias que suelen impactar en el sistema nervioso, pulmones, corazón, etc. En cambio, el daño por hipobaría se atribuye fundamentalmente a la disminución parcial de oxígeno y a otros efectos, pudiendo generar astenia, náuseas, vómitos, vértigo, taquipnea, taquicardia y taquisfigmia.

Lesiones por acción infecciosa.- desde el punto de vista médico legal, son de interés las infecciones de las heridas que componen el estado médico anterior o actual del organismo, dado que actúan como elementos concausales preexistentes o simultáneo, respectivamente. También tiene importancia la consideración del agente microbiano y de sus condiciones: grado de acción patógena, virulencia, forma de resistencia esporulada, etc. Las heridas infectadas muestran signos característicos de la inflamación, como el tumor, el rubor, el calor, el dolor y la secreción en superficie; asimismo éstas heridas, pueden ser por su evolución agudas o crónicas, las cuales caracteres diferenciales de maduración y signos de tendencia a la reparación o a la degeneración tisular que permiten un fácil diagnóstico.

Lesiones por acción de tóxicos y cáusticos.- los primeros son venenos que actúan químicamente sobre el organismo alterando las funciones orgánicas o provocando la muerte celular de algunos tejidos o del individuo; los segundos, desnaturalizan la albúmina y otras proteínas y sustancias componentes de los tejidos. Los tóxicos pueden producir lisis celular, precipitar sustancias transformándolas en compuestos insolubles, inhibir acciones enzimáticas, retener agua por acción osmótica, deshidratar tejidos o asumir acción enzimática degradando o desintegrando los tejidos.<sup>74</sup>

Como hemos podido apreciar, existen diversos factores que la medicina ha tomado en cuenta para el estudio de las lesiones y, ello constituye un excelente referente para el ámbito del derecho, ya que en nuestra materia el concepto de lesiones ha sufrido una serie de transformaciones que han ido ampliando sus componentes.

---

<sup>74</sup> Véase BASILE, Alejandro A. Lesiones. Aspectos Médico-Legales. Editorial Universidad. Buenos Aires 1994. pp. 87 a 131

En este sentido, Francisco González de la Vega, señala que al principio la legislación penal se conformó con prever y sancionar los traumatismos y las heridas propiamente dichas con huella material externa perceptible directamente por los sentidos, causados a la persona humana por la intervención violenta de otra persona, tales como equimosis, cortaduras, raspaduras o pérdida de miembros. Posteriormente se extendió el concepto y comprendió las alteraciones internas perturbadoras de la salud en general, provocadas exteriormente, tales como las resultantes de la ingestión de sustancias físicamente dañinas o químicamente tóxicas, el contagio de enfermedades, entre otros. Finalmente el concepto adquirió su mayor amplitud cuando se le hizo abarcar las perturbaciones psíquicas resultantes de causas externas, físicas o morales, pudiendo decirse desde entonces que el objeto de la tutela penal, en caso de lesiones, es la protección de la integridad persona, tanto en el aspecto físico como psíquico.<sup>75</sup>

En lo relativo a la penalidad de las lesiones, se ha apreciado el problema de elegir un criterio para su medición, ya que, como lo hemos podido apreciar, comprende daños de muy distintas clases y gravedades; por lo que el mismo González de la Vega nos señala que se han propuesto tres diferentes sistemas que nos llevan a la solución, los cuales a continuación mencionamos:

Sistema Objetivo.- en este la penalidad está basada objetivamente en el daño material causado por el agente y parece ser un resabio de los viejos sistemas punitivos de la compensación pecuniaria y del talión, con la diferencia que las tarifas son sustituidas por un catálogo de penas corporales calculadas paralelamente a la materialidad mayor o menor de la lesión causada.

---

<sup>75</sup> Véase GONZALEZ de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ob. cit. p. 7

Sistema Subjetivo.- en donde la métrica de la pena se toma en base a la mayor o menor gravedad de la intención del sujeto activo, además del propósito y aún de su finalidad, independientemente del resultado material obtenido.

Sistema Mixto, según el cual se propone eclécticamente el aprovechamiento mixto del elemento objetivo del daño de lesiones y de los elementos subjetivos concurrentes en su autor.

Sistema Defensista.- que considera que se debe dejar un amplio margen al juzgador para la elección de las sanciones, determinando su arbitrio por la fijación de la mayor o menor peligrosidad demostrada por el reo, sin ceñirse estrictamente ni a la materialidad de las lesiones ni a la intención del agente, porque el daño en la mayoría de los casos es eventual, contingente, y en relación al elemento subjetivo es importante tener en cuenta en error o la torpeza en la ejecución de la conducta, ya que revela mayor o menor temibilidad.<sup>76</sup>

En este sentido, es oportuno recordar que los antecedentes del delito de lesiones en nuestro país, se remontan al periodo precolombino del Derecho Azteca, en donde se clasificó como un delito contra la vida; posteriormente, en la época colonial, se reguló en Las Partidas, especialmente en el Título noveno de las deshonras o injurias, así como en el Título tercero, dentro de la Ley 1.2 relativa al homicidio tentado. Asimismo la Novísima Recopilación, el Fuero Juzgo y el Fuero Real, enumeraron y sancionaron las heridas; hasta llegar al Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871, que previó el delito de lesiones y el de 1929, que también las reguló en los capítulos

---

<sup>76</sup> Véase *Ibidem*. pp. 21 y 22

I, II y III del Título Decimo séptimo denominado **de los delitos contra la vida** en su libro segundo.<sup>77</sup>

Finalmente, llegamos al código penal Federal de 1931, que establece la punición del delito de lesiones en torno a la gravedad de las alteraciones a la salud que fueron causadas a la víctima, tal y como se desprende de los artículos que a continuación se transcriben:

*Artículo 289.- Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa.*

*En estos casos, el delito se perseguirá por querrela, salvo en el que contempla el artículo 295, en cuyo caso se perseguirá de oficio.*

*Artículo 290.- Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable.*

*Artículo 291.- Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.*

*Artículo 292.- Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pié, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.*

---

<sup>77</sup> Véase LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo I. 5ª edición. Porrúa. México 1998. pp. 13 a 16



*Se impondrán de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.*

*Artículo 293.- Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.<sup>78</sup>*

Por su parte, el código penal para el Distrito Federal, vigente a partir del 12 de noviembre del año 2002, en su artículo 130, a la letra versa:

*ARTÍCULO 130. Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán:*

*I. De treinta a noventa días multa, si las lesiones tardan en sanar menos de quince días;*

*II. De seis meses a dos años de prisión, cuando tarden en sanar más de quince días y menos de sesenta;*

*III. De dos a tres años seis meses de prisión, si tardan en sanar más de sesenta días;*

*IV. De dos a cinco años de prisión, cuando dejen cicatriz permanentemente notable en la cara;*

*V. De tres a cinco años de prisión, cuando disminuyan alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro;*

*VI. De tres a ocho años de prisión, si producen la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible; y*

*VII. De tres a ocho años de prisión, cuando pongan en peligro la vida.*

*Las lesiones a que se refiere la fracción I serán sancionadas por este Código únicamente cuando se produzcan de manera dolosa.<sup>79</sup>*

De lo anterior, podemos concluir que en México, se ha adoptado eminentemente el criterio objetivo para sancionar el delito de lesiones, lo cual, de ninguna

---

<sup>78</sup> Las cursivas son del investigador

<sup>79</sup> Ibidem

manera ha implicado apartarse del sistema subjetivo, pues será el propio juzgador quien apreciando el hecho en su conjunto, deberá de establecer si el sujeto activo actuó dolosa o culposamente, a efecto de que cumpla efectivamente con su función de administrar justicia.

### **1.1 Análisis dogmático del delito de lesiones.**

Ahora bien, una vez abordado un panorama general relativo al concepto de lesiones, nos corresponde la realización de un análisis del delito de lesiones, en el cual se tomará como base las legislaciones vigentes antes señaladas. En consecuencia, siguiendo las ideas contenidas en el capítulo uno de la presente investigación, abordaremos lo relativo al primer elemento del delito que es la conducta.

En ese sentido, si partimos de la descripción legal distrital que señala como lesión a todo daño o alteración a la salud de una persona, podemos desprender la existencia de tres partes de la conducta descrita y que son:

- Una acción, omisión o comisión por omisión.
- Un resultado, y
- Un nexo de atribubilidad entre la conducta y el resultado

En este sentido, Francisco Pavón Vasconcelos, refiere que en las lesiones la conducta se expresa mediante los movimientos corporales voluntarios realizados por el sujeto al consumir la agresión, ya disparando el arma de fuego o descargando el golpe del puño o del instrumento lesivo, o a través de la inacción o inactividad voluntarias que incumple un mandato de hacer con violación de

una norma prohibitiva.<sup>80</sup> Sin que perdamos de vista que también en el caso de la comisión por omisión estaríamos violando una norma de carácter preceptiva y otra de carácter prohibitivo. Como ejemplo de este último supuesto, encontramos el caso de un médico que es encargado del servicio de urgencias de un hospital, que se ausenta de su lugar de trabajo en forma injustificada a fin de ir a su vehículo a dormir, por lo que no acude al llamado de auxilio del personal de enfermería que le solicita la pronta atención a un paciente, quien fallece a consecuencia de la tardía administración de medicamentos necesarios para el caso.

Al respecto Eduardo López Betancourt, señala que la realización de las lesiones puede ser de diferentes maneras a saber: por medios físicos, morales u omisiones. Por medios físicos, debemos entender como el uso de la fuerza física o de algún otro objeto, es decir, ejecutar acciones corporales encaminadas a la producción de un mal en el cuerpo de otro. Estos medios son conocidos como golpes, puñaladas, disparo de un arma, atropellar a una persona, entre otros. Los medios morales, se traducen en amenazas, actos que provoquen terror, o alguna impresión muy fuerte, mediante las cuales se ocasiona un daño a la salud de una persona. Mientras que en las omisiones, el agente decide no ejecutar los actos que tiene la obligación de llevar a cabo, generándose con ello la lesión de un tercero.<sup>81</sup>

El segundo de los elementos de la conducta en el delito de lesiones, el resultado, queda materializado mediante la herida, escoriación, contusión, fractura, dislocación, quemadura o cualquier otro daño que deje huella material

---

<sup>80</sup> Véase PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Delitos contra la vida y la integridad personal. 7ª edición. Porrúa. México 2000. p. 107

<sup>81</sup> Véase LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo I. Ob cit. p. 10

en el cuerpo humano, así como en las alteraciones psíquicas generadas a la víctima.

El nexo de atribubilidad, lo constituye la relación que existe entre el hacer o no hacer humanos y la alteración a la salud o el daño material en el cuerpo humano, provocando que el resultado producido pueda llegar a ser imputado al autor. Asimismo, resultaría necesaria la presencia de estos tres elementos para tener por acreditada la conducta del delito de lesiones, ya que la falta de cualquiera de ellos, provocaría la ausencia del delito. Es decir, que no estaría acreditada la conducta típica del delito de lesiones en el supuesto de que existiera una imputación por parte de Pedro en el sentido de que Esteban lo golpeo causándole diversas lesiones, las cuales fueron clasificadas por perito médico como aquellas que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar más de quince y menos de sesenta días, pero ante la negativa de Esteban de haber cometido tal conducta, además de que no existe elemento probatorio alguno que corrobore lo dicho por Pedro; en consecuencia, no estaría demostrado el nexo de atribubilidad entre la conducta imputada y las lesiones que presentó Pedro.

La segunda de las categorías del delito en comento es la tipicidad y se conforma también con tres elementos que la dogmática penal ha denominado objetivos, subjetivos y normativos.

Los elementos objetivos para el delito de Lesiones, se encuentran constituidos por:

Conducta.- es el comportamiento humano voluntario capaz de generar un daño o alteración a la salud.

Resultado.- que en el presente caso es material y está constituido por el daño o alteración a la salud.

Nexo de atribuibilidad.- el cual se presenta en la relación entre daño o alteración a la salud y el comportamiento humano.

Bien jurídico protegido.- lo constituye la salud personal y se requiere la lesión al mismo.

Objeto material.- es el cuerpo humano.

Sujeto activo.- puede ser cualquier persona física, la cual no requiere de calidad ni pluralidad específica. En relación a ello, es oportuno señalar que al ser el delito de lesiones de aquellos en los que el proceso ejecutivo no se agota en un solo acto, debe admitirse la concurrencia de varias personas en su comisión, pudiendo originarse un eventual concurso de sujetos, entre los que se encuentran autor material, autor mediato, coautores, cómplice, encubridor o instigador.

Sujeto pasivo.- es cualquier persona física, sin que se requiera de calidad ni pluralidad específica.

Circunstancias típicas de modo, tiempo y lugar.- no son requeridas por el tipo penal.

Medios comisivos.- no los exige el tipo penal en estudio, por lo cual puede ser cometido con cualquier medio idóneo.

Los elementos subjetivos genéricos en el tipo penal de lesiones, son tanto el dolo como la culpa. En el primer caso, implica el conocer y querer o aceptar causar un daño o alteración a la salud de una persona, mientras que en el segundo, se realiza la actividad sin prever el resultado posible y adecuado para no causar un daño o una alteración en la salud, que era previsible, o bien, no se previó o al hacerse se confió en que no se produciría. En este caso, para Olga Islas de González Mariscal, el dolo no abarca el tiempo en que tarda en sanar una lesión, pues no es pensable que alguien se proponga causar una lesión que tarde en sanar menos de quince días, o más de quince días pero menos de sesenta, o más de sesenta, ya que simplemente se quiere causar un daño o alteración a la salud.<sup>82</sup>

Sin que este tipo penal cuente con elementos subjetivos específicos, pues solo se requiere acreditar el actuar doloso o culposo, pero no es relevante el ánimo, propósito o fin que persiga el sujeto activo.

Finalmente, hemos de indicar que los elementos normativos son aquellas expresiones contenidas en el tipo penal y que requieren un especial juicio de valoración. Así, vemos que la dogmática penal ha dividido los elementos normativos en aquellos de valoración cultural y los de valoración jurídica. Los primeros requieren una explicación en términos generales del conocimiento, mientras que los segundos atenderán al metalenguaje estrictamente del derecho en cualquier otra área diversa de la penal que nos aporte una explicación satisfactoria. En esos términos, el tipo penal en estudio contiene tres elementos normativos de valoración cultural que a continuación se definen:

Daño.- perjuicio o detrimento.

---

<sup>82</sup> Véase GARCÍA Ramírez, Sergio. Et Al. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado. Tomo II. Porrúa. México 2006. p. 43

Alteración.- Del lat. *alteratĭo*, *-ōnis*; 1. f. Acción de alterar; 2. f. Sobresalto, inquietud, movimiento de la ira u otra pasión; 3. f. Alboroto, tumulto, motín; 4. f. Altercado, disputa.

Salud.- Del lat. *salus*, *-ūtis*; 1. f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones; 2. f. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado; 3. f. Libertad o bien público o particular de cada uno; 4. f. Estado de gracia espiritual.<sup>83</sup>

El tercer elemento de delito es la antijuridicidad, que como ya lo hemos indicado es una acción típica contraria al derecho. Asimismo, la se ha dividido la antijuridicidad en material y formal; la primera atiende a la lesión objetiva causada al bien jurídicamente tutelado, mientras que la segunda responde a la contrariedad existente entre la norma subyacente del tipo penal y la conducta del sujeto activo, En consecuencia, en el delito de lesiones la antijuridicidad material está determinada por el tipo de daños o alteraciones ocasionadas y la antijuridicidad formal, solo por la contravención al orden jurídico. Verbigracia, Juan causa lesiones que tardan en sanar menos de quince días dolosamente a Pedro y a Roberto lesiones que ponen en peligro la vida, de lo cual se desprende que las dos clases de lesiones causadas por Juan son igualmente contrarias al orden Jurídico (antijuridicidad formal), sin embargo, por la gravedad de las mismas, la intensidad de las que ponen en peligro la vida es mayor porque ha sido mayor la lesión al bien jurídico tutelado, que en presente caso es la salud (antijuridicidad material). Al respecto, los tribunales federales han

---

<sup>83</sup> <http://www.rae.es/>. 28 de julio del año 2009, 12:00 horas.

corroborado dicho concepto acerca de la antijuridicidad material, como se aprecia de la siguiente tesis:

**RESPONSABILIDAD PENAL. LA CONDUCTA TÍPICA NO ES ANTIJURÍDICA NI CULPABLE, CUANDO NO LESIONA NI PONE EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).** De la interpretación sistemática de los artículos 121 y 256 del Código de Procedimientos Penales y 15 del Código Penal, ambos del Estado de México se advierte que sólo se puede ser responsable de un delito cuando, además de haber realizado la conducta típica, ésta resulta ser antijurídica y culpable. Ahora bien, la antijuridicidad, en tanto constatación de carácter negativo de que el comportamiento típico no está amparado por alguna causa de justificación o licitud (antijuridicidad material), presupone que este lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado. Sin embargo, de manera excepcional ocurre que a pesar de que la conducta se adecue al tipo no genera dicha afectación y, por tanto, no es antijurídica ni, por ende, su autor debe responder penalmente de ella.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

II.2o.P.156 P

Amparo directo 211/2004. 29 de octubre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Manuel Baráibar Constantino. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretaria: Raquel Columba López Ábrego.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXI, Abril de 2005. Pág. 1492. Tesis Aislada.

El cuarto elemento, categoría o escalón del delito que nos ocupa, lo constituye la culpabilidad, que determina si puede ser reprochable al autor del injusto,



haberse comportado contrariamente a lo dispuesto por el Derecho. Así, de acuerdo a los elementos que componen la culpabilidad y que hemos aceptado en el primer capítulo del presente trabajo, se encontrará integrada en el delito de lesiones, cuando se acredite la imputabilidad del sujeto activo que haya causado el daño o la alteración a la salud a otra persona, que tuvo la conciencia de que su conducta era contraria al orden jurídico y además que de acuerdo a las circunstancias en que actuó, le era exigible que se comportara de manera diversa.

En el delito de lesiones, se puede presentar la tentativa por acción, la cual se actualiza cuando la intención de causar un daño o alteración a la salud de una persona se exterioriza al realizar cualquier actividad suficiente para dicho fin, siempre y cuando exista una interferencia por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo; por ende, la sanción será menor a la del delito consumado, al apreciarse solo una puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

A mayor profundidad, Francisco Pavón Vasconcelos, al respecto indica:

“Se dará la tentativa cuando el agente realice actos que constituyan un comienzo de ejecución de las lesiones o el total proceso ejecutivo, sin alterar la salud o causar daño en el cuerpo, por causas ajenas a su voluntad, fórmula que abarca, tanto la tentativa propia, conato o tentativa inacabada como la frustración o tentativa acabada. En la primera hay comienzo de ejecución, en la segunda agotamiento de todos los actos ejecutivos sin que en ambos casos se consume el delito por causas ajenas a la voluntad del agente”.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Delitos contra la vida y la integridad personal. Ob. Cit. p. 119

Ejemplo del delito de lesiones por tentativa acabada, lo podríamos apreciar en el supuesto de que Luis pretende causar un daño físico a Juan y para ello, compra una pistola con la cual le piensa disparar, por lo cual un día determinado lo sorprende al salir de su casa y le apunta, pero en ese preciso instante pasa por el lugar una patrulla y sus tripulantes evitan la agresión, para posteriormente detenerlo y ponerlo a disposición de la autoridad competente.

## **1.2 Aspectos procesales del delito de lesiones.**

El delito de Lesiones tiene como requisito de procedibilidad tanto la denuncia como la querrela. El código penal para el Distrito Federal, establece que en su artículo 135 que se perseguirán por querrela las lesiones simples que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días, así como las lesiones culposas, cualquiera que sea su naturaleza, salvo que sean con motivo de tránsito de vehículos, en los siguientes casos:

- I. Que el conductor hubiese realizado la acción u omisión en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, y
- II. Que el conductor haya abandonado a la víctima.

Por su parte, el código penal federal en su artículo 289, establece el único supuesto en que se admite la querrela para el delito en comento al indicar que a quien infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa. En estos casos, el delito se

perseguirá por querrela, salvo en el que contempla el artículo 295, en cuyo caso se perseguirá de oficio. A su vez este último artículo prevé el caso de las lesiones inferidas a menores o pupilos que el sujeto activo tenga bajo su guarda.

Ahora bien, el Ministerio Público debe acreditar el cuerpo del delito de lesiones y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal, en los términos precisados por los artículos 122 y 168, de los códigos penales para el Distrito Federal y federal, mismos que a su vez encuentran su fundamento constitucional en los artículos 14, 16 y 19.

En ese sentido, debemos recordar que por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica los requiera. Mientras que la probable responsabilidad se tendrá por acreditada cuando de los medios de prueba existentes, se deduzca la participación dolosa o culposa del indicado en el delito, sin que exista a su favor causa de licitud o excluyente de responsabilidad.<sup>85</sup>

Asimismo, los artículos 124 y 168, respectivamente, de los códigos procesales antes señalados, otorgan amplias facultades, tanto el Ministerio Público como al juez, para emplear los medios de prueba que estimen convenientes para el esclarecimiento de la verdad histórica, siempre que no sean contrarios a la ley.

Específicamente sobre el delito de Lesiones, el código penal para el Distrito Federal, en su título segundo, sección primera, capítulo I, relativo al ***cuerpo del delito, huellas y objetos del delito***, son aplicables los artículos que a continuación se transcriben:

---

<sup>85</sup> BARRAGAN Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Ob. cit. p. 435

*Artículo 95.- Cuando se encuentren las personas o cosas relacionadas con el delito, se describirán detalladamente su estado y las circunstancias conexas.*

*Artículo 96.- Cuando las circunstancias de la persona o cosa no pudieren apreciarse debidamente sino por peritos, tan luego como se cumpla con lo prevenido en el artículo anterior, el Ministerio Público nombrará dichos peritos, agregando al acta el dictamen correspondiente.*

*Artículo 109.- En caso de lesiones, el herido será atendido bajo la vigilancia de dos médicos legistas o por los médicos de los sanatorios u hospitales penales, quienes tendrán obligación de rendir al Ministerio Público, o al Juez en su caso, un parte detallado del estado en que hubieren recibido al paciente, el tratamiento a que se le sujete y el tiempo probable que dure su curación. Cuando ésta se logre, rendirán un nuevo dictamen, expresando con toda claridad el resultado definitivo de las lesiones y del tratamiento.*

*Los médicos darán aviso al Ministerio Público o al juez, tan luego como adviertan que peligran la vida del paciente, así como cuando acaezca su muerte.*

*Artículo 109 bis.- La exploración y atención médica psiquiátrica, ginecológica o cualquiera otra que se practique a la víctima de un delito que atente contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, estará a cargo de persona facultativa de su mismo sexo, salvo cuando la víctima del delito sexual o su representante legal solicite lo contrario.*

*Artículo 110.- Cuando la víctima lo desee podrá ser atendida en su domicilio por facultativos particulares, mediante el compromiso de atenderlo y de rendir los informes a que se refiere el artículo anterior; pero los médicos legistas seguirán con la obligación de visitar periódicamente a la víctima y de rendir también sus informes, cuando así lo determine el juez.*

*Artículo 111.- Cuando se trate de una enfermedad que se sospeche haya sido ocasionada por un delito, los peritos emitirán su opinión sobre sus causas, describirán minuciosamente todos los síntomas que el enfermo presenta y harán la clasificación legal correspondiente.<sup>86</sup>*

---

<sup>86</sup> Las cursivas son del investigador

Asimismo el código federal de procedimientos penales, menciona:

*Artículo 169.- Cuando se trate de lesiones externas éstas serán objeto de inspección con asistencia de peritos médicos, describiéndolas pormenorizadamente y se recabará dictamen de aquellos peritos, que las describa y las clasifique en orden a su naturaleza, gravedad, consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para ese fin.*

*Artículo 170.- En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, además de cualesquiera de otras diligencias que resulten procedentes, se practicará inspección haciéndose constar las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y se recabará el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, se hará constar esta circunstancia, agregándose el dictamen pericial.<sup>87</sup>*

Por ende, para César Augusto Osorio y Nieto, existen una serie de pasos básicos que deben de ser contemplados en la investigación del delito de lesiones y que a manera ilustrativa señala, entre los que se encuentran:

- A. Inicio de la averiguación previa.
- B. Síntesis de Hechos.
- C. Declaración de quien proporciona la noticia del delito o parte de policía.
- D. Declaración del lesionado o averiguación previa relacionada que contenga tal declaración, en su caso.

---

<sup>87</sup> Las cursivas son del investigador

- E. Inspección ministerial y fe de lesiones, o averiguación previa relacionada, en su caso.
- F. Dictamen pericial y clasificación de las lesiones.
- G. Razón de dictamen o certificado médico.
- H. Inspección ministerial y fe, en su caso, del instrumento del delito.
- I. Intervención a Policía Judicial a efecto de que realice investigación sobre los hechos puestos en conocimiento del Ministerio Público.
- J. Si son lesiones cometidas por arma de fuego, intervención a peritos en materia de Criminalística.
- K. Inspección ministerial y fe del lugar, cuando sea posible ubicar el lugar de los hechos y sea relevante para la investigación.
- L. Inspección ministerial y fe de ropas, si es necesario.
- M. Si existen testigos, se les tomará su declaración en caso de estar presentes y de lo contrario, se les citará.
- N. Cuando se encuentre detenido el indiciado, se le remitirá con el perito médico forense, para el efecto de que este dictamine acerca de su estado psicofísico e integridad física o lesiones.
- O. Razón de dictamen o certificado médico relacionado con el estado psicofísico e integridad física del indiciado.

P. Declaración del indiciado.

Q. Determinación correspondiente, de ejercicio de la acción penal o no ejercicio de la acción penal.<sup>88</sup>

Respecto a la intervención del perito médico forense, quien es el encargado de aplicar conocimientos médicos a situaciones jurídicas, resulta indispensable realizar algunas precisiones. Los peritos médicos adscritos a los servicios periciales de las procuradurías, realizan entre otras actividades la emisión de certificados médicos, los cuales sirven para dejar constancia del estado físico de una persona en el momento en que es presentado ante el agente del Ministerio Público.

De ésta forma el perito médico forense de dichas dependencias dependientes del ejecutivo local o federal, mediante el dictamen de examen psicofísico certifican el estado neurológico y físico en que se encuentra la persona, siendo el estudio que se realiza a denunciados o probables responsables antes y después de declarar, ya que el Ministerio Público se basa en este tipo de dictámenes para saber si la persona está capacitada para poder iniciar una declaración o se encuentra en condiciones físicas o mentales para ser interrogado.

Además, es importante tener presente que en el Distrito Federal, se encuentra vigente el Protocolo para la Exploración Médico Legal en los Exámenes de Integridad Física o Edad Clínica Probable, emitido por el Jefe de Gobierno y publicado en la gaceta oficial en fecha 24 de enero del año 2009, mediante el

---

<sup>88</sup> Véase OSORIO y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. 8ª edición. Porrúa. México 1997. pp. 260 y 261

cual se estableció una metodología de revisión médica legal, que regula la ejecución del examen de integridad física o edad clínica probable que llevan a cabo el personal médico de la Secretaría de Salud o de la Procuraduría General de Justicia, ambas del Distrito Federal, por petición expresa de la autoridad competente.

Para los efectos de precisados, el capítulo VI, señala que el personal médico examinará a la persona presentada de forma privada e individual o, en caso de ser menor de edad, en compañía de un familiar, quien ejerza la patria potestad, custodia, tutor o representante legal. Dicha intervención médico legal en el desarrollo de los exámenes de integridad física o edad clínica probable constará de tres etapas que a continuación se describen:

Entrevista.- en la cual el médico fecha y hora de inicio, solicitando a la persona presentada sus datos personales entre los que se incluirán el nombre, edad, estado civil, lugar de nacimiento, ocupación y grado de estudios; así como antecedentes personales patológicos, entendiéndose por éstos los padecimientos médico traumatológicos, quirúrgicos y, en caso, gineco-obstétricos; el tratamiento actual prescrito, si está ingiriendo medicamentos, tipo y dosis. En el caso de que la persona se refiera sana, así se indicará.

Inspección general.- consiste en la valoración médica de la persona presentada; en primer lugar, respecto a su estado de conciencia que se aprecie de su orientación en tiempo, lugar y persona, memoria concentración, lenguaje, congruencia, coherencia, fluidez, comprensión, repetición, tono y aliento del alcohol, solventes, hierva quemada, manzana, etc.; en segundo lugar, respecto a su actitud en relación a su expresión facial y marcha.



Exploración física.- la que deberá ser metódica y descriptiva, llevándose a cabo en la totalidad de la anatomía corporal, incluyendo área genital y región glútea de la siguiente forma: Céfalo caudal, de arriba abajo, de derecha a izquierda y de adelante hacia atrás. Asimismo, ésta etapa iniciará con la toma de signos vitales en la persona presentada, quien deberá permanecer preferentemente de pie, o sentada o encamada, dependiendo de su estado de salud, registrándose su temperatura, pulso, frecuencia respiratoria y cardiaca, además de su presión arterial. Enseguida se explorará la coordinación neuromuscular, conocida como prueba de Romberg, prueba dedo—dedo, dedo— nariz. Posteriormente el personal médico solicitará a la persona presentada que se desvista de la cintura hacia arriba, que eleve los miembros torácicos y que de vuelta de 360° grados para evaluar visualmente en forma general y apreciar detalladamente todas las regiones anatómicas de la parte superior del cuerpo; este mismo procedimiento se repetirá de la cintura hacia abajo.

Finalmente, cuando del resultado de la exploración física, se determine que la persona examinada presenta lesiones, se describirán sus características generales como son: tipo, forma dimensiones, ubicación anatómica, coloración, planos anatómicos involucrados, fenómenos agregados como características de la costra en caso de presentar ésta y otros hallazgos como ausencias de segmentos; para lo cual se deben utilizar palabras fáciles de comprender y evitar en la medida de lo posible el uso de tecnicismos.

Para los efectos de la clasificación, reclasificación y clasificación definitiva de las lesiones, se utilizarán los criterios que a continuación se mencionan: cronológico, estético, funcional, somato funcional y gravedad. Cuando a juicio del personal médico, se considere necesaria la toma de imágenes fotográficas de las lesiones, sugerirá a la autoridad competente ordene la intervención del

perito en la materia, documentándose la solicitud y el objetivo, así como la autorización de la persona examinada.

En las conclusiones del examen, el perito médico referirá: con o sin huellas de lesiones traumáticas externas, además de la clasificación legal de las lesiones descritas en la exploración física, de acuerdo con lo establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, debiendo solo clasificar la lesión mayor, evitando utilizar dos o más fracciones de un solo artículo, a menos que la solicitud así lo indique; por último se indicará si al momento de la exploración la persona examinada se encontraba ebria o bajo la influencia de algún estimulante o depresor del sistema nervioso central.

De esta manera, observamos la intención de las autoridades de otorgar certidumbre jurídica a los ciudadanos en la actuación de los servicios que prestan los médicos legistas o forenses en el Distrito Federal, cuando así lo requieran las autoridades competentes, que pueden ser tanto el Ministerio Público, como la autoridad jurisdiccional; lo que para efectos de la presente investigación, toma especial relevancia por tratarse de aspectos procedimentales del delito de lesiones.

Sin embargo, no debemos pensar que por una disposición del titular de la administración Pública local, se terminará con los abusos de algunos servidores públicos, sino que, resulta necesario tal y como lo hemos venido señalando, una verdadera reforma en materia de procuración y administración de justicia, que conjugue aspectos éticos, jurídicos, de profesionalización, sociales y económicos que erradiquen problemas de fondo.

## 2. Causas de atipicidad.

El derecho penal tiene como finalidad primordial sancionar las conductas humanas voluntarias que afecten bienes jurídicos, que por su alto valor, deben ser salvaguardados en forma puntual, debido a las graves consecuencias que produce su lesión y puesta en peligro. Así observamos, que las medidas establecidas en el ámbito civil por una falta cometida a las disposiciones legales, supone una conducta tan antijurídica como la que encuadra en un tipo penal, sin embargo, dada la importancia que tienen para el Estado y para la sociedad, la reacción no debe ser tan violenta.

En ese sentido, dada la reacción severa que el derecho penal implica, se han establecido una serie de requisitos formales que deben ser cabalmente cumplidos y que se contienen en el ya referido principio de legalidad, cuyo origen lo tenemos en la formulas ***nullum crimen sine lege y nullum poena sine lege***. En consecuencia, podemos afirmar que sólo las hipótesis previstas en el tipo penal son las que tendrán relevancia para esta rama del derecho y todas aquellas que no se encuentran descritas le resultan indiferentes.

De esta manera, Arturo González Quintanilla considera que "... si el tipo es la descripción de conducta acreedora de pena y, entre los elementos del delito, se encuentra la tipicidad formal –entendida como el encuadramiento letrístico de la conducta al dispositivo que la describe–, al faltar ésta, es obvio que no interesa al área penal, por ende, no hay delito sin tipo legal".<sup>89</sup>

Por ello, la atipicidad primordialmente podrá presentarse en dos formas: la ***absoluta***, que implica una inexistencia del tipo, o bien, la denominada ***relativa***, por no integración del tipo por falta de algún elemento de este.

---

<sup>89</sup> GONZÁLEZ Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Ob cit.. p. 289

Lo anterior lo corrobora Jiménez de Asúa, cuando indica que la ausencia de tipicidad se presenta:

- Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales especiales, o
- cuando le ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica Antijurídica.<sup>90</sup>

A su vez, para Puig Peña a la tipicidad se contrapone la ausencia de tipo o atipicidad, lo que puede ocurrir en los supuestos siguientes: total ausencia del tipo, y ausencia de tipicidad por falta de objeto, por falta de sujeto típico, por falta de medio típico o por falta de referencias temporales o especiales del tipo.<sup>91</sup>

Finamente, hemos de apreciar la opinión al respecto de Fernando Castellanos, quien nos precisa que la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo y, en consecuencia si la conducta no es típica, no podrá ser delictuosa. Además, suele distinguirse entre ausencia de tipo y atipicidad; la primera se presenta cuando el legislador deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos; en cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada y el hecho no será típico por falta de

---

<sup>90</sup> Véase JIMÉNEZ de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Cit. por PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. Ob. cit. p. 367

<sup>91</sup> Véase PUIG Peña, Federico. Derecho Penal. Tomo I. Cit. por PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. Ob. cit. p. 370

adecuación exacta a la descripción legislativa. En el fondo, en toda atipicidad hay una falta de tipo.<sup>92</sup>

En consecuencia, podemos colegir que la tipicidad, presenta fundamentalmente dos variantes: la primera, que hemos denominado absoluta, en la cual el legislador ha dejado de observar tal o cual conducta, en virtud de serle total y completamente intrascendente para la protección de bienes jurídicos de mayor importancia social, lo que teóricamente ha sido justificado mediante los principios rectores de Legalidad y Subsidiariedad o Ultima Ratio que rigen el Derecho Penal. La segunda variante, la llamamos relativa, ya que si bien el legislador ha establecido un tipo penal para limitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico determinado, la conducta llevada a cabo por el indiciado, no se adecua a la hipótesis legal, por no coincidir en alguno de los elementos objetivos, subjetivos o normativos.

### **2.1 Absoluta (inexistencia del tipo).**

Esta clase de atipicidad no tiene que existir establecida expresamente en la ley, ya que como lo hemos dicho, no hay delito ni pena sin ley. El derecho penal se aplica como excepción y como último recurso ante la amenaza que representan para la sociedad las conductas que trasgreden bienes jurídicos importantes para el sano desarrollo de los individuos en la sociedad.

Un ejemplo de la indiferencia del derecho penal a determinadas conductas la encontramos en el delito putativo, según el cual su autor tiene un pleno convencimiento de que su conducta es delictiva, pero en realidad no tiene tal

---

<sup>92</sup> Véase CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ob cit. pp. 159 y 160

carácter, ya que no aparece descrita en la ley como acreedora de una pena, actualizándose una atipicidad por falta de tipo.

Asimismo, a diferencia de la materia civil, en el ámbito penal, por mandato constitucional se encuentra prohibido interpretar los tipos penales de manera analógica y tampoco la aplicación por mayoría de razón, a pesar de que la conducta llegara a ser más deleznable que la prevista en la ley, lo que genera que muchas conductas lleguen a ser atípicas por las razones antes mencionadas.

Al respecto, Octavio Alberto Orellana Wiarco, nos indica que la falta de tipo o ausencia del mismo se refiere a que el hecho o conducta no aparecen en la ley, no existe el tipo, señalando como ejemplo de ello, que en el actual Código Penal Federal ya no se contempla el tipo del delito de injurias, ya que el artículo 348 fue derogado, por lo que en caso de que una persona acuse a otra de haberla injuriado, su imputación no prosperará porque ese tipo delictivo ya no existe.<sup>93</sup>

Un claro y actual ejemplo de atipicidad absoluta, la encontramos en los casos en que se habiéndose suicidado una persona, se da inicio a una investigación por parte del Ministerio Público, sin embargo de la práctica de las diligencias procedentes, entre las cuales en forma enunciativa podemos mencionar los dictámenes en materia de criminalística de campo, química, medicina forense, balística y fotografía, así como las actuaciones Ministeriales de fe de cadáver, levantamiento del mismo e inspección en el lugar de los hechos, se llega a conocer que los hechos en los que perdiera la vida dicha persona, no son delictivos, en virtud de no existir en el Código Penal tipo penal alguno que describa como delito tal conducta.

---

<sup>93</sup>Véase ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 231

## 2.2 Relativa (falta de algún elemento del tipo).

Esta clase de atipicidad, implica la falta de alguno de los elementos que el legislador fija para cada una de las figuras que aparecen en el catálogo delictivo, motivo por el cual resulta de vital importancia la determinación de los elementos típicos de cada delito en particular y verificar si en la conducta realizada, se reúnen todos y cada uno.

Respecto a los elementos del tipo penal, es necesario tener presente que los elementos objetivos, materiales o descriptivos del tipo penal son expresiones del supuesto legal del hecho punible, que aluden a una circunstancia perceptible por los sentidos o por la simple actividad del conocimiento; como en el caso del homicidio, previsto por el código penal federal, en el cual se establece que comete el delito ***el que priva de la vida a otro***, narrándose así un hecho conductual objetivamente perceptible por los sentidos. Asimismo, los elementos normativos, son expresiones que se contienen o implican en el supuesto jurídico penal que se aprecian a través de un especial juicio de valoración, como en el caso de ***sin causa o motivo justificado, ilegalmente, injustificadamente, autoridad competente, pariente colateral en segundo grado, bien mueble***, entre otras. Finalmente, la tercer clasificación de elementos son los subjetivos, entre los que se encuentran el dolo y las expresiones que contenga el supuesto legal de un hecho punible que aludan a un especial motivo, conocimiento o contenido de la voluntad, como en el caso del robo el ánimo de apropiación del sujeto activo de disponer del bien mueble como si fuera su dueño.<sup>94</sup>

En ese tenor, resulta claro que la atipicidad relativa se presenta cuando en el juicio de tipicidad formulado, se presenta la ausencia de alguno de los elementos

---

<sup>94</sup> Véase BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob. cit. pp. 468 a 474

objetivos o descriptivos, normativos y los subjetivos, ya sea genéricos como el dolo o culpa, o bien, específicos como la falta de ánimos, fines, o propósitos del autor del delito.

De lo anterior, inferimos que serán causas de atipicidad por falta de elementos objetivos o descriptivos, cuando se presente la ausencia de:

- Acción u omisión. Para los seguidores de la teoría Diferenciadora del consentimiento, este excluiría la tipicidad cuando en los tipos penales se establece la ausencia de voluntad del lesionado o sujeto pasivo como fundamento de la conducta ilícita o se deduce tácitamente del tipo y, cuando el tipo penal además de proteger un bien jurídico, también tutela su libre disposición.
- Resultado material o formal, es decir, que no exista lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Situándose precisamente aquí el consentimiento del ofendido, cuando es considerado por la teoría Unitaria como la causa que anula la lesión o puesta en peligro.
- Nexos de atribución de la conducta al resultado.
- Objeto material.
- Bien jurídicamente tutelado.
- Calidades exigidas en el sujeto activo y pasivo.
- Medios comisivos en caso de ser requeridos por el tipo penal.
- Circunstancias típicas de modo, tiempo y lugar.



Además, se carecerá de tipicidad por falta de elementos normativos, cuando no se actualicen las expresiones que necesariamente deban ser valoradas jurídica o culturalmente, como en el caso de las lesiones, quedaron referidos con antelación, las palabras **daño, alteración y salud**.

En lo tocante a los elementos subjetivos, se presenta la atipicidad por:

- Falta de dolo. En donde la vastísima **teoría del error**, nos explica que el sujeto activo ejecuta la conducta típica creyendo o suponiendo encontrarse en una situación que no era acorde a la realidad, a la luz de la teoría finalista que desarrolló el error de tipo.

Para Octavio Alberto Orellana Wiarco, el “error de tipo se puede definir como el desconocimiento o la equivocación sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo; si el error es de carácter invencible, excluya la tipicidad dolosa; si el error es de índole vencible, o sea si el sujeto no obró con la debida previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, su conducta será sancionada como delito culposo”.<sup>95</sup>

Verbigracia, si Fabián pretende matar a su padre y al ver que se acerca una persona dispara su arma de fuego y en realidad privó de la vida al repartidor de periódico, estamos ante la presencia de un concurso de delitos, por una parte una conducta típica de homicidio culposo, además por otra la tentativa de homicidio en razón de parentesco, lo cual se resolverá aplicando las reglas del concurso ideal.

- Falta de culpa.

---

<sup>95</sup> ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob cit. p. 244

- Ausencia de elementos subjetivos específicos, como tendencias, propósitos, ánimos o fines. El ejemplo más claro de ello, lo encontramos en el delito de fraude a que se refiere el artículo 386 del Código Penal Federal en vigor, en el cual se requiere el acreditamiento del propósito del sujeto activo de “hacerse ilícitamente de una cosa” o “alcanzar un lucro indebido”.

Por último, indica atinadamente Octavio Alberto Orellana que “...el sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad por falta de elementos objetivos, a que se refiere el sistema finalista, sin embargo difieren fundamentalmente en que el sistema finalista incluye como causas de atipicidad, la ausencia de dolo, o de otros elementos subjetivos distintos del dolo, por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de acción típica.”<sup>96</sup>

### **3 Causas de justificación.**

La antijuridicidad establece que un comportamiento humano voluntario, que además es típico, es contrario al orden jurídico en general y, por tanto se le ha denominado *injusto*. Sin embargo, cuando ese comportamiento se encuentra amparado por una causa de justificación, no hay delito. Ejemplo de lo anterior lo tenemos en la conducta de privar de la vida a otro, que si bien se encuentra descrita por el tipo penal, también lo es que si se realiza bajo los supuestos y requisitos de la legítima defensa, entonces no será antijurídica, debido al amparo de una causa que la justifica.

---

<sup>96</sup> Ibidem. pp. 241 y 242

Para Fernando Castellanos, las causas de justificación son “aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica”.<sup>97</sup>

Así, Francisco Muñoz Conde, indica que el ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan realizar un hecho, en principio prohibido. En el derecho penal, la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, ya que el tipo describe la materia de prohibición, es decir aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos, sin embargo, en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. De esa forma, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación que convierte al hecho típico en perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico.<sup>98</sup>

Enrique Díaz Aranda toma una postura contraria a los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, para quienes dichas causas de justificación constituyen una exclusión de la prohibición, en cambio para él, las mismas “no excluyen la prohibición especial de la conducta, sino que la justifican, razón por la cual privar de la vida a otro es una conducta prohibida, y solo excepcionalmente se justifica cuando concurren las circunstancias de alguna causa de justificación”.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ob cit. p. 169

<sup>98</sup> Véase MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 2ª edición. Editorial Temis. Bogotá 2002. p. 71

<sup>99</sup> DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General Ob cit. p. 302

En ese sentido, debemos de considerar que de acuerdo a los principios fundamentales que rigen el Derecho Penal, denominados de **subsidiariedad** y **exclusiva incriminación de conductas**, cuando se establece el derecho penal en un tipo, subyace una norma jurídica que está defendiendo un valor, por lo que nadie está autorizado para lesionarlo o ponerlo en peligro, tan es así, que el análisis jurídico del delito implica la necesidad de realizar un juicio de antijuridicidad, lo cual corrobora el criterio de que las conductas de quienes actúan en legítima defensa o estado de necesidad esencialmente permanecen prohibidas, pero el sistema jurídico las tolera por cuestiones que en el mejor de los casos deben encontrar respuesta en la política criminal que aplica el Estado.

Sobre la fundamentación teórica que sustentan las causas de justificación, se han diseñado diversas teorías que se clasifican principalmente en monistas y pluralistas. Entre las primeras, podemos mencionar la teoría del fin, según la cual una conducta típica encuentra justificación cuando sea el medio adecuado para conseguir un fin que el legislador ha establecido; otras teorías monistas mencionan la ley de más beneficio que perjuicio y la ponderación de valores establecidos en la sociedad.

Por su parte, para las teorías pluralistas el fundamento de las causas de justificación se ubican en los principios denominados de interés preponderante y de ausencia de interés, como se aprecia de lo señalado por Mezger en el sentido de que:

“...desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (principio de la ausencia de interés), o surge frente a dicho interés otro de más valor, que transforma en conducta conforme al Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (principio de interés

preponderante); fundamentos de exclusión de la antijuridicidad, que se hallan en la más íntima con el fin último del Derecho, surgiendo dos causas de exclusión del injusto con arreglo al principio de ausencia de interés; el llamado consentimiento del ofendido y el llamado consentimiento presunto del ofendido”.<sup>100</sup>

Independientemente de las posturas que toman los autores en torno a la génesis de éstas causas de juricidad, no se debe perder de vista que estas cumplen una función político-criminal, a través de las cuales el legislador penal pretende solucionar problemas en aquellos supuestos donde la conducta típica del sujeto activo se encuentra justificada y enviar como mensaje a la sociedad que bajo ciertas hipótesis la lesión a un bien jurídico no es constitutivo de delito.

Finalmente, debemos tener en claro las consecuencias que derivan de las causas de justificación, ente las que se desprende:

- Al ser lícita la conducta, no cabe en un solo acto oponerles otra causa de la misma categoría.
- Cualquier partícipe estará justificado si así se encuentra el autor de la conducta típica.
- Al autor no le será aplicable sanción alguna, sea pena o medida de seguridad.
- La existencia de dicha causa hace innecesario el estudio de la culpabilidad de la conducta del sujeto activo.

---

<sup>100</sup> PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. Ob cit. pp. 386 y 387

Por dichas consecuencias, consideramos que es importantísimo tener en claro los fundamentos y requisitos de dichas causales, en virtud de que no solo es una cuestión doctrinal irrelevante, sino que impactan sobre la vida de la sociedad y de alguna manera, envían mensajes a los destinatarios de las normas jurídicas; debido a que si, verbigracia, en un instituto de formación policial se hiciera creer a sus educandos que prácticamente en cualquier supuesto la legítima defensa los ampara, desde luego se generaría una confianza absoluta en ellos, que los conduciría a la comisión de un sinnúmero de conductas delictivas.

#### **4 Consentimiento del ofendido.**

Resulta interesante hacer un repaso histórico acerca de la institución del consentimiento en el Derecho Penal en nuestra tradición jurídica, debido a la trascendencia que para la presente investigación posee este punto.

En primer lugar, es preciso recordar que en el Derecho Romano, Ulpiano aportó el principio o máxima: *nulla iniuria est quae in volentem fiat* (no es ninguna injuria la que se hace en contra del que la acepta); según el cual un hecho que en términos del modelo legal sería delito, deja de serlo por el consentimiento del titular del derecho violado o expuesto a peligro. Lo que tiene su justificación en el hecho de ser una excepción a la regla general de la tutela de los bienes jurídicos. Esta excepción la realiza el Estado fundada en las valoraciones éticas, por la cual, se legitima la lesión o puesta en peligro de ciertos intereses jurídicos, cuando existe una voluntad manifestada en tal acontecimiento proveniente del titular de los intereses.

Lo contrario a derecho, en Roma, fue la injusticia o *iniuria*. Técnicamente se debe a dicha voz un significado más restringido, aplicándolo en sentido positivo

a las ofensas causadas a un tercero en su cuerpo o en sus cosas, en contraposición a la apropiación de las cosas ajenas o sea el *furtum*. Sin embargo al desarrollarse posteriormente el derecho, se dividió la *iniuria* en *iniuria* simplemente, o sea ofensa antijurídica causada a la persona y *dannum iniuria*, o daño causado injustamente en las cosas, partiendo, de la idea de que en el primer caso, no se debía atender sino a la imposición de penas, mientras que en el segundo habría que procurar ante todo la indemnización del daño.

Las Doce Tablas codificaron las reglas relativas a este delito y a otros que tenían el carácter privado. Las legislaciones posteriores se refieren muy someramente a dicho delito, salvo un acuerdo del pueblo propuesto por Sila y que no hizo sino variar el funcionamiento del tribunal que habría de entender en ciertos casos de injuria; las transformaciones de este delito fueron debido a la *interpretatio* y a las consecuencias que se sacaron del Derecho de las Doce Tablas, o al sistema judicial de los pretores.

*Iniuria* era la ofensa intencionada e ilegítima a la personalidad de un tercero. Así vemos que la personalidad cuya ofensa o lesión constituye la injuria era la personalidad física. Una persona viva podía ser injuriada tomando como instrumento para la ofensa a un muerto, pero al muerto mismo no se le podía injuriar; solo el caso de la herencia yacente es a la que se le hacía extensiva la ficción de la personalidad en lo relativo a la injuria.

Tampoco se podía injuriar a las corporaciones, aún cuando la injuria fuera dirigida a la vez contra diferentes personas físicas, por cuanto a los miembros que componían aquellas no se les consideraba entonces como seres individuales, sobre todo era imposible causar injuria al Estado, ni a otras personas que no eran tales sino ficción jurídica; pudiendo ser incluso los locos y los menores sujetos pasivos de la ofensa.

Todo parece indicar que en el Derecho Romano antiguo no se consideraba como injuria punible más que la lesión corporal, el hecho de ponerle uno la mano encima a otro. En general, la *iniuria* de las Doce Tablas se diferenciaba técnicamente de la *iniuria* regulada en el derecho de los tiempos posteriores en que la primera era la lesión, cuyo autor pudiera ser responsable legalmente de ella, y la segunda era la ofensa causada dolosamente a la personalidad, de modo que el concepto de aquella era, por un lado, más amplio que el de ésta, toda vez que abarcaba las lesiones corporales culposas y por otro lado era más restringido por cuanto excluía toda ofensa a la personalidad que no fuese una lesión corporal. De los tres grados de injuria establecidos por el Código de las Doce Tablas, se encontraban: la mutilación, la fractura de hueso y la *iniuria* meramente; pareciera que ésta última era la que designaba la verdadera injuria, porque de no ser así, habría que admitir que los elementos constitutivos de este delito eran más amplios e ilimitados, cosa que se armoniza mal con el carácter concreto y positivo del antiguo código, donde se da el nombre de infamia, y como a estos casos de infamia se les trata a las pocas injurias que no consistían en lesiones corporales.<sup>101</sup>

Sin embargo, las cosas no pudieron continuar en tal situación, consuetudinariamente se fue ampliando el número de casos en que podía entablarse la acción correspondiente, así las cosas la personalidad podía ser ofendida de tres maneras: en su cuerpo, en su condición jurídica o en su honor. No había palabra para designar técnicamente éstas tres categorías de hechos. El concepto de injuria se limitaba en un principio a las lesiones corporales, pero una vez ampliado el conjunto de los hechos que daban lugar a la acción de injuria no existía una voz técnica que designara adecuadamente la verdadera

---

<sup>101</sup> Véase MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis. Bogotá 1991. pp. 484 a 486.



injuria corporal. La segunda clase mencionada de hechos injuriosos ni siquiera podía ser mencionada con una palabra especial, a pesar de que realmente constituían injurias de importancia grande. Y con respecto a las ofensas del honor, se aplicó la palabra **conviciuron**.

Según el derecho de los tiempos posteriores, la injuria no podía cometerse culposamente, para que existiera, se hacía precisa la ofensa jurídica intencionada. Por lo tanto, no tenía lugar la acción de injuria en los siguientes casos:

- Cuando el hecho lo hubieran ejecutado individuos no susceptibles de imputabilidad, por ejemplo los locos o infantes.
- Cuando se realizaran actos cuyo fin no fuese violar el derecho. Era lícito descubrir hechos nocivos, siempre que el fin con que se ejecutasen fuera otro que el de deshonrar u ofender a nadie.
- En todos los casos en que se realizaran actos permitidos por el derecho, como cuando se ejerciera el derecho de punición doméstica, y en general siempre que se tratara de castigos impuestos por el jefe de familia, o cuando los magistrados castigaban dentro de sus atribuciones.

Ni siquiera se admitía la injuria cuando el castigo se hubiera impuesto mediante error.

- El consentimiento del agraviado excluía la acción, cuando lo que se cuestionaba era ese consentimiento.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Ibidem. pp. 484 a 486.

En este sentido, Luis Jiménez de Asúa señala:

“El consentimiento de la víctima excluía, pues, el delito de iniuria, pero el homicidio, cometido mediante el consentimiento de sujeto pasivo no se estima como *iniuria*, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad [...] *volenti non fit iniuria*. Solo deber ser sometido a las disposiciones posibles (jurídicamente) del lesionado, el derecho contra el que se dirige el acto a que se refiere el consentimiento [...] A pesar de esto parece fuera de duda que el texto romano tantas veces invocado, tiene una significación absolutamente limitada, siendo insostenible en un sentido general...”<sup>103</sup>

En el Derecho Azteca, existió bastante oscuridad y confusión respecto al derecho de las obligaciones; la palabra misma no parece haber existido originariamente, al menos en su acepción general, incluso se ha propuesto el término *tlapaliliztli* como equivalente a convenio; pero, si bien era conocida la obligación procedente del delito no se sabe con certeza si existía la procedente del mero convenio, es decir del mero consentimiento de las partes, o si este necesitaba ser sustanciado con la entrega de la cosa para que naciera la obligación.

El *tlacatecatl* conocía las causas civiles y criminales; en las civiles sus resoluciones eran inapelables; en las criminales se admitía apelación ante el *cihuacoatl*. El tribunal del *tlacatecatl* estaba compuesto de él mismo y otros dos ministros o ayudantes, auxiliados, a su vez, por un teniente cada uno. Tenían sus sesiones en la casa del rey.

---

<sup>103</sup> JIMÉNEZ De Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, El Delito. 2ª edición. Editorial Losada. Buenos Aires 1961. pp. 574 y 575.

Respecto al procedimiento en lo criminal el *topilli*, se encargaba de aprehender al acusado, sin que se sepa si las partes eran asistidas por un perito en derecho, sin embargo lo más probable es que no existiera y tampoco podía existir en un procedimiento de mera equidad en los cuales no tenían que interpretarse textos legales, y en que aún las mismas costumbres no tenían fuerza obligatoria para los jueces; sin pasar por alto que tenían una palabra que designa el abogado, pero eso no es prueba de que ella existiera y fuera usada en la época precortesiana.

Cuando el derecho español vino a sustituir al azteca en materia penal, natural es que las costumbres se relajaran y se extendieran los vicios, que antes estaban fuertemente reprimidos por penas que imponían el terror.<sup>104</sup>

Al consumarse la independencia de México en 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; además como derecho supletorio la Novísima recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao (1737), constituyendo éstas el código mercantil que regía para su materia, pero sin referencias penales.

Natural fue que el nuevo Estado nacido con la independencia política se interesara primeramente por legislar sobre su ser y funciones, por lo que todo el empeño legislativo se enfocó al Derecho Constitucional y al Administrativo. Así vemos que existió escasa legislación para atacar los grandes problemas que en materia penal existían, los que solo podían hallar cauce legal en los textos heredados de la Colonia y cuya vigencia real se imponía, no obstante la

---

<sup>104</sup> Véase ESQUIVEL Obregón, Toribio. Apuntes de la Historia de México Tomo I. Editorial Polis. México 1937. pp. 374 a 392.

independencia política; pues algunos esfuerzos en ese sentido se quedaron el proyecto, como el formulado por el jurista Carlos María de Bustamante.

Siendo los Constituyentes de 1857, con los legisladores de 1860 y 1864 los que sentaron las bases de nuestro Derecho Penal, al hacer sentir la urgencia de legislar al respecto. Con el derrocamiento del Imperio de Maximiliano de Habsburgo, también fue frustrado un proyecto de Código Penal para el Imperio Mexicano que había sido formulado por el Ministro Lares; restablecido el gobierno republicano en el territorio nacional, el Estado de Veracruz fue el primero en el país que a partir de entonces llegó a poner en vigor sus códigos propios, Civil y Penal y de procedimientos, el 5 de mayo de 1869; obra jurídica de la más alta importancia sin duda, cualesquiera que fueran sus defectos técnicos, y en la que se reveló la personalidad del licenciado Fernando J. Corona, su principal realizador. De esta manera quedó rota la unidad legislativa en que hasta entonces había vivido la nación mexicana.

En ese sentido, al ocupar la capital de la república el presidente Juárez (1867) había llevado a la Secretaría de Instrucción Pública al licenciado don Antonio Martínez de Castro, quien procedió a organizar y presidir la comisión redactora del primer código penal federal mexicano de 1871. Dicha comisión logró dar fin al proyecto de Libro I, pero hubo que suspender los trabajos a causa de la guerra contra la intervención francesa y el imperio. Posteriormente al volver el país a la normalidad, la nueva comisión quedó designada el 28 de septiembre de 1868, integrándola como su Presidente el Ministro Martínez de Castro y como Vocales los licenciados don José Ma. Lafragua, don Manuel Ortiz de Montellano y don Manuel M. de Zamacona.

Esta Comisión tuvo a la vista el proyecto de Libro I formulado anteriormente y trabajó por espacio de dos años y medio, llegando a formular el Proyecto de

Código que presentado a las Cámaras, fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir el 1 de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el territorio de la Baja California. La formulación de una legislación para México, fue la principal preocupación de los redactores del Código Penal de 1871, con la finalidad de que el país no continuara sin más ley que el arbitrio en ocasiones caprichoso de los jueces. Este código se mantuvo en vigor hasta 1929, a pesar de que sus autores habían reconocido la provisionalidad del mismo.

En 1912 se presentó un proyecto de reformas al código de 1871, cuya comisión la encabezó el licenciado don Miguel S. Macedo; sin embargo sus trabajos no recibieron la consagración legislativa debido a las convulsiones internas del país que llevaron a los gobiernos a atender asuntos de manera urgente.

Al ir recuperándose paulatinamente la paz renacieron las inquietudes reformadoras y por fin en 1925 fueron designadas nuevas comisiones revisoras, que culminan en 1929 con la expedición del Código Penal.

El presidente Portes Gil, en uso de facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por decreto del 9 de febrero de 1929, expidió el código penal de 30 de septiembre de ese mismo año, para entrar en vigor el siguiente 15 de diciembre. Se trató de un ordenamiento de 1,233 artículos de lo que fueron cinco transitorios; destacándose que buena parte de su articulado procede del anteproyecto para el Estado de Veracruz, que fue promulgado como código penal hasta el día 10 de junio de 1932.

Este código adoleció de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica. Motivo por el que el propio

licenciado Portes Gil determinó la inmediata designación de una nueva Comisión Revisora, misma que se dio a la tarea de hacer el código penal que hasta nuestros días permanece vigente en toda la República Mexicana, mismo que fue promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, en uso de facultades concedidas por el Congreso de la Unión por decreto del 2 de enero del mismo año.<sup>105</sup>

De ésta forma, se incluyó el consentimiento del sujeto pasivo en nuestro sistema jurídico hasta la reforma al código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal por decreto publicado en fecha 10 de enero de 1994 y en vigor a partir del 1º de febrero del propio año, quedando contemplado como una causa de exclusión del delito en el artículo 15 fracción III; asimismo lo consideró también el código penal para el Distrito Federal vigente a partir del 12 de noviembre del año 2002, que literalmente estableció en su artículo 29:

*“ARTÍCULO 29.- (causas de exclusión). El delito se excluye cuando:*

*...III. (Consentimiento del Titular. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan 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 capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y*

---

<sup>105</sup> Véase CARRANCA y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Derecho Penal Mexicano. 18ª edición. Porrúa. México 1995. pp. 121 a 134

c) *Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.*

*Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza 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 su consentimiento...<sup>106</sup>*

Es importante advertir, que durante muchos años, este fue un tema ajeno a la discusión doctrinal, ya que se consideró que como el Derecho Penal tenía el carácter de ser público, no debería ser materia de valoración la voluntad de los particulares en la determinación de la comisión de conductas delictivas.

Así vemos, que antes de dicha reforma no se consideró al consentimiento como una causa de justificación, debido a que se pasó por alto que lo antijurídico lesiona o pone en peligro intereses protegidos de carácter social y no individual, por lo que, el consentimiento de la persona directamente afectada o su falta de interés respecto a dicho bien jurídico protegido, no hizo desaparecer la antijuridicidad del acto. Como ejemplo de ello, tenemos el caso del homicidio consentido, en donde existe un interés social de conservación de la vida.

Sin embargo, a partir de esa reforma no ha quedado debidamente esclarecido si el consentimiento del ofendido tiene el carácter de causa de atipicidad o justificación en el derecho penal en México, pues en principio podríamos pensar que se ha querido situarlo en este último supuesto y casos como el del consentimiento presunto, nos da la pauta a creer que no lo podemos considerar como excluyente del tipo, porque para ello ya se contaba con el reconocimiento del error de tipo, en donde se podía presentar el error vencible o invencible,

---

<sup>106</sup> Las cursivas son del investigador

pudiendo sancionar al activo en el primer caso a título de culpa, pero en el segundo supuesto la conducta sería atípica.

Además, Enrique Díaz Aranda agrega que:

“Tampoco desde una interpretación sistemática del Código Penal mexicano se encontraría razón de ser de la inclusión del consentimiento como excluyente de la tipicidad, porque la misma reforma de 1994, dispuso en la fracción II del artículo 15 que el delito se excluye cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate. Por tanto, en aquellos delitos en que el tipo requiere la realización de la conducta sin el consentimiento del sujeto pasivo, su mediación supone la exclusión prevista en la citada fracción segunda, y no requeriría reiterar ello en una fracción más”.<sup>107</sup>

Llegando a la conclusión, el autor en cita, que el legislador penal mexicano no incluyó al consentimiento como una causa de exclusión de la tipicidad porque no se necesitaba una reforma para aclarar algo que ya estaba suficientemente delimitado en la ley, la jurisprudencia y la doctrina; además que de la interpretación sistemática del código penal, cuyo respaldo se encuentra en diversas normas supremas contenidas en tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país, se puede deducir que a partir de las reformas de 1994, el consentimiento es, también, una causa de justificación en el derecho penal mexicano, lo cual supone una de las expresiones de máxima libertad característica de legislaciones propias de un Estado social y democrático de Derecho.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ob cit. p. 355

<sup>108</sup> Véase *Ibidem*. pp. 356 y 357



A mayor profundidad en el tema, hemos de mencionar que existen dos teorías han tratado de resolver el problema de la ubicación sistemática del consentimiento del ofendido, en el esquema de la teoría del delito. Una de ellas, denomina diferenciadora, indica que el consentimiento podría tener una doble función, en unos casos actuando como causa de atipicidad de la conducta y, en otros, como causa de justificación. Para los primeros casos, señala María José Segura García, la doctrina alemana utiliza el término ***Einverständnis***, mientras que la española lo refiere como acuerdo, asentimiento o conformidad; por otra parte, para los segundos supuestos, la doctrina alemana utiliza el término ***Einwilligung***, reservándose exclusivamente la palabra consentimiento en los textos españoles. Como partidario de ésta posición podemos mencionar a Jakobs, quien distingue entre acuerdo excluyente del tipo, consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante.<sup>109</sup>

La teoría diferenciadora considera dos supuestos en los cuales el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta y son: cuando en los tipos penales se establece la ausencia de voluntad del lesionado o sujeto pasivo como fundamento de la conducta ilícita o se deduce tácitamente del tipo, como en el delito de robo y, cuando el tipo penal además de proteger un bien jurídico, también tutela su libre disposición, lo cual se puede apreciar en el tipo de abuso sexual. Además, para fundamentar el consentimiento como causa de justificación, se han propuestos diversos enfoques doctrinales, entre los que se encuentran: la teoría del negocio jurídico, la teoría de la ausencia de interés y finalmente la teoría de la ponderación de valores, que serán materia de un análisis en el cuarto capítulo de la presente investigación.

---

<sup>109</sup> Véase SEGURA García, María José. El Consentimiento del Titular del Bien Jurídico en Derecho Penal. Editorial Tiran Lo Blanch. Valencia 2000. pp. 55, 77 y 78

La otra teoría en torno a la ubicación del consentimiento del ofendido, se denomina unitaria, que ha venido pugnando por considerar la totalidad de los supuestos en los que concurre la voluntad del bien jurídico, como excluyente de la propia tipicidad de la conducta. Los seguidores de esta postura, entre los que se encuentra Claus Roxin, han establecido que al concurrir la voluntad del titular se excluye el desvalor del resultado y con ellos la tipicidad de la conducta o dicho en otros términos, el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado sea extraído de campo del derecho penal y quede a disposición del titular.<sup>110</sup>

Asimismo, Antonio Berchermann, siguiendo la teoría diferenciadora, formula una distinción entre las clases de consentimiento al señalar que:

“... el consentimiento presunto es distinto al tácito, en cuanto a que en este —a diferencia del presunto— sí hay manifestaciones del disponente o cierta conducta de él con relación al bien y a quien realiza la injerencia que permiten asumir el consentimiento de aquel en la disposición del bien por parte del injerente; mientras que en el consentimiento presunto faltan dichas manifestaciones del titular y sin las mismas condiciones que motivan la conducta de injerencia sobre el bien jurídico que se afecta, las que autorizan justificarla en virtud de que aquellas permiten asumir de que de haberse consultado al titular o a quien esté facultado para consentir, estos hubieren otorgado su consentimiento...”<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Ibidem. p. 92

<sup>111</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob. cit. p. 604

Además le atribuye consecuencias prácticas a esas especies del consentimiento, ya que considera que el consentimiento expreso o el tácito que afecte un bien jurídico disponible, constituye una casual de atipicidad, mientras que tratándose del consentimiento presunto, que presupone una lesión jurídica, resulta una causa de justificación por conformidad de la conducta con la norma.<sup>112</sup>

Por ende, no podemos dejar de apreciar que también la forma en que se presente el consentimiento resulta de vital importancia para distinguir la manera en que impactará en la estructura del delito, pues no es posible sostener una postura que solamente aprecie el lugar en donde el legislador ubicó una determinada institución jurídica o que exclusivamente atienda a aspectos legales o jurisprudenciales que pueden llegar a ser también inconsistentes, por llevarnos a soluciones alejadas de la realidad.

Una vez evidenciada la falta de claridad existente sobre la interpretación de la ley en materia del consentimiento del ofendido, pasaremos a lo relativo a los requisitos que debe de reunir para que sea válido. En ése sentido, Emiliano Sandoval Delgado nos indica que en primer lugar ha de ser previo o coetáneo al acto pero no posterior; además de revocable sin necesidad de mayores formalidades, así como libre y exteriorizado, lo que supone la ausencia de vicios de la voluntad como de violencia, error o engaño y, puesto de manifiesto en el mundo exterior, bien de manera expresa o tácita. Respecto a la persona que lo otorga ha de ser capaz para ello. Finalmente, en cuanto al objeto del consentimiento, ha de abarcar la acción y el resultado típico, en cuanto pueda preverse al momento de otorgarse el mismo.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Véase *Ibidem*. pp. 604 y 605

<sup>113</sup> Véase SANDOVAL Delgado, Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. Ob. cit. pp. 87 y 88

A su vez, Francisco Muñoz Conde señala que son requisitos del consentimiento para que opere como causal de justificación los siguientes:

- Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios.
- Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que igual que ésta, exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.
- Cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente, como el error, la coacción o el engaño, invalida el consentimiento.
- El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho, y ha de ser conocido por quien actúa. Además cualquier error sobre la existencia del consentimiento debe ser tratado conforme a las reglas generales del error en las causas de justificación.<sup>114</sup>

Particular comentario merece el tiempo en que debe otorgarse el consentimiento del ofendido para que sea considerado como válido, ya que definitivamente sería irrelevante que alguien pretendiera alegar la atipicidad o justificación de su conducta argumentando que contó con el consentimiento otorgado con posterioridad a la consumación del delito. Como por ejemplo, en caso de un robo de uso de un vehículo automotor, si el ofendido manifiesta ante el juez en que se tramita la causa, que en ese momento otorga su consentimiento a la conducta

---

<sup>114</sup> Véase MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Ob cit. p. 95

llevada a cabo por el inculpado. En tal sentido, nos parece adecuado lo señalado por Beatriz de la Gándara cuando indica:

“En la doctrina constituyen cuestiones pacíficas el que el consentimiento debe ser otorgado antes de la comisión del hecho y que, una vez otorgado, el titular del bien jurídico es libre de revocarlo en cualquier momento.”<sup>115</sup>

Lo cual corrobora Claus Roxin al mencionar “El consentimiento debe ser prestado antes del hecho y es libremente revocable en tanto no exista en el caso concreto un vínculo contractual.”<sup>116</sup>

Sin que debamos de perder de vista, que bajo estas características no podríamos resolver como causa de justificación el caso del consentimiento presunto, en donde el titular del bien jurídico lesionado no ha formulado manifestación alguna de manera expresa o tácita antes de la comisión de la conducta prevista en el tipo penal.

---

<sup>115</sup> DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Editorial Colex. Madrid 1995. p. 118

<sup>116</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Ob cit. pp. 535

### **CAPÍTULO III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO EN EL DERECHO PENAL**

Resulta de capital trascendencia para los efectos del presente trabajo, analizar las normas jurídicas que rigen el consentimiento del ofendido en nuestro país, específicamente con relación al Código Penal Federal y al del Distrito Federal.

Por ello, vale la pena recordar que la integridad física al ser el bien jurídico protegido por el delito de lesiones, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 4º párrafo cuarto, en donde se indica el derecho de toda persona a la protección de la salud. Para Sergio García Ramírez, ésta disposición no prevé, ni podría hacerlo so pena de caer en absurdo de que se tenga derecho a la salud, por lo cual el derecho individual solo tiene el alcance de generar las condiciones que preserven ese bien precioso.<sup>117</sup>

Asimismo, el pronunciamiento de los tribunales federales en materia de consentimiento del ofendido nos proporcionará un panorama general de las condiciones bajo las cuales la autoridad jurisdiccional en nuestro país, ha entendido y resuelto las controversias que se presentan, desde luego, sin que debamos necesariamente adherirnos a la argumentación que se expone en cada una de ellas.

Finalmente, también enriquece la presente investigación, la legislación comparada de dos los países pilares de la doctrina jurídico penal y que han tratado de manera destacable el consentimiento del ofendido, como son Alemania y España.

---

<sup>117</sup> Véase GARCÍA Ramírez, Sergio. La Responsabilidad Penal del Médico. 2ª edición. Porrúa. p. 52

Sin que debamos olvidar que dicho consentimiento mantiene una gran repercusión en relación a las lesiones ocasionadas en el ámbito médico por la realización de intervenciones quirúrgicas, en donde es preciso tener en cuenta la regulación aplicable.

En ese orden de ideas, pensemos en el caso hipotético, que nos sirva de guía en el desarrollo del presente capítulo, de un abogado que acude ante su médico particular con especialidad de gastroenterología debido a un intenso dolor abdominal que comenzó durante la celebración de una audiencia de desahogo de pruebas, en la Junta 14 de la Federal de Conciliación y Arbitraje; por lo que, después de realizar la auscultación correspondiente y de haberle practicado una endoscopía, el profesional le diagnostica gastritis, asimismo determina la existencia de reflujo gastroesofágico debido a una hernia hiatal, lo cual conjuntamente ha ocasionado el dolor, indicando que se debe corregir inmediatamente la hernia mediante una intervención quirúrgica o de lo contrario se corre el riesgo de generarse problemas más graves como un cáncer de esófago. Ante el panorama planteado por el médico, el paciente decide otorgar su consentimiento para someterse a la operación, pero al encontrarse en recuperación continúa el dolor y con mayor intensidad, manifestando el médico tratante que posteriormente con los medicamentos prescritos se eliminará, pero no fue así. Entonces, el abogado acude a solicitar la opinión de otro médico, también gastroenterólogo, resultando que al auscultar al paciente y analizar los exámenes de laboratorio solicitados, diagnostica colitis nerviosa y mediante la prescripción de medicamentos y dieta indicada corrige el problema, desprendiéndose de ello, que el reflujo gastroesofágico derivado de la existencia de la hernia hiatal no fueron la causa del dolor abdominal por el cual acudió ante el primer médico y, en consecuencia no estuvo justificada la realización de la intervención quirúrgica practicada, es decir, el diagnóstico inicial fue erróneo y se generó un tratamiento inadecuado para el paciente.

De lo anterior, surgen una serie de interrogantes que de ninguna manera debemos tener por contestadas *a priori*, pues inicialmente es necesario analizar las disposiciones penales aplicables al caso y su interpretación por los tribunales, para así estar en posibilidad de saber qué clase de consentimiento se formuló ante el médico, si reúne los requisitos para ser eficaz, si el profesional cumplió o no con la ***lex artis***, si su conducta fue típica, antijurídica e inclusive culpable; en otras palabras diremos que en el presente capítulo se analizan las normas jurídicas para determinar si el primer médico gastroenterólogo cometió un delito o no, en la práctica de su profesión.

## **1 Regulación del delito y del consentimiento del ofendido en el código penal federal y del Distrito Federal.**

En primer lugar, conviene recordar que el delito se encuentra referido en el artículo 7º del código penal federal, publicado en el diario oficial de la federación de fecha 14 de agosto de 1931, que prevé: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Sin embargo, ésta definición ha sido criticada por el jurista español Luis Jiménez de Asúa, quien la califica de tautológica, pues no aclara qué es el delito y solo hace referencia a una conducta sancionada por las leyes penales.<sup>118</sup>

Como podemos observar, el artículo citado sólo menciona las formas de comisión del delito, sin que de alguna manera nos aporte una definición del mismo. De ello se desprende que solo será delito aquella conducta de acción o de omisión que se encuentra sancionada por la ley penal; siendo este criterio concordante con el principio de legalidad, ***nullum crimen nulla poena sine***

---

<sup>118</sup>JIMÉNEZ de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Cit. por ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. pp. 145



**lege**, pues todo delito debe encontrarse plenamente descrito en la ley, hecho que se corrobora en la siguiente tesis aislada:

**DELITO, NATURALEZA DEL.** Conforme al derecho material, el tipo está constituido por el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica, esto es, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada una sanción penal; por ello se dice que el delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo, y siempre, típicamente antijurídica. El fundamento de tal exigencia lo establece el código represivo en el artículo 7o., al establecer que el delito es el acto u omisión que sanciones las leyes penales; esto es, que nada puede ser castigado sino por hechos que la ley previamente ha definido como delitos, ni con otras penas que las en ella establecidas o, en otros términos que una acción sólo puede ser castigada con una pena, si ésta se hallaba determinada legalmente antes de que la acción se perpetrara.

Amparo penal directo 2298/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 31 de marzo de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo CXXIII. Pág. 2098. Tesis Aislada.

Respecto a esas formas de comisión del delito previstas en la ley, es oportuno recordar que Fernando Castellanos Tena menciona que se puede presentar como una acción, omisión o por comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, apreciándose una diferencia sustancial en el sentido de que en la omisión hay

una violación de un deber jurídico de obrar, pero en la comisión por omisión, se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.<sup>119</sup>

Asimismo, el propio artículo 7º párrafo segundo del código de referencia, regula lo relativo a la forma de comisión por omisión, al señalar:

*“...En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”<sup>120</sup>*

En otras palabras, existe un delito de comisión por omisión, “cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva”.<sup>121</sup> Como ejemplo de esto último, podemos plantear el caso de la madre que por no amamantar a su hijo recién nacido le produce la muerte. De lo anterior, se aprecia que la conducta de esta mujer produjo un resultado material que se encuentra constituido por la muerte del recién nacido, al haber violado una norma preceptiva que la obligaba a amamantarlo, además de una norma que le prohíbe privarlo de la vida.

Por su parte, el código penal para el Distrito Federal en vigor, publicado en la gaceta oficial del Distrito Federal el día 16 de julio de 2002 y vigente a partir del 12 de noviembre del mismo año, al igual que el federal, reconoce también como formas de la conducta delictiva la acción, omisión simple o propia y la comisión

---

<sup>119</sup> CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ob. cit. pp. 136 y 137

<sup>120</sup> Las cursivas son del investigador

<sup>121</sup> PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. Ob. cit. p. 243

por omisión o impropia, mismas que pueden actualizarse en las lesiones médico quirúrgicas, por lo que revisten mucha importancia en el tema que nos ocupa. Por ende, procedemos a transcribir los artículos aplicables.

*ARTÍCULO 15 (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.*

*ARTÍCULO 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, si:*

*I. Es garante del bien jurídico;*

*II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y*

*III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.*

*Es garante del bien jurídico el que:*

*a). Aceptó efectivamente su custodia;*

*b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;*

*c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o*

*d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.<sup>122</sup>*

De este último artículo se observa una regulación más completa sobre la comisión del por omisión, respecto a lo regulado por el código penal federal; sin embargo, hemos podido percatarnos que en el Distrito Federal no tiene cabal eficacia la disposición principalmente en lo tocante al delito de homicidio culposo, lo cual atribuimos a la falta de capacitación, cuestiones políticas y corrupción del personal que investiga y persigue los delitos.

---

<sup>122</sup> Las cursivas son del investigador

En cuanto a la comisión por omisión, y a mayor abundamiento de lo señalado, Rodrigo Quijada, considera que la característica de este tipo de delitos es que se produce un resultado jurídico y uno material, el cual constituye un cambio en el mundo exterior originado por la inactividad del agente, quien tenía el deber jurídico de obrar; agregando que en la omisión impropia se viola una norma preceptiva y una prohibitiva. Ese deber jurídico de obrar proviene de la circunstancia establecida por la ley al sujeto garante a efecto de que no se produzca el resultado típico. Por ello, de acuerdo al artículo 16 que se comenta, el deber jurídico proviene de una disposición jurídica, de una especial aceptación, de un hacer precedente, en deberes impuestos por las comunidades o por la propia convivencia social.<sup>123</sup> En ese sentido, nos parece adecuada la regulación del código penal para el Distrito Federal y resulta clara la diferencia entre esta omisión y la omisión simple, ya que en la comisión por omisión se produce un resultado material, en virtud infringir la norma prohibitiva.

Ahora bien, el código penal del Distrito Federal, no establece un significado del delito, pero sí lo define a la luz de los principios y garantías penales que lo rigen, y se ocupa de ello, en los primeros seis artículos, al señalar los principios de legalidad, tipicidad y prohibición de ley retroactiva, analógica y por mayoría de razón, prohibición de responsabilidad objetiva, bien jurídico y antijuridicidad material, culpabilidad y jurisdiccionalidad, de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 1 (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.*

---

<sup>123</sup> Véase Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Comentado por Rodrigo Quijada. 2ª edición. Ángel Editor. México 2004. pp. 104 y 105

*ARTÍCULO 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.*

*La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.*

*ARTÍCULO 3 (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente.*

*ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.*

*ARTÍCULO 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de este.*

*Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse.*

*ARTÍCULO 6 (Principio de la jurisdiccionalidad). Sólo podrán imponerse pena o medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos.<sup>124</sup>*

Lógicamente que, como hemos mencionado, los principios y garantías aplicables al derecho penal y al delito se desprenden de los artículos 14, 16, 19, 20 y 21 de

---

<sup>124</sup> Las cursivas son del investigador

la constitución federal, mismos que fueron abordados en el primer capítulo del presente trabajo. Por ende, es importante subrayar que los tribunales federales se han pronunciado sobre el principio de legalidad de la siguiente forma:

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.** El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido apotegma *nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege* certa traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal que se entiende como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el reproche posible a su autor, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho. Así, del propio principio podemos encontrar como derivaciones los de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, es decir, que la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad; de igual forma, el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, traduciéndose en la exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, en el caso mexicano en el actual párrafo tercero del artículo 14 constitucional que 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 de que se trata."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

II.2o.P.187 P

Amparo directo 137/2005. 6 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, Febrero de 2006. Pág. 1879. Tesis Aislada.

Respecto a la aplicación retroactiva de ley favorable, que se deduce de la garantía de irretroactividad prevista en el artículo 14 constitucional, nos parece adecuada la regulación prevista por el código penal para el Distrito Federal mencionado, pues constituye una expresión del principio de legalidad al cual deben apegarse los actos de autoridad; lo que ha sido interpretado por los Tribunales Federales de nuestro país mediante tesis de jurisprudencia, en la necesidad de realizar una traslación de tipo, para saber si conductas que en el anterior código eran delictivas, en el nuevo lo seguían siendo, al sustentar lo siguiente:

**TRASLACIÓN DEL TIPO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. TRANSITORIO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. ESTUDIO PREVIO A LA ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PLENA RESPONSABILIDAD.**

El artículo 4o. transitorio del decreto que promulgó el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, vigente a partir del doce de noviembre de dos mil dos establece: "... II. En los procesos pendientes de dictarse sentencia en primera y segunda instancia, el Juez o el tribunal, respectivamente podrán efectuar la traslación del tipo de conformidad con la conducta que se haya probado y sus modalidades...". De lo dispuesto en el precepto

transcrito se desprende que este tiene como finalidad primordial garantizar el principio de exacta aplicación de la ley, que constituye un derecho fundamental para todo gobernado en los juicios del orden criminal garantizado en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Federal, esto es, para determinar que la conducta ilícita por la cual se dictará sentencia continúa teniendo el carácter delictivo, ya que la norma penal sustantiva derogada o abrogada es sustituida por otra que considere como delito la misma conducta, en cuyo caso no es dable concluir que la misma ha dejado de tener el carácter delictivo, pues hubo sucesión de normas equivalentes en el tiempo. En este sentido, tratándose de derogación o abrogación de leyes penales sustantivas, bien pueden presentarse dos situaciones, a saber, que la conducta tipificada como delictuosa deja de serlo por ser derogada la norma o la ley que la establecía y, caso contrario, cuando la conducta de referencia continúa teniendo carácter delictivo porque la norma derogada ha sido sustituida por otra que considere como delito la misma conducta. En el primer supuesto opera a favor del indiciado, procesado o sentenciado el principio de retroactividad en su beneficio, establecido en el párrafo inicial del artículo 14 constitucional. Así en cuanto al ámbito de validez temporal de una ley penal de carácter sustantivo, ésta sólo resulta aplicable para aquellos actos que se hubieren efectuado durante su vigencia, es decir, no tiene efecto retroactivo, ya que sólo rige en el presente y hacia el futuro, y la no retroactividad tiene como excepción el principio de aplicación de la ley posterior más benigna, entendiéndose por tal aquella que resulte más favorable en sus efectos. Por lo anterior, lo que dispone el artículo transitorio mencionado al señalar que el juzgador podrá realizar la traslación del tipo, es que este necesariamente debe verificar que la conducta o los hechos que anteriormente se contemplaban como delictivos, en el Nuevo Código Penal continúan teniendo tal carácter, de manera tal que del resultado que arroje su análisis en la traslación esté en aptitud de pronunciarse en el sentido que corresponda según el supuesto que se actualice, por ello la traslación del tipo y la aplicación del principio de aplicación de la ley más benigna no debe realizarse hasta el capítulo de la individualización judicial de la pena, sino que debe ser un estudio previo a la acreditación del cuerpo del delito y la plena responsabilidad.



## SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.6o.P. J/4

Amparo directo 606/2003. 30 de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Lara Hernández. Secretaria: Sonia Hernández Orozco.

Amparo directo 856/2003. 13 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Paula María Luisa Cortés López.

Amparo directo 956/2003. 30 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 1346/2003. 28 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 1486/2003. 28 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVIII, Octubre de 2003. Pág. 864. Tesis de Jurisprudencia.

Este principio de retroactividad de ley favorable, consideramos que complementa el de irretroactividad en perjuicio de las personas, ya que en materia penal si un tipo delictivo ha sido suprimido de un nuevo código, el procesado o sentenciado por dicha conducta se verá beneficiado, aún y cuando la conducta la haya cometido antes de la entrada en vigor de esa nueva codificación.

Sin que pasemos por alto el principio de bien jurídico y de antijuridicidad material, previsto en el artículo 4 del código penal para el Distrito Federal en comento, que supone una conducta del sujeto activo que por lo menos lesione el bien o valor que la norma penal protege; verbigracia, el médico que realizó la cirugía innecesaria a que nos hemos referido al inicio del capítulo, afecta el bien jurídico al provocar daños en la integridad corporal del paciente. Por ello, este principio nos parece sumamente importante, ya que la razón de ser de los tipos penales, es sancionar conductas socialmente indeseables y que generan graves consecuencias a la vida de las personas. En ese orden de ideas, el Segundo Tribunal Colegiado del décimo noveno circuito indica:

**JUICIO DE TIPICIDAD. EXISTE CUANDO, ADEMÁS DE VERIFICARSE LA RELACIÓN DE TODOS LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA, SE DAÑE O CONCRETAMENTE SE PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL CORRESPONDIENTE TIPO PENAL.** Uno de los principios que autorizan al derecho penal a reprimir una conducta es la lesión a un bien jurídico que la norma determine proteger. Los tipos penales se encuentran inmersos en un sistema más o menos ordenado de normas para proteger determinados bienes o intereses jurídicos que el legislador estima deben salvaguardarse de forma más enérgica, mediante la amenaza de la sanción penal. Las figuras típicas deben así su creación y existencia a los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger penalmente, a tal grado que no hay norma penal que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga como fin la protección de un bien jurídico. De ahí que el tipo penal (entendido como la hipótesis normativa que regula una conducta como delito), se crea para salvaguardar los bienes consagrados en su entorno legal, de forma tal que sin la existencia del bien que se trate de proteger mediante la creación del supuesto penal, este carecería de razón de ser. Así, el hecho de que el bien jurídico tutelado forme parte de la noción del tipo penal, en cuanto constituye su presupuesto, tiene una innegable trascendencia en el correspondiente juicio de tipicidad, que sólo puede afirmarse que existe cuando, además de verificarse la relación de todos los elementos de la figura típica, se dañe o

concretamente se ponga en peligro el bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

XIX.2o.46 P

Amparo directo 131/2004. 2 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Sebastián Martínez García. Secretario: Ricardo Alejandro González Salazar.

Amparo directo 141/2004. 2 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Sebastián Martínez García. Secretario: Ricardo Alejandro González Salazar.

Amparo directo 357/2004. 11 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Mendoza Pérez. Secretaria: Claudia Julia Guerrero Mena.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXI, Marzo de 2005. Pág. 1161. Tesis Aislada.

Por otra parte, en relación al elemento subjetivo de la conducta delictiva, el código penal federal prevé al dolo y a la culpa, de la siguiente manera:

*Artículo 8o.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.*

*Artículo 9o.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y*

*Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de*

*cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.*<sup>125</sup>

En ese sentido, no debemos perder de vista que la responsabilidad penal de la actividad profesional del médico, como en del caso planteado al principio de este capítulo, puede implicar conductas tanto dolosas como culposas.

Por ello, es importante recordar que Hans Welzel respecto al dolo menciona que “Toda acción consciente es llevada por decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —el elemento intelectual—, y la decisión de querer realizarlo —el elemento volitivo—. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real, constituyen el dolo”.<sup>126</sup>

Además, el autor en cita señala respecto a las clases de dolo que tradicionalmente se distingue:

a) El dolo directo (***dolus directus***). Comprende todo lo que, el autor previó como consecuencia necesaria de su hacer, indiferentemente de si fue deseado o no deseado por él.

b) El llamado dolo condicionado (***dolus eventualis***). El nombre conduce a errores: no se trata de una voluntad de hecho eventual (condicionada) sino de una voluntad no condicionada para el hecho, que se extiende a cosas que posiblemente (eventualmente) se producirán.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Las cursivas son del investigador

<sup>126</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1956. p. 73

<sup>127</sup> Véase Ibidem. pp. 74 y 75

A mayor abundamiento, Claus Roxin, amplía la clasificación a tres formas distintas de dolo al mencionar: la intención o propósito (***dolus directos*** en primer grado), el dolo directo (***dolus directus*** de segundo grado) y el dolo eventual (***dolus eventualis***), agregando que bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que solo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.<sup>128</sup>

Sin embargo, del artículo 9º del código penal federal de referencia, en su primer párrafo, se desprenden solamente dos clases de dolo: dolo directo, el cual se presenta cuando el autor sabe que su conducta producirá el resultado punible y así lo quiere; así como el dolo eventual, que se actualiza cuando el sujeto activo no busca el resultado, pero lo acepta como posible y no le importa que se produzca; tal y como se observa del criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que a continuación se transcribe:

**DOLO DIRECTO Y DOLO EVENTUAL. DIFERENCIAS.** Del artículo 8o. del Código Penal Federal, se desprende que los delitos pueden ser dolosos o culposos. El dolo significa la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Por ello, un delito tiene este carácter, cuando el sujeto activo lo comete conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico y, aun así, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. El dolo, a su vez, admite dos modalidades: directo y eventual. El primero se puede asimilar a la intención, lo que el sujeto persigue directamente y abarca todas las consecuencias que, aunque no las persiga, prevé que se producirán con seguridad; mientras que el dolo eventual se presenta cuando el

---

<sup>128</sup> Véase ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ob cit. p. 415.

sujeto activo no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.

1a. CV/2005

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXIII, Marzo de 2006. Pág. 207. Tesis Aislada.

Atendiendo a la prohibición de la responsabilidad objetiva señalada en el artículo 3 del código penal para el Distrito Federal, se contempla la realización del delito dolosa y culposa de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.*

*Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.*

*Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.*

*ARTÍCULO 19 (Principio de numerus clausus para la punibilidad de los delitos culposos). Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.<sup>129</sup>*

---

<sup>129</sup> Las cursivas son del autor

De lo anterior, se aprecian, al igual que en el código penal federal, la existencia del dolo directo, el eventual, la culpa con consciente o con representación y la culpa inconsciente o sin representación a los cuales nos hemos referidos anteriormente.

Analizando ambos códigos penales, podemos observar que prevén fundamentalmente dos tipos de dolo: el denominado por la doctrina directo y el eventual, pero cuando en la práctica se presenta un caso de dolo indirecto, en la consignación del Ministerio Público y en su sentencia el juez penal, ubican el supuesto en el dolo directo.

Así vemos, respecto ejemplo planteado, que el médico que practicó la cirugía al abogado, pudo haber actuado con dolo directo, pues sabía que su actividad produciría lesiones y aún así quiso llegar a ese resultado; por otra parte, también podría actuar con dolo eventual, si no era su intención provocar dichas lesiones, pero aceptó como posibles su producción y continuó con su conducta, a efecto de recibir el jugoso pago de honorarios del paciente.

Respecto a la culpa, prevista en el mismo numeral del código penal federal, se regula la denominada inconsciente, también llamada sin representación, en la cual el autor no contempla el resultado; así como la consciente o con representación, en donde el autor prevé como posible el resultado, pero confía en que no se produzca, violando el deber de cuidado que podía observar.

En relación a la conducta típica culposa, Antonio Berchermann Arizpe desprende de la normatividad vigente cuatro indicadores que son:

- Que la conducta viole un deber de cuidado.

- Que la norma del deber de cuidado sea conducente a evitar el resultado.
- Que el resultado sea previsible, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y con las personales del agente, y
- Que la causa determinante del resultado sea la violación del deber de cuidado.<sup>130</sup>

Por su parte, Octavio Alberto Orellana, indica que la culpa se ha clasificado de diferentes formas, mencionando la consciente e inconsciente, en las cuales se presenta la ausencia de voluntad del evento, pero en ambas existe el deber de preverlo; mientras que en la primera el sujeto se representa la voluntad del evento, en la segunda no se lo representa, pero el deber de representarse ese resultado existe en la ley, reglamentos, órdenes, etcétera.<sup>131</sup>

Corroborando lo anterior, la tesis aislada sustentada por la Primera Sala de nuestro máximo tribunal que señala:

***CULPA, MODALIDADES DE LA.*** *La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía.*

---

<sup>130</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 692

<sup>131</sup> ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. p. 315



*Amparo directo 3013/66. Germán Ramírez Lozano. 2 de junio de 1967. 5 votos. Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.*

*Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen CXX, Segunda Parte. Pág. 24. Tesis Aislada.*<sup>132</sup>

Sin que dejemos de evidenciar la diferencia existente entre el dolo eventual y la culpa con representación, pues mientras en el primero el sujeto activo prevé como posible el resultado típico y se acepta su realización, en la segunda también lo prevé, pero se confía en que no se producirá.

En otras palabras, Hans Welzel marca tal diferencia cuando señala: “En el *dolus eventualis*, el autor quiere el hecho incondicionalmente, también para el caso de que se presenten como posibles consecuencias penales secundarias. En la culpa consciente actúa en la esperanza de que evitará la consecuencia criminal representada como posible, o sea, como si la circunstancia representada como posible no existiera”.<sup>133</sup>

En el mismo sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis aislada:

**DOLO EVENTUAL O INDIRECTO, CULPA CONSCIENTE Y PRETERINTENCIONALIDAD.** El dolo eventual o indirecto se ha definido como aquel en que el autor se representa como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de esta, o bien, cuando el sujeto sin dirigir precisamente su comportamiento hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo desea de manera directa, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta,

<sup>132</sup> Las cursivas son del autor

<sup>133</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. p. 75

ratificándose en el mismo. Es dentro de este marco, donde la hipótesis que se analiza, encuentra su perfecta adecuación, pues no cabe duda de que al haber el activo tomado su pistola, dejando una bala en el cilindro al que dio vuelta, para luego apuntar hacia su compañero, según ambos lo habían acordado y dispararle, en su mente se representaba la posibilidad de que el hoy occiso podría resultar lesionado o muerto, como en efecto aconteció, sin que a pesar de ello desistiera de su comportamiento. es innegable que el resultado no lo deseaba, pero lo acepto, e incluso podríamos atrevernos a pensar que en lo íntimo de su mente hasta lo deseo, porque de no haber acontecido el hecho en la forma en que se desarrolló, hubiera podido ser de manera inversa y resultado lesionado o muerto el hoy amparista, hipótesis que definitivamente no deseaba, pero cuya realización era factible, porque como se desenvolvía el juego de ruleta rusa invertido, era inevitable que cualesquiera de los dos participantes fuera dañado. no es factible ubicar el presente caso en el ámbito de la culpa consciente, pues en esta no hay voluntad respecto al resultado que se representa, el cual no se quiere ni se acepta, a diferencia del dolo eventual, en el que existe aceptación del resultado previsto como posible o probable. Para incurrir en culpa es menester la violación del deber de cuidado, a lo que es totalmente ajeno el actual doloso, en cualquiera de las formas que concurra, de acuerdo a las diversas clasificaciones de doctrina. el homicidio preterintencional se caracteriza por un resultado consistente en la muerte, que se previó, con la esperanza de que no se realizaría, o que no siendo previsto haya sido previsible, actuando el activo sólo con animus dañandi; por tanto, el actuar del acusado no se ajustó a tales exigencias porque la preterintencionalidad requiere que al inicio se obre de manera dolosa, en tanto que la conducta desplegada por el activo sea dirigida a causar un daño al pasivo, esto es, que deseara sólo lesionarlo; sin embargo, en una segunda fase, a virtud de la concurrencia de la culpa, se logra un resultado típico muerte, que sobrepasa al inicialmente querido.

Amparo directo 6858/86. José Luis Martín Sánchez Juárez. 3 de junio de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaría: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Informes, Séptima Época. Informe 1987, Parte II. Pág. 18. Tesis Aislada.

Regresando al ejemplo mencionado al inicio del capítulo, podemos inferir que el galeno actuaría con culpa sin representación cuando haya sido necesaria la intervención quirúrgica y sin preverlo ocasiona lesiones por su ignorancia, impericia o negligencia en la ejecución; asimismo, estaría ante una culpa con representación cuando habiendo previsto la generación de lesiones al paciente porque no tenía los conocimientos para llevar a cabo la cirugía mencionada, confió en que no se producirían alteraciones a la salud que constituyeran un delito.

Ahora bien, el consentimiento, como ya lo hemos señalado en el capítulo II, se contempla en el código penal federal como una causa de exclusión del delito, sin que de manera alguna se precise la forma en que lo excluye, pues del artículo 15 se aprecia:

*Artículo 15.- El delito se excluye cuando:*

...

*III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:*

- a) Que el bien jurídico sea disponible;*
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo...*<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Las cursivas son del investigador

Por otra parte, en el Distrito Federal, también el consentimiento del ofendido tiene el carácter de causa de exclusión del delito y como lo habíamos observado en el capítulo anterior, se prevé en el artículo 29 que señala:

*ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:*

*... III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan 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.*

*Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza 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.*<sup>135</sup>

Sobre el tiempo de otorgamiento del consentimiento, nos remitimos a lo comentado en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, en el sentido de que debe ser otorgado por el ofendido antes de la conducta delictiva, o de lo contrario resultaría completamente ineficaz para anular la tipicidad o antijuridicidad de la misma.

Sobre los requisitos y clases de consentimiento es preciso indicar que se contemplan los mismos que el código de aplicación federal, pero en el artículo anterior se hace una especial alusión a lo que debemos entender por consentimiento presunto, cuando señala el supuesto de que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que de haberse consultado al titular o quien esté legitimado para consentir, lo hubiesen otorgado,

---

<sup>135</sup> Las cursivas son del investigador

lo cual que me parece realmente difícil de probar, al entrar en juego una suposición de lo que el sujeto pasivo hubiera considerado.

Sobre la diferencia que formula la fracción III del artículo 29, Antonio Berchermann Arizpe, aclara "...en el consentimiento tácito no se sustituye la voluntad del titular del bien, sino que dicho consentimiento se infiere de su propio comportamiento con relación al bien y al mismo disponente, por ende, es real la voluntad de consentir por parte del titular o de quien está legitimado para ello, excluyendo así el tipo por falta de lesión jurídica; mientras que en el consentimiento presunto falta esa voluntad real —expresa o tácita—y aquél solo pretende sustituir la falta de esa voluntad real porque las circunstancias permiten asumir que —de haber estado presentes o de tener la posibilidad—el titular o el legitimado habrían dado su consentimiento para la injerencia. Por ende, en el consentimiento presunto hay lesión, pero al ser la conducta del disponente conforma a derecho, la misma no es por tanto antijurídica..."<sup>136</sup> Sin embargo, nos parece difícil, en los términos mencionados, el acreditamiento del consentimiento tácito, ya que nunca sabremos lo que en realidad consideraba el sujeto pasivo en el momento de presentarse el caso en concreto, aún a pesar de que por actos previos haya actuado de una manera que nos haba pensar que consentiría el delito; pero aún en la práctica creemos que sería mucho más aventurado demostrar el consentimiento presunto del ofendido por las circunstancias que rodearon la conducta delictiva.

Antes de la vigencia de las disposiciones legales transcritas, la extinta sala auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya se había pronunciado sobre el consentimiento del ofendido y los efectos jurídicos que produce en materia penal, a través de la tesis aislada que señala:

---

<sup>136</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 929

Quinta Época

No. Registro: 295224

Instancia: Sala Auxiliar

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

CXXII

Materia(s): Penal

Tesis:

Página: 1348

**CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO.** Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que este se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica.

Amparo penal directo 4699/52. Scolari Llaguno Humberto y coagraviado. 22 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rafael Matos Escobedo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

De dicho criterio se aprecia una división tajante del consentimiento del ofendido como causal de atipicidad y justificación en el delito, sin embargo, nos parece una solución simplista, en virtud de no apreciarse una argumentación fuerte sustentada en teorías que versan sobre el consentimiento, como la del negocio jurídico, ausencia de interés o ponderación de valores; en consecuencia, puede generar soluciones alejadas de la realidad, pues confunde la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, con la falta de interés que por el mismo tenga el ofendido del hecho delictuoso. A ello nos referiremos a profundidad en el siguiente capítulo

Asimismo, dentro de los requisitos para la eficacia del consentimiento en este código, es necesario que el bien jurídico sea disponible, sin embargo la norma penal no señala cuáles tienen ésa característica; no obstante, la doctrina ha considerado que tienen ese carácter aquellos que solamente afectan individualmente al sujeto pasivo, como la salud o el patrimonio. María José Segura García menciona que: “Al contrario de lo de lo que ocurre con los bienes jurídicos individuales, respecto los bienes jurídicos supraindividuales, se afirma por la generalidad de la doctrina que el consentimiento carece de cualquier tipo de eficacia”.<sup>137</sup> Efectivamente, consideramos que la moderna concepción del bien jurídico tutelado, debe establecer una clara distinción entre disponibles e indisponibles, ya que en un Estado de Derecho como el nuestro, la autoridad debe de respetar las libertades del ser humano y dejar de ser un ente excesivamente regulador en el ámbito del derecho penal. De ésta forma, debe garantizar la plena realización de las personas garantizando el ejercicio de sus libertades, permitiéndole decidir acerca de aspectos que solo a ellas benefician o perjudican. Por ende, nos parece que los bienes jurídicos individuales son una

---

<sup>137</sup> SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob cit p. 126

expresión de la libertad humana y compete a cada uno decidir si autoriza o no su afectación por parte de terceros.

También, como segundo requisito del consentimiento del titular del bien jurídico afectado, tenemos a la capacidad de goce y ejercicio con la cual debe se debe contar en términos de la legislación civil.

Finalmente, se contempla que el consentimiento se haya otorgado en cualquiera de sus formas o clases, es decir, en forma expresa o tácita, pero siempre libre de vicios como errores, violencia y dolo.

Para que el consentimiento sea eficaz, además de lo señalado, debe ser manifestado por el titular del bien jurídico afectado o puesto en peligro, tal y como lo corrobora la tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra precisa:

**ESTUPRO, NO EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD EL CONSENTIMIENTO DE LA MADRE DE LA OFENDIDA.** Carece de relevancia la afirmación del acusado al afirmar que si hubo de yacer con la menor ofendida, se debió a que ésta le fue ofrecida, por su progenitora, pues aún en el supuesto de que así fuera, tal situación de hecho, no determinaría sino la coparticipación en el delito, de la madre de la ofendida; pero en ninguna forma tal circunstancia determinaría la concurrencia de una causa excluyente de incriminación.

Amparo directo 3338/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 3 de septiembre de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo CXXIX. Pág. 691. Tesis Aislada.



Es oportuno destacar la ausencia de criterios de nuestros tribunales de la federación en relación al consentimiento del ofendido, ya que el único que menciona específicamente su ubicación en torno a la teoría del delito, como ha quedado asentado, data de la quinta época, emitido por la Sala Auxiliar en el año 1952, lo cual ha generado que, ante la ausencia de tan importante fuente formal del derecho en nuestro país, tanto en la práctica de la actividad investigadora del Ministerio Público, como de los Tribunales del fuero común, se resuelvan las controversias suscitadas con criterios subjetivos que en muchas ocasiones no están debidamente apegados a la realidad.

Sin que perdamos de vista que el consentimiento tiene efectos prácticos en diversos delitos, como en el robo de bienes de la sociedad conyugal, que señala la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la siguiente tesis de jurisprudencia:

**ROBO SIMPLE ENTRE CÓNYUGES. SE CONFIGURA AUN CUANDO RECAIGA SOBRE BIENES PERTENECIENTES A LA SOCIEDAD CONYUGAL (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE CHIAPAS Y GUERRERO).** El tipo penal de robo simple previsto en los Códigos Penales de los Estados de Guerrero y Chiapas no atiende a la calidad o al carácter del sujeto activo ni establece excluyentes a favor de los cónyuges, por lo que desde el punto de vista normativo nada impide que se configure ese delito entre los consortes, máxime si se considera que es clara y expresa la intención del legislador de incluirlos como sujetos activos al señalar en los artículos 185 y 186 de los ordenamientos legales citados, respectivamente, que es necesaria la querrela del cónyuge ofendido, sin hacer distinción alguna respecto a cuál sea el régimen patrimonial del matrimonio, rigiendo el principio de que cuando la ley no distingue, el intérprete no debe hacerlo, además de que en materia penal rige el diverso de exacta aplicación de la ley. En ese sentido, aun tratándose del régimen patrimonial de sociedad conyugal, ya sea adoptado convencionalmente o aplicable por la ley en

forma supletoria, salvo que se haya capitulado en el sentido de que determinados bienes se excluirán de dicho régimen, y mientras este no sea disuelto, pueden integrarse los elementos típicos del robo simple, en virtud de que los bienes comunes se encuentran destinados a la realización de fines también comunes, que son los propios del matrimonio, y en tanto que su dominio y administración residen en ambos cónyuges por igual y bajo común acuerdo, sin que tales atributos correspondan a uno solo en lo individual. De este modo, si uno de ellos, sin consentimiento del otro, se apodera para sí de los bienes comunes sustrayéndolos de los fines a los que están afectos y de la esfera de dominio del otro, se configura el referido tipo penal, de acuerdo a lo siguiente: a) apoderamiento de un bien mueble: cuando uno de los cónyuges lo sustraiga de la esfera de dominio del otro y disponga de él para sí con exclusión del otro cónyuge; b) ajeno: ya que la propiedad del bien no corresponde en su totalidad al sujeto activo y, por tanto, le es ajeno en la parte del otro cónyuge, de la cual está disponiendo indebidamente, causándole perjuicio patrimonial; c) sin consentimiento tácito o expreso de quien por ley pueda otorgarlo: su consorte, y d) sin derecho: al no existir disposición legal o de autoridad competente que lo autorice para disponer del bien en su totalidad y al carecer del consentimiento del otro cónyuge. Lo anterior, independientemente de que en cada caso la configuración del robo simple o genérico sea sustentada con los elementos convictivos de hecho y de prueba que acrediten plenamente la adecuación de la conducta del activo al tipo penal.

1a./J. 29/2005

Contradicción de tesis 46/2002-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 19 de enero de 2005. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

Tesis de jurisprudencia 29/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dieciséis de marzo de dos mil cinco.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXII, Julio de 2005. Pág. 316. Tesis de Jurisprudencia.

Así vemos, del anterior criterio, que el consentimiento del ofendido, ya revistiendo la forma tácita o expresa, tiene efectos de atipicidad de la conducta del sujeto activo, en virtud de no acreditarse un elemento del tipo penal de robo; pues en caso de que el ofendido otorgue su consentimiento, generará la atipicidad de la conducta del indiciado por faltar un elemento, normativo exigido por el tipo penal de robo, que se encuentra constituido por la ausencia del consentimiento del ofendido.

Desde luego, que como se aprecia del artículo 15 que se comenta, el bien jurídico puesto en peligro y lesionado debe ser disponible, lo que no ocurre con la vida del ser humano, de la que ninguna persona ajena al titular puede disponer, como se aprecia en la tesis aislada que versa:

**SUICIDIO. HOMICIDIO SOLICITADO.** El suicidio, "acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida", no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro, determina la represión penal, a virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina -la que por cierto sustentan otras legislaciones-, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, a virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida, hasta el punto de que el agente partícipe realice

materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, a virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.

Amparo directo 1926/57. Honorio Ruiz Alba. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen XIV, Segunda Parte. Pág. 219. Tesis Aislada.

Finalmente, es oportuno tener en cuenta, que la Primera Sala de nuestro máximo tribunal, ha sostenido que quien argumente a su favor contar con el consentimiento del ofendido o cualquier otra causa de exclusión del delito, estará obligado a probarlo, lo que no implica vulnerar los principios del debido proceso legal y acusatorio que se encuentran relacionados con el diverso de presunción de inocencia, como se aprecia en la tesis que a la letra señala:

**CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER.** Se entiende por causa de exclusión del delito aquella que, concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté prevista en la ley como delito. Ahora bien, la carga de la prueba corresponde a quien hace valer dicha causa, atento al principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando su negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho. Lo anterior no vulnera los principios de debido proceso legal y acusatorio, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia -implícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, pues ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, sino que únicamente impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que este ha sido

plenamente probado por la referida representación social, por implicar una afirmación contraria a lo probado, que corresponde probar a quien la sostiene.

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, Marzo de 2006. Pág. 203. Tesis Aislada.

De tal forma, volviendo al ejemplo planteado al iniciar el capítulo, no apreciamos que el consentimiento otorgado para la realización de la cirugía sea suficiente para generar la atipicidad o justificación de la conducta del médico respecto al delito de lesiones, en virtud de que el abogado lo otorgó en el entendido de que la cirugía era necesaria para aliviar su padecimiento orgánico, por lo cual dicho consentimiento se encuentra afectado por un vicio de la voluntad, como es el error y, por ende, resulta ineficaz.

Ahora bien, en el título decimonoveno denominado Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, capítulo I del código penal federal, se prevé lo relativo al delito de lesiones, en diversos artículos como se ha mencionado en el capítulo II del presente trabajo de investigación, valiendo la pena recordar que el tipo básico indica:

*Artículo 288.- Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración*

*en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.*<sup>138</sup>

Al respecto, podemos reiterar que la definición legal de lesión tiene una amplitud enorme, en virtud de incluirse dentro de las posibilidades establecidas en el tipo penal, cualquier alteración a la salud, sea física o psíquica.

Por otra parte, el código penal para el Distrito Federal, regula el delito de lesiones, que pueden ser ocasionadas en la actividad médico quirúrgica, mediante un tipo básico de la siguiente forma:

*ARTÍCULO 130. Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán:*

*I. De treinta a noventa días multa, si las lesiones tardan en sanar menos de quince días;*

*II. De seis meses a dos años de prisión, cuando tarden en sanar más de quince días y menos de sesenta;*

*III. De dos a tres años seis meses de prisión, si tardan en sanar más de sesenta días;*

*IV. De dos a cinco años de prisión, cuando dejen cicatriz permanentemente notable en la cara;*

*V. De tres a cinco años de prisión, cuando disminuyan alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro;*

*VI. De tres a ocho años de prisión, si producen la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible; y*

*VII. De tres a ocho años de prisión, cuando pongan en peligro la vida.*

*Las lesiones a que se refiere la fracción I serán sancionadas por este Código únicamente cuando se produzcan de manera dolosa.*<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> Las cursivas son del investigador

<sup>139</sup> Las cursivas son del investigador

Para Rodrigo Quijada, “En el Código Penal para el Distrito Federal, eludiéndose la enumeración inútil y con pretensiones de exhaustividad, la norma define a la lesión a todo daño o alteración de la salud causado a alguien por otro, corrigiendo los excesos enumerativos del código derogado.”<sup>140</sup>

Además, a diferencia de su correlativo en el penal federal, este artículo 130, en su último párrafo, ha dejado de considerar como delictivas las lesiones culposas que tardan en sanar menos de quince días, independientemente del origen de las mismas, es decir, por tránsito de vehículos o quirúrgicas, por mencionar algunas.

Respecto a los artículos 289 a 293 del código penal federal y 130 del Distrito Federal, la gravedad de las lesiones se deberá acreditar mediante el dictamen médico correspondiente, por ser el medio idóneo para ello, tal y lo corrobora la siguiente tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**LESIONES, CLASIFICACION DE LAS.** La ley agrava considerablemente la penalidad, si la vida del paciente del delito, es puesta en peligro a consecuencia de la lesión, o lesiones que recibe; pero ese peligro debe comprobarse suficientemente por el medio idóneo que la ley del procedimiento señala, es decir, el juicio de peritos; y si aun cuando un primer certificado dice que la lesión, por su naturaleza, es de las que ponen en peligro la vida, otro posterior, que amplía y aclara aquél, concluye que no la comprometió por su adecuado tratamiento y natural evolución, cabe afirmar que la herida no debe catalogarse, para los fines de la sanción, como de las que ponen en peligro la vida, sino de menor gravedad, o sea de las que no entrañan ese peligro.

1a.

---

<sup>140</sup> Véase Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Comentado por Rodrigo Quijada. Ob cit. 267

Amparo penal directo 747/50. Morales Duarte Ceferino. 14 de marzo de 1952. Mayoría de tres votos. Disidentes: Luis G. Corona y Fernando de la Fuente. Ponente: Juan José González Bustamante.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo CXI. Pág. 1846. Tesis Aislada.

Volviendo a nuestro ejemplo, las lesiones provocadas por el médico que realizó la intervención quirúrgica innecesaria para tratar dolores relacionados por colitis nerviosa, deben de ser clasificadas por perito médico forense y encuadrarlas en los supuestos de gravedad que establecen los códigos mencionados

Por otra parte, el título duodécimo del código penal federal, titulado “Responsabilidad Profesional”, en su capítulo I, prevé la sanción penal a los profesionistas en el ejercicio de su actividad, lo cual, desde luego, podría actualizarse en el caso de las lesiones que se lleguen a ocasionar por los médicos, en intervenciones quirúrgicas que realicen. En ese sentido, los artículos correspondientes precisan:

*Artículo 228.- Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:*

*I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y*

*II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.*

*Artículo 229.- El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen*



*en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.*

*Artículo 230.- Se impondrá prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multa y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:*

*I.- Impedir la salida de un paciente, cuando este o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;*

*II.- Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;*

*III.- Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.*

*La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen*

*indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina, específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.<sup>141</sup>*

A su vez, el código penal para el Distrito Federal, en el título vigésimo segundo, denominado ***Delitos Cometidos en el Ejercicio de la Profesión***, en su capítulo III se prevé lo relacionado al abandono, negación y práctica indebida del servicio médico, cuyos artículos prevén:

*ARTÍCULO 324. Se impondrán prisión de uno a cuatro años, de cien a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión, por un tiempo igual al de la pena de prisión, al médico en ejercicio que:*

*I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a este, no lo atiende o no solicite el auxilio a la institución adecuada; o*

---

<sup>141</sup> Las cursivas son del investigador

*II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando este corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.*

*ARTÍCULO 325. Al médico que habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cien a trescientos días multa.*

*ARTÍCULO 326. Se impondrá de dos a seis años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa al médico que:*

- I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;*
- II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica; o*
- III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital.<sup>142</sup>*

En los dos primeros artículos se aprecian conductas de omisión por parte del personal médico que podríamos englobar en tres supuestos:

- Cuando el médico en ejercicio de su profesión, habiendo sido requerido o no, niega la atención a un lesionado u omite pedir auxilio a una institución de salud;
- Cuando en médico, niega atender a un enfermo en peligro de muerte, de una enfermedad o daño más grave, siempre y cuando no sea posible acudir a otro médico o servicio de salud, y

---

<sup>142</sup> Ibidem

- Cuando el médico que asumió la atención de un lesionado, suspende el tratamiento sin avisar a la autoridad competente o incumple obligaciones legales

En el artículo 326, se aprecian conductas autónomas de acción en diversas hipótesis, como el caso de la realización de una operación innecesaria, en engaño que consiste en aparentar practicar una intervención quirúrgica sin realizarla y cuando se realice dicha intervención sin la autorización del paciente o de quien puede legítimamente otorgarlo, salvo cuando se trate de una urgencia debidamente justificada.

Es importante aclarar que en los tres artículos transcritos, se aprecian figuras delictivas autónomas y no solamente agravantes de otros delitos cometidos por el personal médico, como sí lo contempla el código penal federal.

De los anteriores numerales, se desprende la necesidad de acreditar la calidad del sujeto activo al momento de cometer la acción u omisión delictivas, pues si en el ejemplo multicitado se deberá de acreditar como elemento objetivo del tipo penal del delito que se comenta, que el sujeto activo era médico cirujano con especialidad en gastroenterología y con ese carácter llevó a cabo la intervención quirúrgica, pues de lo contrario, carecemos de la tipicidad en el delito comentado, sin perjuicio de que se pueda comprobar la comisión de otros. En ese sentido, podemos apreciar el criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del décimo cuarto circuito al referirse a este tipo de delitos contemplados por el Código Penal de Quintana Roo:

**RESPONSABILIDAD PROFESIONAL O TÉCNICA, DELITO DE. PARA TENER POR ACREDITADOS LOS ELEMENTOS TÍPICOS, ES INDISPENSABLE DEMOSTRAR EL CARÁCTER CON EL QUE EL SUJETO ACTIVO DESPLEGÓ LA CONDUCTA DELICTIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO).** La figura típica

contenida en el artículo 199 del Código Penal del Estado de Quintana Roo contempla sanciones para los profesionistas o técnicos que, habiendo aceptado prestar sus servicios a una persona, abandonen el servicio sin el consentimiento de aquélla y sin causa justificada, ocasionando un daño en los bienes de quien tenía derecho a la prestación de los servicios correspondientes. En tal virtud, este ilícito se clasifica entre los que la doctrina denomina delitos propios, que se distinguen porque la modalidad o referencia al sujeto activo es un elemento del tipo; de ahí que para tener por acreditada la probable responsabilidad del acusado, resulta indispensable acreditar entre otros, que desplegó su conducta con el carácter de profesionista o técnico; de lo contrario, la orden de captura emitida en su contra es violatoria del artículo 16 constitucional.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 671/97. Carlos E. Pech Acosta. 22 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VII, Marzo de 1998. Pág. 823. Tesis Aislada.

Ahora bien, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que al crearse los tipos penales del delito de impericia profesional, no pretende situar a los profesionistas fuera de su condición humana, sino conminarlos a que actúen dentro de los límites de la prudencia jurídicamente exigible de acuerdo a las circunstancias que se presenten en los hechos, como se aprecia de la tesis aislada que se transcribe a continuación:

**CONSTRUCCIONES, DAÑO CAUSADO POR LAS, RESPONSABILIDAD DE LOS TECNICOS.** El artículo 254 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, determina que la fuerza probatoria de todo juicio será calificada por el Juez o tribunal según las circunstancias. Ahora bien, si dos de los peritos asientan

esencialmente, que hubo imprevisión en el cálculo del peso de un edificio y como consecuencia los cimientos fueron insuficientes, cediendo el terreno con el consiguiente daño para la finca vecina; y el primero de dichos peritos, que posteriormente concurrió a la junta que citó el Juez de la causa, convino en todo, con las conclusiones a que llegaron los restantes expertos, tanto los designados por el Ministerio Público como los propuestos por el acusado, los dictámenes suscritos por esos peritos son que cobran mayor fuerza probatoria y debe aceptarse su opinión que fue emitida en el sentido de que obró con estricto apego a la técnica de la construcción, en lo que concierne a las dimensiones de los cimientos, y de que los asentamientos del suelo en la ciudad de México, causa fundamental de los daños resentidos por la finca dañada, se deben a la constitución especial de aquel; asentamientos que se pueden prevenir pero no evitar en lo absoluto, pues para ello serían necesarias obras costosísimas que los propietarios no podrían erogar. Sería difícil asignar una equivalencia en su significación a las locuciones previsibilidad y evitabilidad, y la existencia de esas circunstancias es insuficiente para fundar aisladamente, la incriminación, por imprudencia. Pueden citarse muchos ejemplos de fenómenos perfectamente previsibles, mas no evitables por el esfuerzo humano; y si los peritos han afirmado que los asentamientos del suelo en la ciudad de México son previsibles, pero que sólo mediante obras costosísimas pueden conjurarse eso quiere decir que la prevención de dichos daños, por la magnitud de las obras que hay que ejecutar, no es asequible a los propietarios; en otros términos, que la evitabilidad es propiamente irrealizable o muy difícil en la práctica. La imprudencia del tipo de delito de que se trata no se deriva del daño mismo, sino de la comprobación de las causales del daño y de que, las mismas se pudieron atribuir al enjuiciado. Dentro de esas técnicas habría que probar que los asentamientos del suelo son evitables; que se tuvieron al alcance los medios para evitarlos y que el resultado dañoso fue la consecuencia de haberlos omitido; y la premisa inicial que rige las restantes, se destruye con la consideración de que la aludida evitabilidad en los asentamientos, propiamente no es factible y que, por lo tanto, queda reducida a la categoría de una evitabilidad hipotética, fuera de las prácticas reguladoras que aconseja la técnica de las construcciones, dentro de la peculiar consistencia del suelo de esta capital. El verdadero espíritu que informa al

moderno derecho penal mexicano, tiende más propiamente a una función pragmática dentro de una fórmula legal, sencilla y asequible; al crear tipos de delito por impericia profesional, no pretende indudablemente situar a los profesionistas fuera de su condición humana, sino urgirles a que actúen dentro de los límites de la prudencia, jurídicamente exigible es decir hasta los linderos que marquen las circunstancias. Los delitos de responsabilidad profesional destacados en los artículos 228 y 230 del Código Penal, no se descomponen en los siguientes elementos: la producción de un daño y que este daño sea causado por el profesionista en el ejercicio de su actividad. En el primero de los citados artículos, donde se contienen los conceptos anteriores, se enuncia simplemente el tipo de delito, mencionándose los posibles sujetos activos de la infracción; mas es preciso relacionarlo con la fracción I del propio artículo que menciona los delitos que resulten consumados; el presupuesto de los delitos de responsabilidad técnica no es, por lo tanto, la estimación de un daño, sino la consumación de un delito, en el caso, sería de daño en propiedad ajena, y este por todas las consideraciones que se han hecho anteriormente, no queda justificado por medio de alguna de las formas de la imprudencia, enunciadas en el artículo 8o. La imprudencia, en cualquiera de las formas incidentales enumeradas en ese precepto legal hay que probarla plenamente, sin que sea posible presumirla, a diferencia del dolo peculiar a los delitos intencionales, cuya existencia es dable suponer a través de la regla contenida en el artículo 9o. De la ley sustantiva. En virtud de todo lo expuesto, debe concluirse que si el juzgador presume la impericia en el arquitecto, en el caso dicho, no obstante que los hechos ciertos, perfectamente aclarados en la averiguación conducen al extremo contrario, el indebido valor que se asigne a la prueba de peritos, y la infracción del artículo 254 del Código de Procedimientos Penales, violan el artículo 14 constitucional y debe concederse el amparo contra el fallo que impuso pena por los delitos de daño en propiedad ajena, por imprudencia y responsabilidad técnica.

Amparo penal directo 5809/37. Torre Miguel de la. 3 de junio 1938. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rodolfo Asiáin. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo LVI. Pág. 1511. Tesis Aislada.

Finalmente, las tesis de los tribunales federales, sostuvieron anteriormente en torno a la responsabilidad médica prevista en el código penal federal, que se trataba de un delito autónomo, pero a últimas fechas el criterio dominante y creemos el correcto, es que se trata de una circunstancia agravadora como se desprende de la siguiente tesis aislada:

**RESPONSABILIDAD MÉDICA. CIRCUNSTANCIA AGRAVADORA Y NO TIPO PENAL AUTONOMO.** El análisis del contenido del artículo 228 del Código Penal Federal, lleva a la conclusión de que no contiene los elementos de un tipo penal autónomo, sino que describe una circunstancia personal del sujeto activo, como lo es la profesión, y a virtud de ello la procedencia de una penalidad accesoria en caso de resultar responsable de la que correspondiera al delito que resultara consumado, por lo que más que estar en presencia de un tipo delictivo autónomo, se está ante una circunstancia agravadora.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 194/91. Carmen Vázquez Badillo. 15 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jorge Luis Silva Banda.

Amparo en revisión 191/91. Carlos David Angeles Weintraus. 15 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jorge Luis Silva Banda.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo X, Noviembre de 1992. Pág. 306. Tesis Aislada.

De todo lo anterior, podemos darnos cuenta que tanto la legislación federal como la del Distrito Federal, otorgan plena eficacia al consentimiento en el caso

del delito de lesiones ocasionadas con motivo de las intervenciones médico quirúrgicas, siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para su validez; sin embargo, como ha quedado asentado, es escasa la jurisprudencia en torno al tema y pensamos que no hay otra razón más que la falta de profundización en su estudio. Siendo oportuno apreciar ahora cómo se ha considerado el consentimiento en otras legislaciones.

## **2. Legislación comparada.**

Asimismo, es interesante señalar comparativamente la legislación penal en relación a tema que nos ocupa, de dos países europeos que se han distinguido por su destacable doctrina en materia del derecho penal, como lo son Alemania y España; ya que nuestro país ha recibido una fuerte influencia de ellos.

En ese tenor, no podemos dejar de mencionar, que en muchas ocasiones se han traído a la legislación nacional concepciones jurídicas extranjeras, que de ninguna manera cumplen con las expectativas de conseguir una mejor procuración e impartición de justicia. Muestra de ello, la vemos en el código penal para el Distrito Federal en vigor, en el cual se abordaron temas sustanciales como las garantías y principios que rigen en materia penal; sin embargo, sus creadores no apreciaron que el problema no consiste en la creación de nuevas leyes, sino que cuando éstas, se encuentren en vigor sean eficaces y se generen los resultados que espera la sociedad.

### **2.1 Alemania.**

El primero de enero de 1975 entró en vigor una nueva redacción del código penal de Alemania de 1871, en donde la parte general fue completamente transformada con la segunda ley para la reforma del derecho penal de 4 de julio



de 1969. Siendo importante advertir, que dicho código penal regula lo relacionado a las lesiones médico quirúrgicas; por ello, cabe señalar que en su capítulo primero título I, se establecen los principios que rigen la ley penal, señalando en el artículo 1 el principio de Legalidad en los siguientes términos:

**§ 1. No hay pena sin ley**

*Un hecho sólo puede castigarse, cuando la punibilidad ha sido determinada legalmente, antes de que el hecho se hubiere cometido.*<sup>143</sup>

Además, sobre los principios de retroactividad y ley favorable, el artículo 2 versa:

**§ 2. Validez en el tiempo**

*(1) La pena principal y las consecuencias accesorias se determinaran de acuerdo con la ley que rija en el momento del hecho.*

*(2) Si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rige en el momento de la culminación del hecho*

*(3) Si la ley que rige en la culminación del hecho es cambiada antes de la decisión, entonces ha de aplicarse la ley más benigna.*

*(4) Una ley, que solo debe regir para un determinado tiempo, también es aplicable a hechos que durante su validez son cometidos aún cuando ella haya dejado de tener vigencia. Esto no es aplicable en la medida en que una ley disponga otra cosa.*

*(5) Para el comiso, la confiscación y la inutilización rigen los incisos 1 a 4 en lo pertinente.*

*(6) Cuando no se ha determinado legalmente otra cosa, las medidas de corrección y seguridad se han de decidir conforme a la ley que rija al tiempo de la decisión.*

Es destacable, que el código penal que se comenta, no solo define lo que debemos entender por delito, sino que va más allá realizando una clasificación de los mismos como se desprende de su artículo 12:

---

<sup>143</sup> Las negrillas y cursivas en los artículos de este código son del investigador

### **§ 12. Crímenes y delitos**

(1) *Crímenes son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de un año o más.*

(2) *Delitos son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad inferior o con multa.*

(3) *Agravaciones o atenuaciones que se prevean según los preceptos de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves, permanecen fuera de consideración para esta clasificación.*

De lo anterior, se desprende que no se llega al casuismo de indicar las formas de comisión del delito, como sí lo hacen los códigos penales en México, pero en su artículo 13 prevé lo relativo a la comisión por omisión al indicar:

### **§ 13. Comisión por omisión**

(1) *Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.*

Además, en relación al elemento subjetivo del tipo, establece:

### **§ 15. Acción dolosa y culposa**

*La acción dolosa sólo es punible cuando, por ley no está amenazada expresamente con pena la acción culposa.*

Sobre las penas aplicables a los profesionistas que en ejercicio de su actividad cometen delitos se regula exhaustivamente de la siguiente manera:

### **§ 70. Orden de prohibición de ejercer la profesión**

(1) Si alguien ha sido condenado por hecho antijurídico cometido con abuso de su profesión u oficio o con grave lesión a los deberes ligados a ellos, o no siendo condenado porque su incapacidad de culpabilidad ha sido probada o no se puede excluir, entonces el tribunal puede prohibirle el ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio o de la rama industrial por una duración de uno hasta cinco años, cuando la valoración en conjunto del autor y del hecho permita reconocer que el autor cometerá hechos punibles relevantes de la clase de los señalados en caso de un ulterior ejercicio de la profesión, especialidad, oficio o rama industrial. La prohibición de ejercer la profesión se puede ordenar para siempre cuando es de esperar que el plazo máximo legal para la defensa del peligro que emane del autor no sea suficiente.

(2) Si se prohibió provisionalmente al autor el ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio, o de la rama industrial (§ 132a del ordenamiento procesal penal), entonces se reducirá el mínimo del periodo de prohibición por el tiempo en el que la prohibición de ejercer la profesión provisional fuera efectivo. Sin embargo, no se permite que sea inferior a tres meses.

(3) Mientras la prohibición sea efectiva, tampoco puede el autor ejercer la profesión, la especialidad, el oficio o la rama industrial, para otra persona o a través de una persona dependiente de sus instrucciones.

(4) La prohibición de ejercer la profesión se hará efectiva con la ejecutoria de la sentencia. Dentro del plazo de prohibición se tendrá en cuenta el tiempo de la prohibición de ejercer la profesión provisional ordenado por el hecho, en tanto que el tiempo después de lo pronunciado en la sentencia, en la cual la comprobaciones reales subyacentes de la de la medida pudieron ser examinadas por última vez. El tiempo en el que el autor ha' sido custodiado por una orden oficial en un establecimiento, no se tendrá en cuenta.

#### **§ 70a. Suspensión de la prohibición de ejercer la profesión**

(1) Si existe conforme a la orden de prohibición de ejercer la profesión razón para aceptar que el peligro de que el autor cometa hechos antijurídicos relevantes de la clase señalados en el § 70 inciso primero, ya no existe, entonces el tribunal puede suspender la prohibición por libertad condicional.

(2) La orden es admitida cuando la prohibición ya ha durado mínimo un año. Dentro del plazo se tendrá en cuenta en el marco del § 70 inciso 4 segunda frase el tiempo de una prohibición provisional de ejercer la profesión. El tiempo en el que el autor ha estado custodiado por una orden oficial en un establecimiento no se tendrá en cuenta.

(3) Si se suspende la prohibición de ejercer la profesión por libertad condicional entonces son aplicables los §§ 56a y 56c hasta 56e en lo pertinente. Sin embargo, el periodo de libertad condicional se prorrogará por el tiempo en el que se cumpla una pena de privación de la libertad o una medida de privación de libertad que haya sido impuesta u ordenada al condenado por el hecho.

### **§ 70b. Revocación de la suspensión y terminación de la prohibición de ejercer la profesión**

(1) El tribunal revoca la suspensión de la prohibición de ejercer la profesión, cuando el condenado:

1. cometa un hecho antijurídico, durante el periodo de libertad condicional abusando de su profesión o su oficio o con una lesión grave de los deberes ligados a ellos,
2. infringe constantemente o gravemente una orden; o,
3. se sustrae reiteradamente de la vigilancia y dirección del asistente de libertad condicional y de ello resulte que el fin de la prohibición de ejercer la profesión requiere una aplicación posterior.

(2) El tribunal también revoca la suspensión de la prohibición de ejercer la profesión cuando circunstancias, que le sean conocidas del autor durante el periodo de libertad condicional, hubiesen conducido a la negación de la suspensión, muestren que el fin de la medida requiere una aplicación continuada de la prohibición de ejercer la profesión.

(3) El periodo de la suspensión del ejercicio de la profesión no se tendrá en cuenta en el plazo de prohibición.

(4) Los servicios prestaciones que ha prestado el condenado para el cumplimiento de las órdenes o promesas no se restituirán.

(5) Después del vencimiento del período de libertad condicional el tribunal declarará por cumplida la prohibición de ejercer la profesión

En relación al delito de lesiones, el código penal de Alemania, también asume un criterio objetivo para sancionarlas, como se aprecia a continuación:

**§ 223. Lesión corporal**

*(1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.*

*(2) la tentativa es punible.*

**§ 224. Lesión corporal peligrosa**

*Quien cometa la lesión corporal*

*1. por medio de la administración de veneno u otras sustancias nocivas para la salud,*

*2. por medio de un arma u otras herramientas peligrosas,*

*3. por medio de un atraco alevé,*

*4. con otro partícipe conjuntamente, o*

*5. por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida estará sujeto a la pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años; en casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.*

*(2) La tentativa es punible...*

**§ 226. Lesión corporal grave**

*(1) Si la lesión corporal tiene como consecuencia que la persona lesionada:*

*1. pierda la visión de uno o de los dos ojos, el oír, el habla o la capacidad reproductora,*

*2. pierda un miembro importante del cuerpo o no lo pueda utilizar permanentemente, o*

*3. quede desfigurado permanentemente de manera considerable o caiga en padecimiento físico habitual, paralización o enfermedad mental o discapacidad, entonces la pena será de uno a diez años de prisión*

*(2) Si el autor causa intencional y deliberadamente una de las consecuencias señaladas en el inciso 1, entonces la pena privativa de la libertad no será inferior a tres años.*

*En casos menos graves del inciso 1 deberá imponerse pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años; en casos menos graves del inciso 2 la pena privativa de la libertad es de uno hasta diez años.*

**§ 227. Lesión corporal con consecuencia de muerte**

(1) *Si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal (§ § 223-226), entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años.*

(2) *En casos menos graves se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.*

Mientras que en lo relativo al consentimiento del ofendido, le otorga un atributo de ser causa de justificación, siempre y cuando el hecho no vaya en contra de las buenas costumbres, indicando:

**§ 228. Consentimiento**

*Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces solo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres.*

Sobre ésta disposición Günter Jackobs, sostiene que la interpretación tiende a determinar la contrariedad a las buenas costumbres en función a la importancia de la intervención, tomando en cuenta el fin de la misma; por ello, entiende dicha contrariedad como desaprobación jurídica del motivo de la acción.<sup>144</sup>

Finalmente, sobre el delito de lesiones culposo, el código que se comenta atenúa la pena a imponer al sujeto activo de la siguiente forma:

**§ 229. Lesión corporal culposa**

*Quien por imprudencia cause la lesión corporal de otra persona, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.*

---

<sup>144</sup> JACKOBS, Günter. Derecho Penal. Parte General. 2ª edición. Marcial Pons ediciones. Madrid 1997. pp. 528

De todo ello, se infiere que el código penal alemán, regula de manera eficiente lo relativo al caso de las lesiones médico quirúrgicas, además, al igual que el Código Penal Federal, considera como una agravante la responsabilidad profesional del médico en este caso, a diferencia de lo previsto por el código penal para el Distrito Federal, que ha establecido tipos penales autónomos en ésta materia.

## **2.2 España.**

Por otra parte, el código penal español, que se contiene en la ley orgánica 10/1995, publicada en el boletín oficial de Estado de fecha 24 de noviembre del año 1995, también nos da la posibilidad de analizar el caso de las lesiones médico quirúrgicas.

Así como los códigos de nuestro país que hemos mencionado y el alemán, el que ahora se comenta establece en sus primeros artículos pertenecientes al título preliminar, las garantías que rigen la materia penal, como la de legalidad, ley favorable, retroactividad de la ley y prohibición de responsabilidad objetiva, de la siguiente manera:

### **Artículo 1**

- 1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración.*
- 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley.*

### **Artículo 2**

- 1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.*

*2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.*

#### **Artículo 5**

*No hay pena sin dolo o imprudencia.*<sup>145</sup>

En el libro I, título I, capítulo I denominado **De los delitos y de las faltas**, se proporciona una definición de delito, similar a la que indica el código penal federal aplicable en México, en el artículo 10:

#### **Artículo 10**

*Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.*

Además respecto a la omisión impropia, el siguiente artículo del código penal español agrega.

#### **Artículo 11**

*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

---

<sup>145</sup> Las negrillas y cursivas en los artículos de este código son del investigador



Mientras que para la sanción a los delitos culposos el código de referencia, al igual que los ordenamientos de nuestro país, también prevé un número cerrado, cuando indica:

**Artículo 12**

*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*

Es importante destacar que en lo relativo a las causas que eximen la responsabilidad penal que se prevén en el artículo 20, no se contempla el consentimiento del ofendido, por lo cual podemos decir que no opera como causal genérica de atipicidad o justificación, pero sí exime de responsabilidad penal para el delito de Lesiones como más adelante se señalará.

En relación al delito de lesiones, el código penal español también mantiene una postura objetiva para sancionarlo, pero agrava la pena en virtud del medio comisivo, elementos subjetivos específicos o calidad en el sujeto pasivo, tal y como se aprecia de los siguientes artículos:

**Artículo 147**

*1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

*Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.*

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

#### **Artículo 148**

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2º. Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

#### **Artículo 149**

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuere menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.

#### **Artículo 150**

El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

Respecto a las lesiones por imprudencia, el legislador español también, al igual que el de nuestro país, atenúa la pena aplicable y respecto a su comisión en el

ejercicio profesional se impone una pena accesoria y no se considera como delito autónomo, cuando indica:

**Artículo 152**

*1 El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:*

*1º. Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.*

*2º. Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.*

*3º. Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.*

*2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años.*

*3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.*

Sobre el tratamiento médico, Francisco Muñoz Conde, lo define como una serie de prescripciones procedentes de una persona autorizada a ello, o de acciones realizadas directamente por dicha persona sobre otra y que pueden afectar la salud y la integridad física de ésta; agregando que normalmente dicho tratamiento es realizado conforme a la **lex artis**, con la debida diligencia y con la intención de curar, con lo cual queda excluida la parte subjetiva del tipo. Siendo presupuesto general de la licitud del tratamiento el consentimiento del paciente, que tiene como correlativa la obligación del médico de informarle sobre las consecuencias y riesgos del tratamiento, refiriéndose además a los medios,

forma y alternativas de tratamiento; debiendo ser más precisa dicha información, mientras mayor riesgo implique la intervención o tratamiento, tomándose en cuenta las condiciones personales del paciente, como su nivel cultural, edad, entre otras.<sup>146</sup>

Y por si fuera poco, se tipifica como delito de lesiones cualquier otro supuesto en el cual se cause un daño psíquico o físico no contemplado por ése código, al indicar:

### **Artículo 153**

*1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años....*

En relación al consentimiento del ofendido en tratándose del delito de lesiones, solo constituirá una eximente de responsabilidad penal, cuando se trata de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, siempre que no haya vicios del consentimiento y el otorgante no sea menor de edad o incapaz, como se aprecia en los numerales siguientes:

---

<sup>146</sup> Véase MUÑOZ Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 14ª edición. Editorial Tirant lo blanch. Valencia 2002. pp. 133 a 135

**Artículo 155**

*En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.*

**Artículo 156**

*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

*Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.*

Al referirse a éstos artículos, Francisco Muñoz Conde, considera que:

“El consentimiento, válidamente otorgado, puede y debe, pues, no solo atenuar, sino eximir de pena en el delito de lesiones siempre que la acción que se produjo se realice dentro de los límites que el consentimiento señaló [...] No es, pues, que el consentimiento exima o no de pena, sino que, más bien, para comprobar, en principio, cualquier exención de responsabilidad penal en el delito de lesiones, bien sea por falta de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, hay que comenzar normalmente por

si hubo o no consentimiento y si este fue válidamente prestado.”<sup>147</sup>

En consecuencia, queda claro que también el Código Penal de España, nos proporciona una regulación adecuada para considerar como delito y sancionar el caso de las Lesiones médico quirúrgicas, en donde el consentimiento tiene un carácter de eximente de la responsabilidad penal.

Por lo cual, llegamos a la conclusión que tanto las legislaciones penales de México, Alemania y España, reconocen la importancia del consentimiento dentro de la estructura del delito, en donde el primero de los países mencionados le otorga el carácter solamente de causa de exclusión del delito; mientras que el segundo lo considera eficaz para anular la antijuridicidad del hecho solo para el delito de lesiones, siempre y cuando el hecho típico, aún a pesar de dicho consentimiento, no vaya en contra de las buenas costumbres; finalmente, la tercera de las legislaciones referidas, prevé que el consentimiento en el delito de lesiones podrá ser una eximente de responsabilidad penal, sin que tampoco aclare la forma en que la anulará.

---

<sup>147</sup> Ibidem. pp. 129 y 130

## **CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO Y EL CASO DE LAS LESIONES MÉDICO QUIRÚRGICAS**

### **1 Aspectos jurídico-filosóficos sobre el consentimiento del ofendido como causal de atipicidad y justificación.**

En este apartado se expone de manera sucinta la manera en que la dogmática jurídico-penal ha pretendido solucionar lo relativo al consentimiento del ofendido y los motivos que han llevado a los diversos autores a tomar posturas tan distantes entre sí, como considerarlo siempre como causal de atipicidad o también como justificación dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. Ya que si se parte de las distintas funciones que dentro del sistema del delito cumplen la tipicidad y la antijuridicidad, se evidencia la necesidad de la determinación de lugar en el cual debemos ubicar el consentimiento, con la finalidad de lograr establecer una coherente teoría del delito dentro de nuestro sistema jurídico.

#### **1.1 Teoría unitaria.**

Desde la década de los setenta se desarrolló la tendencia de considerar la totalidad de los supuestos en los que concurre la voluntad del titular del bien jurídico protegido como excluyentes de la tipicidad de la conducta, dando lugar a la denominada teoría unitaria de la función del consentimiento.

Esta conclusión es fruto de una determinada concepción que podemos llamar liberal del bien jurídico, que interpreta los bienes jurídicos individuales como ámbitos de autodeterminación referidos a distintos bienes, intereses o sustratos materiales e inmateriales. Por eso, concurriendo la voluntad del titular del bien

jurídico se excluye el desvalor del resultado y con ello, la misma tipicidad de la conducta; en otros términos, podemos concebirlo como un acuerdo que provoca que un bien jurídico individual afectado sea extraído del campo de protección de la norma penal mediante el acto de disposición del sujeto legitimado.

Para María José Segura García, ha sido Roxin quien, de forma más convincente, ha explicado por qué en todos los casos el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta, al indicar que donde alguien presta su consentimiento relevante para que en sus bienes jurídicos otro lleve a cabo una lesión, no existe en tal caso agresión alguna al titular del bien jurídico protegido, sino solo una protección de la realización de su libertad de acción constitucionalmente garantizada que precisamente encuentra su expresión en la libre disposición sobre los bienes jurídicos de su titular. La razón de la ausencia de agresión se encuentra en que no puede haber lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del titular que no perjudica su libre desarrollo, sino que, por el contrario, es su propia expresión.<sup>148</sup>

Además, la autora en cita, señala que Roxin entiende que el fundamento legal de la eficacia del consentimiento como excluyente de la tipicidad no hace falta deducirlo del derecho consuetudinario, ni tampoco de la adecuación social de la conducta, sino se deduce directamente del artículo 2º de la constitución alemana que garantiza la libertad de acción cuyo ejercicio parte del que consiente, haciendo imposible la lesión al bien jurídico y, con ello, la tipicidad de la conducta. A mayor abundamiento, indica que Roxin objeta la teoría diferenciadora porque la ausencia del conflicto de intereses constituye la base

---

<sup>148</sup> Véase SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob. cit pp. 92 y 93



de la justificación y por la falta de una limitación clara entre los casos de consentimiento y acuerdo.<sup>149</sup>

Por lo tanto, resulta claro que considerar al consentimiento como causa de justificación, al modo como lo hace la teoría diferenciadora, supone tener por justificada una conducta que no ha lesionado un bien jurídico, debiéndose destacar que el interés de ese traslado no es gratuito, sino que manifiesta una reciente reticencia ideológica de la doctrina penal en admitir la plena libertad del ciudadano para disponer de determinados bienes. Evidenciándose de lo anterior, que esa es la verdadera clave del problema, pues el tratamiento doctrinal del consentimiento está fuertemente condicionado por la previsión legal de las lesiones consentidas. Sin que debamos perder de vista que la ubicación del tema en la justificación, manifiesta el deseo por parte del Estado de controlar el ejercicio que el individuo hace de su libertad.

Finalmente, la mencionada autora siguiendo a Roxín apunta que la actitud paternalista del Estado que intenta evitar que el individuo haga uso no racional de su libertad, resulta incompatible con el propio sistema dogmático, pues lleva, o bien a tener que admitir, de facto, un concepto naturalista del bien jurídico con el sustrato material, o bien a tener que concederle al Estado el poder de evaluar, en cada caso, y en el ámbito de las causas de justificación, el motivo que lleva al individuo a permitir a un tercero la intervención y, a considerar si puede prevalecer sobre el interés individual, así como la valoración que para el interés general tiene la conservación del bien jurídico.

---

<sup>149</sup> Ibidem. p. 93

En consecuencia, concluye siguiendo a Peter Noll,<sup>150</sup> que la distinción dentro de los bienes jurídicos individuales, entre bienes disponibles e indisponibles es tautológica y carente de significado, puesto que los bienes jurídicos individuales se protegen con el fin de garantizar el libre desarrollo del titular, por definición, el consentimiento presupone, en todo caso, la facultad de disponer y excluye, respecto a dichos bienes, la posibilidad de lesión del bien jurídico cuando se ejercita tal facultad.

A su vez, Beatriz de la Gándara Vallejo considera que el consentimiento es un instituto jurídico cuya eficacia siempre se despliega a nivel de la tipicidad objetiva, básicamente por dos motivos que son: la concepción de los bienes jurídicos individuales y el criterio que denomina del **cuerpo extraño**. Por lo que se refiere a los bienes jurídicos individuales, apunta, que el verdadero objeto de protección de la norma es el dominio autónomo del titular sobre una esfera o ámbito de organización que le corresponde y no la integridad per se de esa esfera, ya que la protección penal de los bienes jurídicos individuales sirve para garantizar primordialmente el libre desarrollo de su titular.

Por consiguiente, no tiene sentido hablar de la producción de una lesión al bien jurídico protegido, cuando una intervención en una esfera ajena, haya sido determinada precisamente por su titular como expresión de su libre desarrollo, por lo cual no se genera indicio alguno de su antijuridicidad, ya que consta la no realización del injusto típico. Asimismo, menciona que el consentimiento del ofendido está condenado a ser un cuerpo extraño entre todas las causas de justificación, debido a que el propio Mezger tuvo que crear un principio distinto

---

<sup>150</sup> Quien desarrollo la denominada teoría de la ponderación de valores, a efecto de explicar que el consentimiento del ofendido puede constituir una causa de justificación, resultando muy interesante su postura para los sistemas jurídicos democráticos, en donde las libertades deben tener un gran peso y los bienes jurídicos individuales, por ese carácter, se consideran disponibles para su titular.

del que sirve como base y por otra parte, el denominado principio de interés preponderante o ponderación de intereses de Noll, tampoco resulta convincente al no producirse colisión alguna entre la libre disposición y el sustrato material del bien jurídico protegido, ya que en el consentimiento lo único decisivo es la libre voluntad del titular.<sup>151</sup>

En México, como en cualquier Estado democrático de derecho, deben ser garantizadas las libertades que proporcionen las mejores posibilidades al individuo para realizar sus objetivos en sociedad, por lo que la teoría unitaria es la que aporta una adecuada, sencilla y coherente respuesta a los problemas implica el consentimiento del ofendido, como más adelante lo sostenemos.

## 1.2 Teoría diferenciadora.

Durante muchos años el consentimiento no fue un tema de interés para la teoría del delito, porque se pensó que al ser el Derecho Penal de carácter público, debía dejarse de lado la voluntad de los particulares, al determinar si una conducta era delictiva o no; lo que significó un claro distanciamiento a la máxima romana *volenti non fit iniuria*.

No obstante ello, para María José Segura García ése planteamiento fue objeto de revisión en el siglo pasado y la doctrina llegó a considerar que el consentimiento podía tener una doble función dentro del esquema dogmático del delito, es decir que en unos casos actuaba como causa de atipicidad de la conducta y en otros como causa de justificación. Para los primeros supuestos la doctrina alemana utiliza el término *Einverständnis*, mientras que la doctrina española asentimiento o conformidad. Para los casos en que actúa como causal

---

<sup>151</sup> Véase DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Ob cit. pp. 100 y 101

de justificación la doctrina alemana utiliza el término *Einwilligung*, reservándose exclusivamente la palabra consentimiento en la española para éstos supuestos.<sup>152</sup>

De esta manera, surge la teoría diferenciadora, según la cual el consentimiento del ofendido puede tener las dos facetas mencionadas en el esquema del delito, mismas que obedecen a hipótesis diversas y que a continuación mencionamos.

### **El consentimiento como causa de atipicidad.**

El consentimiento del ofendido puede operar como causa de atipicidad en dos formas: la primera se encuentra constituida por aquellos tipos penales en los que el fundamento de la ilicitud del hecho se basa precisamente en que el mismo se dirige contra la voluntad del lesionado; por lo cual el consentimiento forma parte de la estructura típica como una característica negativa que aparece en forma expresa o se deduce de la descripción legal.

Al respecto María José Segura García, considera que este primer grupo de supuestos es conocido mayoritariamente bajo la denominación de acuerdo, sin que presente dificultad alguna en su calificación jurídica, ya que el consentimiento del titular excluye la tipicidad de la conducta puesto que, por faltar uno de los elementos del tipo, precisamente el actuar en contra de la voluntad del lesionado, nunca existió el indicio de antijuridicidad que el tipo supone.

El problema a la hora de examinar los requisitos de validez del mismo se concretará al decidir si se exige únicamente una conformidad puramente fáctica,

---

<sup>152</sup> Véase SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob. cit. pp. 54 y 55

en cuyo caso la simple concurrencia de la voluntad del titular excluye la relevancia penal del hecho o por el contrario, de cuál sea el bien jurídico protegido, estableciéndose determinados requisitos para dotar de eficacia jurídica al consentimiento.<sup>153</sup> Como por ejemplo en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 262 fracción I del código penal para el Distrito Federal, que lesiona el servicio público en contra de la voluntad del ofendido al ejercer violencia en su contra sin causa legítima.

El segundo grupo de causas de atipicidad es lo que se ha denominado propiamente consentimiento, en donde se encuentran aquellos casos en los que junto a la tutela de un determinado bien jurídico, se protege igualmente la libertad de disposición del mismo. En éstos casos la acción ofensiva se dirige contra la voluntad del sujeto pasivo y además contra otros bienes como en los delitos de robo, abuso sexual y allanamiento de morada previstos en el código penal para el Distrito Federal.

A mayor abundamiento, María José Segura García, nos dice que las consecuencias jurídicas del asentimiento del titular en este segundo grupo de casos (caracterizados, a primera vista, por la existencia de dos objetos de protección jurídica) son idénticas a las del primero: la presencia del consentimiento enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en virtud que concurriendo dicha voluntad, la conducta del sujeto activo se convierte en un suceso habitual y aceptado desde el punto de vista social. Sin embargo, el problema se presenta en la falta de determinación conceptual de las características de este grupo, lo cual se manifiesta en la enumeración de grupos concretos que deben incluirse en el mismo, sobre lo cual existen grandes discrepancias doctrinales.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Ibidem. p. 56

<sup>154</sup> Ibidem. P. 57

En tal sentido, algunos autores han pretendido analizar cuál es la eficacia del consentimiento en uno o varios tipos penales en concreto, acudiendo para ello, a la parte especial de los ordenamientos penales, pero dejando de establecer con toda pulcritud los presupuestos esenciales de la parte general sobre los que el problema se pretende resolver; verbigracia, no se aclara el concepto de bien jurídico del que se parte, y esto ocasiona conclusiones diversas como considerar el consentimiento como causa de atipicidad o de justificación.

Asimismo, María José Segura García, señala que para dilucidar la naturaleza jurídica que el consentimiento válidamente prestado tiene en determinados tipos penales de la parte especial, habrá que determinar cuál es el concepto de bien jurídico que se utiliza y, en consecuencia, cuales son los bienes que permiten la diferenciación conceptual entre la protección del sustrato y la protección de la capacidad de disposición del titular, así como el fundamento sobre el que tal diferencia se sustenta.

Por ende, agrega, no existiendo utilidad social, el derecho penal no protege los sustratos materiales, lo que es correcto porque la protección jurídico penal del sustrato material, de existir, iría más allá de la propia protección que proporciona el ordenamiento civil, mismo que concede al titular plena capacidad de disponer de la cosa, facultad que incluye, en términos generales, la posibilidad de destruirla por sí o mediante la autorización de terceros o la donación a terceros. La interpretación contraria, o la protección por el derecho penal de una cosa de titularidad individual sobre la que no recae interés social en contra de la voluntad de su titular, supondría una clara contravención al carácter fragmentario y subsidiario que, derivado del principio de proporcionalidad, debe orientar la creación de derecho penal.<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> Idem. pp. 59 y 60

Beatriz de la Gándara, señala al respecto que la conformidad opera excluyendo la consumación típica del delito siempre que el tipo penal presuponga expresamente o conforme a su naturaleza que el autor actúa sin la voluntad efectiva del lesionado, es decir, *invito laeso*, por tanto vence la voluntad contraria de otro, encontrando ejemplo de ello, cuando el dueño permite a una persona que se lleve una cosa suya, situación en la cual no se estaría ante la presencia de un hurto justificado, sino que no existe desapoderamiento alguno, porque no es imposible quitar algo con la voluntad del lesionado.<sup>156</sup>

En ese sentido, pareciera que la distinción entre acuerdo y consentimiento que pretende formular la teoría diferenciadora, no es de tal importancia que justifique dicha clasificación, aunado a que en nuestro país no veríamos claramente establecidas las diferencias prácticas que ambas figuras generarían al resolver problemas concretos; en virtud de que tradicionalmente en la legislación nacional, tanto los tipos penales en los cuales se menciona el quebranto del consentimiento del ofendido, como en los que no se indica, se han considerado como una misma figura jurídica con idénticos requisitos y efectos; muestra de ello es la fracción III de los artículos 15 y 29 de los Códigos penales Federal y del Distrito Federal, respectivamente.

### **El consentimiento como causa de justificación.**

La segunda posibilidad de influencia del consentimiento en la Teoría del Delito, según la teoría diferenciadora, la encontramos cuando anula, además de la tipicidad, también la antijuridicidad del hecho típico, según sea el caso en concreto.

---

<sup>156</sup> Véase DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Ob. cit. p. 75

En ese tenor, han surgido diversos planteamientos teóricos que tratan de fundamentar el consentimiento como causa de justificación, entre los que se encuentran la teoría del negocio jurídico sustentada por Zitelmann, la teoría de la ausencia de interés impulsada por Mezger y la teoría de la ponderación de valores a la cual se refirió Peter Noll, las cuales expondremos con sucintamente a continuación.

### **Teoría del negocio jurídico.**

Fue desarrollada por Zitelmann, quien consideró que el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta cuando se trata de un negocio dirigido a esa exclusión. El consentimiento para el autor citado, es un acto jurídico de naturaleza negocial mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción. Este ejerce un derecho ajeno que es atribuido por aquella autorización y su conducta está justificada frente a todo el ordenamiento jurídico. Las normas reguladoras del consentimiento pertenecen al derecho civil y su regulación legal se deduce de la causa de justificación, ejercicio legítimo de un derecho. Lógicamente, el consentimiento se debe someter a las exigencias de la validez requeridas por el derecho civil y de no concurrir, el consentimiento será ineficaz.<sup>157</sup>

Para este autor, el consentimiento es un negocio jurídico y, más específicamente un negocio jurídico unilateral, ya que para su eficacia no necesita de aceptación; por ende, exige que se ajuste a todos los requisitos que rigen para los negocios jurídicos en general, circunstancia que debe de comprobarse con independencia del eventual contrato en el cual se otorga el consentimiento.

---

<sup>157</sup> Véase ZITELMANN, E. Ausschluss de Widerrechtlichkeit. Cit por SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob. cit. pp. 54 y 55



Geppert, considera que Zitelmann veía el consentimiento como un verdadero negocio jurídico que concedía al autor un derecho revocable en cualquier momento a realizar la acción típica; por lo que a partir de la premisa de que el ejercicio de un derecho nunca puede ser antijurídico, es lógico que concluyese que el consentimiento actuaba excluyendo la antijuridicidad de la acción en todo el ordenamiento jurídico.<sup>158</sup>

### **Teoría de la ausencia de interés.**

Fue sostenida por Mezger, quien rechazó la teoría de Zitelmann, al expresar que no es posible aplicar la teoría del negocio jurídico civil al ámbito de la antijuridicidad penal. Además indica que mantener la teoría del negocio jurídico implica confundir dos institutos jurídicos totalmente diversos como lo son: el consentimiento como negocio jurídico y el consentimiento como causa de justificación. Fundamento del consentimiento como causa de justificación se encuentra en el principio de la ausencia de interés: partiendo de que es la lesión de intereses el contenido de todo injusto, una justificación con arreglo al principio de ausencia de interés aparece cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto. Así las cosas, el consentimiento supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico.<sup>159</sup>

Mezger enfoca el problema del consentimiento desde la perspectiva específica de los elementos subjetivos del injusto, comenzando por aclarar que todo injusto

---

<sup>158</sup> Véase GEPPERT Klaus. Rechtfertigende Einwilligung. Cit por DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Ob. cit. p. 25

<sup>159</sup> Véase MEZGER, E. Tratado de Derecho Penal. Cit por SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob cit. p. 68

es por lo que respecta a su contenido material una lesión de intereses. Por tanto, para las causas de justificación resultan decisivos dos criterios: el principio de la falta de interés y el principio de interés preponderante. Encontrándose el consentimiento del ofendido, precisamente dentro del segundo, además del consentimiento presunto y la gestión de negocios ajenos.<sup>160</sup>

Para María José Segura García, la idea central de Mezger, respecto de la eficacia del consentimiento del titular del bien jurídico se resume, pues, en que concurriendo este desaparece el interés que hubiera sido lesionado por el injusto y, por lo tanto, la acción queda justificada.<sup>161</sup>

### **Teoría de la ponderación de valores.**

Su principal exponente es Peter Noll, quien considera que cuando se presenta una total ausencia de interés, falta el conflicto que da base a los problemas de justificación, debiéndose en éstos casos trasladar el problema a la tipicidad: cuando no concurre un mínimo de daño o peligro al bien jurídico, la conducta es atípica y no solo justificada. Ahora bien, los supuestos de consentimiento no son de ausencia de interés sino de ponderación de valores, ya que en ellos el principio de la autonomía de la voluntad entra en colisión, como un valor más, con el valor que el bien jurídico (en el sentido de sustrato material) tiene de suyo, con la particularidad de que se trata de dos bienes que pertenecen a la misma persona. Esta afirmación, parte de la idea de que existen bienes jurídicos individuales sobre los que el sujeto tiene poder absoluto de disposición, generando en estos casos el consentimiento la atipicidad de la conducta al no producirse quebrantamiento alguno de interés. Sin embargo, existen otros

---

<sup>160</sup> Véase DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Ob cit. p. 37

<sup>161</sup> Véase SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob cit. p. 69

bienes considerados de tal importancia que el Derecho no puede dejarlos a la libre determinación de su titular, pero en ellos cabe la ponderación de valores entre la libertad del individuo para disponer y el desvalor de la acción y del acción el resultado representado por el hecho típico.<sup>162</sup>

Así entendido, en primer término el consentimiento como causa de justificación supralegal, puede llegar a excluir totalmente la ilicitud siempre que resulte preponderante el principio de autonomía de la voluntad sobre el valor representado en el bien jurídicamente tutelado; o bien, en segundo lugar puede en casos de agresión a bienes no totalmente disponibles, por medio de la ponderación, no excluir totalmente el injusto penal, sino aminorarlo.

En ese sentido, indica María José Segura García, que existen algunos bienes jurídicos que el legislador estima tan valiosos que no deben dejarse a la libre determinación de su titular y no se concede, por ello, libertad absoluta de disposición sobre ellos. La limitación de la capacidad de consentir se traduce en algunos casos, en el establecimiento de ciertos límites a la propia disponibilidad o, en otros, en dotar de eficacia limitada el consentimiento del titular, de forma que producirá una aminoración del injusto, pero no la exclusión total. En consecuencia, no tratándose de una titularidad individual, se comparte la misma con una de tipo pública o colectiva.<sup>163</sup> El ejemplo de esto último, lo encontramos en el bien jurídico denominado vida, que el Estado tiene un claro interés de preservar y no deja a la libre disposición de los ciudadanos, sancionándose severamente a quien lo destruye, lo cual nos parece evidentemente necesario para el adecuado desarrollo del grupo social.

---

<sup>162</sup> Véase NOLL, P. Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung. Cit por SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob cit. pp. 70 y 71

<sup>163</sup> Véase SEGURA García, María José. El Consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Ob cit pp. 72 y 73

Jescheck apoya lo anterior, partiendo de la doble función del consentimiento del titular del bien jurídico y fundamenta su consideración como causa de justificación en la teoría de la ponderación de valores, señalando que el uso sin obstáculos de la libertad personal es visto en sí mismo dentro del Estado Liberal de Derecho, como un valor social que debe sopesarse con el interés de la comunidad en la defensa de los bienes jurídicos. Agrega, que existen preceptos penales que, a pesar de proteger bienes jurídicos disponibles por el titular, regulan acciones que no se dirigen exclusivamente contra la voluntad del afectado sino que el objeto de la acción previsto en el tipo sufre mediante el hecho un menoscabo que, con independencia de la voluntad del interesado, tiene significado propio para la comunidad.

En consecuencia, el consentimiento del afectado no evita el daño, pero la producción de este se incluye entre las facultades de libre disposición del titular. Por lo que, el abandono del bien por el ofendido a la intervención de terceros, no impide la relevancia penal del hecho y, dentro ya del ámbito de la justificación, la eficacia del consentimiento se hace depender de ciertas condiciones encaminadas a impedir que el titular se perjudique a sí mismo, sin darse plena cuenta del inconveniente que aquella renuncia al bien jurídico implica.<sup>164</sup>

Uno de los más recientes seguidores de la teoría diferenciadora es Günter Jakobs, quien sostiene la diversidad de funciones entre el acuerdo y el consentimiento, distinguiendo entre acuerdo excluyente del tipo, consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante. Respecto al primer supuesto menciona que numerosos bienes jurídicos penalmente protegidos que están sujetos a disposición de su titular, por lo que el consentimiento del titular excluye la realización del tipo, por ser un suceso de incumbencia del que consiente. En

---

<sup>164</sup> Ibidem. pp. 73 y 74

relación al consentimiento excluyente del tipo señala que el titular del bien jurídico está queriendo la lesión de un bien sobre el que tiene pleno derecho de disposición, o sea, que la concurrencia de la voluntad del titular en lo que en sí es injusto, excluye la valoración negativa del resultado. Finalmente, respecto a consentimiento justificante manifiesta que se encuadran aquellos casos de consentimiento en una lesión en los que el bien afectado no tiene función de intercambio, es decir, no es medio de desarrollar la personalidad. El empleo excepcional de uno de estos bienes como medio es posible sólo en una situación especial y supone una defraudación de expectativas que no se puede solucionar con el consentimiento solo, sino que requiere tener en cuenta el contexto.<sup>165</sup>

Bajo ésa postura, ejemplo del consentimiento justificante lo encontramos en el caso de la extirpación que hacen los médicos para realizar trasplantes, donde a pesar de la anuencia del donante, debido a la importancia del bien tutelado, solo cabe fundamentar la disposición del mismo en una situación excepcional en la cual es Estado desea garantizar oportunidades de salud de su población. No obstante ello, discrepamos con el autor en cita, ya que para justificar la conducta realizada al trasplantar un órgano, en primer lugar tendríamos que hablar de que fuera típica, sin que en el presente caso se colme una lesión al bien jurídico tutelado exigido por la norma penal por los motivos que expondremos en el presente capítulo.

## **2 El consentimiento y el perdón del ofendido.**

Respecto a éstos conceptos jurídicos, Enrique Díaz Aranda indica que en nuestro país a nivel legislativo existió una confusión que se explica recurriendo a

---

<sup>165</sup> Véase JAKOBS, Günter. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª edición. Marcial Ponds Ediciones. Madrid 1997. pp. 289 a 295

la promulgación del código penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal de 1931, en donde el texto de los artículos 9 y 93, respectivamente, negaban relevancia al consentimiento<sup>166</sup>, al establecer:

*Artículo 9. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.*

*La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:*

*...IV Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.*

*Artículo 93. El perdón o el consentimiento del ofendido extingue la acción penal, cuando concurren estos requisitos:*

*I. Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela.*

*II. Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y*

*III. Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca este ante la autoridad como legítimo representante o por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito.<sup>167</sup>*

De lo cual deriva una identificación que el legislador de 1931 realiza respecto a dos figuras jurídicas diametralmente distintas, ya que no debemos perder de vista que el consentimiento del ofendido tiene una naturaleza sustantiva que impacta en los elementos del delito, como ha quedado señalado con anterioridad, mientras que el perdón del ofendido constituye un aspecto procesal.

---

<sup>166</sup> Véase DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General, Ob. cit. p. 348

<sup>167</sup> Las cursivas son del investigador

Carlos Barragán Salvatierra, define el perdón como “el acto mediante el cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiesta ante la autoridad correspondiente que no desea que se persiga a quien lo cometió”<sup>168</sup>.

Sin embargo, Díaz Aranda afirma que la aparente confusión legal que se comenta fue puramente terminológica, pues, la doctrina supo distinguir ambos conceptos y para muestra de ello, cita a Ignacio Villalobos, quien mencionaba en su obra denominada Derecho Penal Mexicano que no se sabía qué andaba haciendo el consentimiento del ofendido en los problemas de intencionalidad del agente, ni por qué habría que pensarse que se eliminara ésta por aquél, si sus factores son el conocimiento de los elementos típicos del acto y la determinación propia sobre ese conocimiento. Finalmente, la confusión concluyo a través de la reforma del 13 de enero de 1984, por la cual se reconoce en el artículo 9º del citado código, el principio de culpabilidad y se omite cualquier referencia al consentimiento y también se cambió la redacción del artículo 93, en donde también se dejó de mencionar.<sup>169</sup>

Muestra de ésa clara distinción entre la figura procesal del perdón del ofendido y el consentimiento, la proporcionan Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, al precisar que “el perdón, que constituye la contra partida procesal de la excluyente sustantiva del consentimiento, y enlaza, a su vez con el requisito de procedibilidad de la querrela, es una causa de extinción de la pretensión punitiva, no de la acción.”<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> BARRAGAN Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. p. 411

<sup>169</sup> Ibidem. pp. 349 y 350

<sup>170</sup> GARCÍA Ramírez Sergio y Victoria Adato Green. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Tomo II. 11ª edición. Porrúa. México 2004. P. 1148

A mayor abundamiento, César Augusto Osorio y Nieto, concibe el perdón del ofendido como “una manifestación de voluntad expresado por persona normativamente facultada para hacerla, en virtud de la cual se extingue la acción penal o en su caso hace cesar los efectos de la sentencia dictada.”<sup>171</sup>

A su vez, el código penal para el Distrito Federal en vigor a partir del 12 de noviembre del año 2002, regula lo relativo al consentimiento en el artículo 100 que establece:

*“El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si este no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad.*

*Una vez otorgado el perdón, este no podrá revocarse, a excepción de los supuestos previstos en los artículos 200 y 201 de este Código, en cuyo caso el perdón previamente otorgado solamente suspende la pretensión punitiva o la ejecución de las penas y medidas de seguridad, y podrá revocarse hasta un año posterior a su otorgamiento.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por un acto equivalente a la querrela. Para la extinción de la pretensión punitiva es suficiente la manifestación de quien está autorizado para ello, de que el interés afectado ha sido satisfecho.*

---

<sup>171</sup> OSORIO y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Ob cit. p. 30



*El perdón solo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.*<sup>172</sup>

De dicha disposición, podemos apreciar con claridad radical que el perdón del ofendido como un concepto eminentemente procesal, tiene como efecto la extinción de la pretensión punitiva, a diferencia del consentimiento, que tendrá siempre consecuencias negativas en lo referente a los elementos del delito. En cuanto a la forma, el perdón, puede manifestarse verbalmente, pero en todo caso, deberá asentarse por escrito; sin que requiera formalidad especial ni frase sacramental alguna, pero cualquier manifestación en la cual no conste expresamente la voluntad de personar no puede surtir sus efectos jurídicos.

Por regla general, el perdón, una vez otorgado, no puede válidamente revocarse, cualquiera que sea la razón que se invoque para ello; sin embargo, el artículo que se comenta establece una regla particular para el delito de violencia familiar, en cuyo caso el perdón solo suspende la pretensión punitiva o la ejecución de penas y medidas de seguridad, existiendo la posibilidad de revocarse hasta un año posterior a su otorgamiento.

Finalmente podemos apreciar que el perdón es divisible en relación a los ofendidos y a los imputados, lo cual implica respecto a los primeros, que solo aquel que lo otorgue extinguirá la pretensión punitiva respecto al delito cometido en su agravio y, respecto a los segundos solo beneficiará a aquel a cuyo favor se haya otorgado expresamente.

---

<sup>172</sup> Las cursivas son del investigador

En ese orden de ideas, queda debidamente evidenciada la diferencia conceptual del consentimiento y el perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo, así como las consecuencias jurídicas que para uno y otro caso se presentan, ya que desde su nacimiento, el perdón siempre se presenta posterior a la comisión del delito, ya sea en la averiguación previa, en el proceso penal o en la ejecución de sentencia, según sea el caso. Verbigracia, cuando un profesional de la medicina, en virtud de un tratamiento médico quirúrgico negligente, genera un daño a la integridad corporal del paciente, habiéndose iniciado una averiguación previa, podrá el ofendido otorgar el perdón por así convenir a sus intereses ante el Ministerio Público, por ser la autoridad investigadora por mandato constitucional; en caso de haberse ejercido la acción penal, lo otorgará ante la autoridad judicial, con lo cual queda extinguida la pretensión punitiva.

### **3. Problemática relativa a los efectos jurídicos del consentimiento del ofendido como causa de atipicidad y de justificación.**

De alguna manera, hemos venido apreciando a lo largo de la presente investigación, la forma en que progresivamente se ha concebido el consentimiento del ofendido, ya sea como aspecto negativo de la tipicidad o de la antijuridicidad, ahora nos corresponde exponer sucintamente las consecuencias jurídicas que tiene para el sistema penal la ubicación del mismo en una y otra categoría del delito, para finalmente establecer nuestro punto de vista.

Dentro de la estructura delictiva, para que una conducta sea sancionada penalmente ha de ser típica, antijurídica y culpable. Por ende, cuando el comportamiento humano voluntario no reúne todos y cada uno de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo, nos encontraremos ante una causal de atipicidad y consecuentemente no existirá delito alguno.

Por otra parte, cuando se tiene una conducta típica, pero la misma se encuentre amparada por una causal de justificación, la misma no será contraria al ordenamiento jurídico y tampoco podrá ser sancionada por el derecho penal.

En ese orden de ideas, la dogmática jurídico penal ha establecido diversas consecuencias para cada uno de los dos casos; en ámbito de la atipicidad, cuando el consentimiento del ofendido sea su causa, nos encontraremos ante una conducta del sujeto activo que no lesionó o puso en peligro alguno el bien jurídico protegido por la norma penal.

En otro sentido, para quienes asumen que el consentimiento del ofendido puede constituir una causa de justificación, el comportamiento del sujeto activo es típico, pero no antijurídico, en virtud de haberse actuado conforme a derecho, a pesar de haberse lesionado o puesto en peligro el bien jurídico, encontrándose dicha justificación en teorías como la del negocio jurídico, la de ausencia de interés y la ponderación de valores a que hemos hecho referencia en este mismo capítulo.

Ahora bien, es importante advertir que lo anterior no debe ser considerado como simples elucubraciones teóricas, puesto que toda la dogmática en torno al delito tiende a explicar un aspecto de la realidad y también a proporcionar herramientas a los operadores del derecho para la resolución de casos concretos; pues de otra forma, no estaría justificada la existencia de tantas teorías surgidas a lo largo de la historia, que en diversas ocasiones han llevado hasta un cambio de paradigma científico.

Para efectos prácticos, nos situaremos en el caso hipotético de una clínica de belleza, cuya especialidad es la realización de cirugías plásticas a los pacientes,

así como la aplicación de determinados polímeros para reducir los efectos del envejecimiento; sin embargo después del paso de algunos meses, las sustancias aplicadas en los pacientes comienzan a generar alteraciones en su salud, a tal grado de poner en riesgo la vida de cinco de ellos, mismos que son sometidos a las cirugías necesarias para salvar la vida, desde luego en diversos hospitales en los que, después de haberse practicado los estudios de laboratorio pertinentes, se ha llegado a la conclusión de que los polímeros utilizados en los pacientes no eran los adecuados para los tratamientos a que fueron sometidos en la clínica de belleza. En consecuencia, al encontrarse en recuperación los ofendidos, deciden acudir ante el Agencia Central de Investigación de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a efecto de formular la denuncia correspondiente por los delitos que resulten acreditados, en contra de los médicos que realizaron la aplicación de los polímeros de referencia.

Resulta interesante el planteamiento a la luz de la teoría del delito y específicamente del consentimiento de los ofendidos, ya que el agente del Ministerio Público investigador, tiene una amplia gama de posibilidades para la práctica de diligencias y también para determinar la averiguación previa. Apartándonos de las cuestiones políticas que en muchísimas ocasiones atañen a las determinaciones del Ministerio Público en el Distrito Federal, es incuestionable que resulta de primerísimo orden el análisis del consentimiento de los ofendidos previo a la realización del procedimiento de la aplicación de los polímeros mencionados, o en otras palabras ¿Será válido el consentimiento de los ofendidos, a pesar de que ignoraban que los polímeros aplicados en el tratamiento no cumplía con los requerimientos necesarios para no afectar su salud?

Desde luego que en el análisis se debe de apreciar que el consentimiento reúna los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible; como en el caso resulta ser la salud de los ofendidos.
  
- 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.

En el supuesto, de que ante el Ministerio Público se llegue a acreditar el otorgamiento de un consentimiento válido de los ofendidos, es decir que no se encuentre afectado por algún vicio de la voluntad, como son el error, la violencia o el engaño, entonces se debe de establecer con radical claridad si el mismo reviste el carácter de causal de atipicidad o de justificación.

Las dos variables en la hipótesis que nos ocupa, son un aspecto práctico de lo que hemos venido comentando, teniendo evidentemente diferentes consecuencias jurídicas. Por una parte, si el agente del Ministerio Público investigador de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, considera que el consentimiento de los ofendidos válidamente otorgado a los médicos tratantes de la clínica de belleza, constituye una causa de atipicidad, en virtud de considerar que ese consentimiento evita la lesión al bien jurídico, tiene la obligación legal de determinar el no ejercicio de la acción penal por el delito de lesiones, en términos del artículo 3 fracción XV inciso c), de la ley orgánica de dicha institución, publicada la gaceta oficial del Distrito Federal de 9 de septiembre de 2009.

Mientras que, si el órgano investigador de referencia, se adhiere a la teoría diferenciadora o dualista del consentimiento y estima que en el caso concreto, constituye una causa de justificación, entonces la conducta de los médicos se encuentra ajustada a derecho, ya sea por considerarlo como un negocio jurídico entre el sujeto pasivo y activo, por la ausencia de interés de los lesionados al otorgar el consentimiento o por la ponderación de valores que realice el afectado (como ha quedado asentado entre el bien jurídico protegido por el tipo penal y la libertad de disposición del mismo); por lo cual deberá acreditar plenamente que el bien jurídico es disponible para los ofendidos, que el titular del bien jurídico esté legitimado para consentir y que el consentimiento se haya otorgado en forma expresa o tácita. Hecho lo anterior, también determinará el no ejercicio de la acción penal por el delito de lesiones, con fundamento en el mismo artículo 3 fracción XV inciso c), de la ley orgánica citada.

De lo contrario, el Ministerio Público tiene la obligación legal de ejercer la acción penal correspondiente, al encontrarse ante la presencia de una conducta típica y presuntamente antijurídica, sin que sea óbice ello, para que ante el juez penal de la causa, puedan los probables responsables acreditar plenamente dicha causa de licitud.

En ese tenor, resulta de vital importancia para el sistema jurídico penal en México, otorgar certidumbre jurídica a los gobernados, respecto al consentimiento del ofendido en el derecho penal, puesto que de diversas maneras hemos apreciado que la intervención del Ministerio Público resulta abusiva porque en algunas ocasiones se carece de los conocimientos técnicos sobre el tema, dejándose impunes conductas que eran delictivas; o bien, investigando y persiguiendo ante los tribunales otras que de ninguna manera lo son, en virtud de encontrarse fuera de ámbito de protección de la norma, debido a que falta la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

A nuestro parecer, el consentimiento del ofendido constituye una causa de atipicidad en todos los casos, ya que en un Estado social y democrático de derecho la lesión de los bienes jurídicos más importantes, es la razón primordial para crear tipos penales, en los que no se describen solamente sucesos emanados de la naturaleza o avalorados, sino aquellos que son reprobables y socialmente inadecuados que provienen del actuar humano, en tanto que lesionan los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal.

Por ende, Antonio Berchermann Arizpe al abordar el tema indica que:

“es incorrecto, pues, estimar –como lo hace la tesis dualista – que tal causa de insubsunción típica solo se da en aquellos tipos penales en los que en su texto se exige o se deriva la falta del consentimiento del titular del bien jurídico o que la conducta se realice contra su voluntad [...] Porque la exclusión del tipo también es posible en aquellos otros delitos en los que solo se hace alusión a la consecuencia física de daño o perturbación al bien”<sup>173</sup>.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en el caso de las lesiones o daño a la propiedad, entre otros.

Agrega dicho autor que el consentimiento válido del titular de un bien jurídico disponible, si bien impide la antijuridicidad de la conducta, antes de ello y en prelación lógica, se constituye en causa de atipicidad del hecho por faltar un daño o peligro que sean lesivos como elementos esenciales a todo tipo penal. La razón jurídica de ello, la encontramos en el hecho de que la protección contra

---

<sup>173</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 592

la lesión de bienes jurídicos es una razón esencial para crear los tipos penales, en los que no se describen meros sucesos naturales ni la realización de conductas sin valor alguno, sino por el contrario se contemplan sucesos henchidos de desvalor y socialmente inadecuados que provienen del actuar humano.<sup>174</sup>

En ese sentido, consideramos que la doctrina penal en México debe pretender simplificar los problemas relacionados con la teoría del delito y no solo realizar una copia de los planteamientos dogmáticos generados en países como Alemania o España, pero desde luego, sin dejar de realizar una explicación exhaustiva sobre los conceptos. Por ende, me parece que para la realidad que vivimos en nuestro país, es de vital importancia apreciar en su justa dimensión los problemas relacionados con el consentimiento del ofendido, en virtud de que se evitaría una serie de criterios dispares que llevan a la solución de problemas en forma contraria o contradictoria, generándose un panorama de incertidumbre jurídica para los gobernados y consecuentemente a una falta de confianza en las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia.

A mayor abundamiento, diremos que la justificación de determinar el lugar que ocupa el consentimiento en la teoría del delito, encuentra su razón de ser en las distintas funciones que hemos mencionado respecto de los elementos tipicidad y antijuridicidad, a efecto de encontrar un modelo dogmático coherente y que responda al verdadero papel que debe cumplir en el sistema jurídico.

Beatriz de la Gándara Vallejo refiere también que el consentimiento del ofendido constituye siempre una causal de atipicidad por falta de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, apoyando su punto de vista en las apreciaciones de Roxin, al señalar que el fundamento se encuentra en la libertad de acción

---

<sup>174</sup> Véase *Ibidem*. p. 592



constitucionalmente garantizada, pues cuando el consentimiento es eficaz, genera la supresión del desvalor del resultado y con ello, también el desvalor de acción y del tipo del delito. Así, para esta autora es indiscutible que quien realiza una acción consentida que le es útil al titular del bien, no produce el resultado típico justificado mediante el consentimiento, sino que todo desvalor del resultado falta ya de antemano; sin embargo, cuando la voluntad del que actúa no está dirigida a la producción de un resultado, también falta el desvalor de intención, quedando claro que una conducta tan jurídicamente neutral y socialmente adecuada no realiza el tipo del delito y no es típica.<sup>175</sup>

Son muchas las críticas que se han formulado en torno a la teoría diferenciadora del consentimiento, pero nos parece adecuado precisar que desde el punto de vista dogmático, se ha pretendido adecuar su inclusión como aspecto negativo de la antijuridicidad modificando todo el entramado conceptual de las causas de justificación, pues como lo hizo Mezger, adicionó el principio de ausencia de interés que no abarca ningún otro supuesto que no sea el consentimiento del ofendido en nuestro sistema jurídico. Además de que Zitelmann, intentó sobreponer al derecho penal la tradición jurídica civil del consentimiento, lo cual desde luego, genera rechazo en virtud de tratarse de subsistemas que responden a diferentes necesidades, dentro del gran sistema jurídico. Finalmente, tampoco es satisfactoria la ponderación de intereses expuesta por Noll, toda vez que cuando el consentimiento es eficaz, solo interesa la libre voluntad del titular del bien jurídico, sin que se llegue a producir una oposición de intereses y sin que la necesidad del consentimiento pueda ser examinada o ponderada frente al valor del objeto material.

---

<sup>175</sup> DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Ob cit. p. 96

En consecuencia, consideramos que el consentimiento del ofendido es un concepto jurídico penal cuya eficacia siempre se despliega en el nivel de la tipicidad objetiva, lo cual se basa fundamentalmente en dos aspectos:

- La concepción de bienes jurídicos protegidos en relación al principio de intervención mínima, y
- El criterio de considerar ajeno a los principios que fundamentan las causas de justificación el consentimiento del ofendido.

Respecto a los bienes jurídicos protegidos, existe una vasta discusión doctrinal, sin embargo es claro que solo es pertinente llegar a punir una conducta cuando sea ineludible prevenir así el grave daño o peligro a los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en sociedad. He aquí la importancia del principio de intervención mínima que se desarrolló en el primer capítulo, en virtud de que no basta que un bien posea suficiente importancia social e incluso constitucional, para reclamar su protección penal; sino que es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos, puesto que si las disposiciones administrativas o civiles bastan, no habrá la necesidad de elevar a rango jurídico penal la defensa de dicho bien.

Asimismo, Antonio Berchermann Arizpe indica:

“Este carácter mínimo o subsidiario de la intervención penal nos sitúa, desde un ángulo complementario, en el clásico postulado de la fragmentariedad del poder punitivo, que exige justamente que los bienes merecedores de protección penal se tutelan de manera subsidiaria. Es decir, únicamente contra las modalidades de agresión más graves y relevantes, rechazando una tutela

penal abrumadora o totalitaria y, por ello, también uniforme e indiferenciada.”<sup>176</sup>

Por ello, nos parece que el Estado debe regular sólo la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que sean indispensables para la realización del ser humano, dejando en libertad de que este decida si reciente o no afectación, en aquellos casos que no atenten contra el ordenamiento jurídico que debe invariablemente responder a las necesidades de la vida en sociedad. Sin embargo, parece que los legisladores, tanto locales como federales, piensan que el problema radica en la reforma y creación de leyes sin límite alguno, cuando lo que en verdad ocasiona la impunidad es un acuerdo tácito de diversos operadores jurídicos de no aplicar la ley, privilegiando las decisiones y acuerdos políticos.

Ahora bien, sobre los principios que fundamentan las causas de justificación, es importante advertir, como ya lo apreciábamos, que ni Mezger, ni Noll, lograron explicar en forma convincente el consentimiento del ofendido como causa de justificación, ya que por un lado, el primero adicionó un principio que no comparte ninguna de las otras causales de licitud; mientras que el segundo, pierde de vista que en los supuestos en los cuales interviene la conformidad del ofendido, en realidad no se produce una colisión entre la libre disposición y el sustrato material del bien jurídico protegido, debido a que en el consentimiento lo único decisivo es la libre voluntad sobre el bien jurídico y resultaría absurdo plantear semejante colisión si se conceptúa la facultad de disponer como un elemento constitutivo del propio bien jurídico, pues el objeto material y la facultad de disposición forman la esencia de la protección de la norma penal. Verbigracia, en el delito de lesiones, no podemos pensar que exista una colisión

---

<sup>176</sup> BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Ob cit. p. 132

entre la integridad física o psicológica y la libertad para disponer de dicha integridad por parte del titular de ella, en virtud de que una y otra son la génesis de la ley que no debe tener otro sentido que la posibilidad de que el ser humano tenga garantizados los elementos necesarios para su adecuado desarrollo en la sociedad.

De tal forma, que la sencillez con la cual se puede dar solución a los problemas jurídico penales que se presentan en la práctica en torno al tema del consentimiento del ofendido en nuestro país, nos dan la pauta para asumir que la teoría Unitaria resulta ser la mejor opción para nuestro sistema jurídico, ya que se evitan procedimientos penales innecesarios, que han llevado a buscar incluso la solución en el proceso penal acusatorio con un perfil predominantemente oral, que sin lugar a dudas no responde a nuestra tradición procesal, por lo cual se han manifestado una serie de detractores de la eficacia de la reforma penal constitucional a los artículos 16, 19, 20 y 21.

En otras palabras, de acuerdo a la realidad que vive el sistema jurídico penal mexicano y en específico la teoría del delito, el consentimiento del ofendido constituye una causa de atipicidad, en delitos que protegen un bien jurídico disponible, siempre y cuando se haya otorgado en forma expresa o tácita por su titular, previamente a la comisión del evento delictivo, quien deberá tener capacidad legal para hacerlo y siempre libre de vicios como la violencia, el error o el engaño; pues cuando el Ministerio Público realice el juicio de tipicidad en su investigación, llegará a la conclusión de que la conducta es atípica por faltar el elemento objetivo denominado lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado en la norma penal.

No obstante lo anterior, pensamos que esto no amerita de ninguna manera una reforma legal de los artículos 15 del código penal federal y 29 del aplicable en el

Distrito Federal, en virtud de que la interpretación y aplicación de las causas de exclusión del delito, se debe realizar por parte de los operadores jurídicos, quienes apoyados en la dogmática jurídico penal y en la jurisprudencia lograrán dar solución a los hechos puestos en su conocimiento.

#### **4. El consentimiento del ofendido en las lesiones médico quirúrgicas.**

Este tema resulta ser uno de los aspectos empíricos del tema central de la presente investigación, pues las consideraciones teóricas expuestas, toman especial relevancia al considerar el caso de las lesiones ocasionadas en las intervenciones quirúrgicas que se llevan a cabo en la práctica de la medicina.

Es oportuno recordar que la ciencia médica se originó en la primitiva filosofía, pero se distinguió y se independizó de ella. Lo que caracterizó a esa medicina naciente que se había desarrollado antes de Hipócrates, es fundamentalmente su afán de objetividad, así como su fe en que la observación y razón humanas pueden desentrañar el misterio de la naturaleza, porque ésta es poseedora de un orden regular, de unas relaciones causales que enlazan unos hechos con otros y de unas leyes fijas e inquebrantables que justamente la ciencia puede captar y explicar.

La medicina griega, se ocupó de la dieta y de la higiene, entendiéndose por ambas un sentido mucho más profundo que en la actualidad, ya que no solo incluían la alimentación y la limpieza, sino los ejercicios, tanto físicos como de pensamiento, del lenguaje y de los sentidos. Y al no ser solamente terapéutica y no solo destinarse a combatir la enfermedad, la medicina amplía su campo hasta abarcar el concepto existencial del hombre; la medicina hipocrática es *techné*, en tanto que arte, no solo correctivo, sino constructor, es decir, creador de salud. Nunca la ciencia médica perdió entre los griegos su rango de sabiduría, su

misión humanizadora general. Además, la objetividad, la impersonalidad y la científicidad de la ciencia médica, no está reñida con sus finalidades éticas, sino al contrario, aquellas no se realizan sin éstas. El juramento hipocrático es inequívoco en ese sentido: el médico se compromete a usar su saber para la vida y se compromete a la limpieza del alma y a la santidad moral.<sup>177</sup>

Sin embargo, en la actualidad, hemos apreciado que la práctica médica ha perdido esas finalidades preventivas de la cultura griega, por lo cual, en nuestros días se han centrado la actividad del sector salud de México a atender una gran cantidad de personas enfermas, las cuales en muchas ocasiones llegan a ser sometidas a tratamientos quirúrgicos; o bien, desde otro punto de vista, también ha proliferado la actividad del médico en intervenciones quirúrgicas para aspectos estéticos.

Por ello, Sergio García Ramírez considera que

“la comunidad y el poder político, instituido para proteger a los seres humanos, deben apreciar estas relaciones y establecer los deberes pertinentes, de manera que corresponda a los elevados intereses en juego y a las legítimas demandas de los pacientes. Saberlo así –y sobre todo comprenderlo así – contribuye a entender por qué los enfermos esperan tanto de los médicos, y por qué la sociedad y el Estado son tan exigentes con ellos.”<sup>178</sup>

En ese sentido, se han realizados esfuerzos para regular la calidad en la prestación de los servicios de relacionados con los profesionales de la medicina,

---

<sup>177</sup> Véase GONZÁLEZ, Juliana. El Ethos, destino del hombre. 2ª reimpresión. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 2007. pp. 81 a 86

<sup>178</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio. La responsabilidad penal del médico. 2ª edición. Porrúa. México 2006. p. 3

creándose la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, que desde luego, no tiene competencia para los aspectos penales relacionados con la realización de intervenciones quirúrgicas.

Ahora bien, para Romeo Casabona, el tratamiento médico es aquella actividad profesional del médico dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar la salud, o a mejorar el aspecto estético de una persona. Y, el tratamiento terapéutico, como aquella modalidad del tratamiento médico quirúrgico dirigida a eliminar, aliviar o disminuir los efectos de una enfermedad.<sup>179</sup>

De ello, podemos precisar que el tratamiento médico quirúrgico, concebido como una parte de la actividad médica, tiene diferentes facetas, entre las que se dirigen directamente a curar física o psíquicamente, incluyéndose la curación total, el no empeoramiento y el retraso de efectos de la enfermedad, lo que puede llevarse a cabo mediante acciones quirúrgicas o clínicas, encontrándose entre las primeras la denominada cirugía estética.

Pilar Gómez Pavón, siguiendo a Jorge Barreiro y a Crespi, menciona que las características del tratamiento médico son: la finalidad curativa a través de la prevención o del mejoramiento, esencial para determinar la posible relevancia jurídico-penal del hecho y que sea indicado para el fin curativo; por lo cual se trataría de una ponderación de intereses donde los beneficios deben ser superiores a los riesgos, cuyo pronóstico que debe formularse mediante un juicio *ex ante*. Asimismo, citando a Engisch considera que una operación es indicada cuando es el único o el mejor medio para la conservación de la vida o

---

<sup>179</sup> Véase GÓMEZ Pavón, Pilar. Tratamientos Médicos: su responsabilidad penal y civil. Editorial Bosch. Barcelona 2007. pp. 76 y 77

restablecer la salud, el bienestar o la buena apariencia del paciente, y cuando por ese motivo puede llegar a ser efectuada.<sup>180</sup>

Por ende, las cirugías médicas deben tener la finalidad curativa, por ser un requisito ineludible, que junto con el consentimiento del paciente constituye una fuerte protección para el profesional de la medicina. Además, como ya quedó expresado en el segundo capítulo, el delito de lesiones constituye una alteración a la salud, que puede ser tanto física, como psíquica, en donde la información con que debe contar el paciente respecto al tratamiento médico, es un presupuesto ineludible en para el otorgamiento de ese consentimiento.

Dicha información supone el conocimiento del paciente acerca de las características esenciales del tratamiento, así como el riesgo que puede comportar para su salud o la vida para el caso de las operaciones altamente peligrosas. No obstante, que parece algo muy sencillo, en la práctica los médicos no llevan a cabo esta obligación a cabalidad, pues en muchas ocasiones se pasa por alto, o se realizan manifestaciones que a todas luces no son asequibles para quienes desconocen cuestiones técnicas de dicha profesión. Por ende, proponemos una adecuada capacitación de los profesionales de la medicina en torno al tema que nos ocupa, para que conozcan sus obligaciones como prestadores de servicios, a efecto de evitar responsabilidades penales en sus actividades.

Al respecto, Beatriz de la Gándara Vallejo menciona, respecto al deber del médico de información, que en principio los errores que tengan su origen en un engaño afectan la eficacia del consentimiento; además cuando el médico incumple su deber de aclaración, los errores del paciente relativos al bien jurídico, serán imputables al médico, de tal forma que dicho profesional habrá

---

<sup>180</sup> Ibidem. pp. 77 y 78



cometido un delito doloso o imprudente, según se hayan omitido la información de una u otra manera. Por consiguiente, dentro de los deberes de información del médico respecto al paciente, es posible distinguir entre la aclaración a efectos terapéuticos, que derivan de la *lex artis* y la aclaración de los efectos del consentimiento, que la doctrina alemana denomina **aclaración de autodeterminación**. Mientras que con la aclaración terapéutica se trata básicamente de proteger al paciente frente a las posibles puestas en peligro que pudiera originar su ignorancia acerca de las reglas de conducta que debe observar en relación con su enfermedad o acerca de los efectos de los medicamentos; la finalidad de la aclaración de autodeterminación es hacer que la clase, significado y alcance de la intervención quirúrgica sean comprensibles en lo esencial para el paciente, ofreciéndole una base sobre la cual puede ponderar los pro y los contra del tratamiento.<sup>181</sup>

Sin perder de vista que la materia que nos ocupa es la de lesiones médico quirúrgicas, resulta precisa la aclaración en el sentido de que el consentimiento debe cumplir con los requisitos previstos en la fracción III de los artículos 29 del código penal para el Distrito Federal y 15 del código penal federal, según sea el caso; ya que de lo contrario, se habrá otorgado un consentimiento tal vez eficaz para otro tipo de materias, pero no para el derecho penal. En ese orden de ideas, en el delito de referencia el bien jurídico tutelado se encuentra constituido por la integridad física y psíquica del paciente, que sí es disponible en nuestro sistema jurídico; además es necesario que quien consiente tenga capacidad legal de ejercicio para disponer de la salud y finalmente debe expresarse el consentimiento de manera expresa o tácita y estar libre de vicios del consentimiento, como el error, el engaño o la violencia.

---

<sup>181</sup> Véase DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Ob cit. pp. 229 y 230

Dentro de la estructura dogmática del delito, en el segundo elemento que se ha denominado tipicidad, como se ha mencionado en el capítulo II, existen los denominados elementos subjetivos genéricos, que son el dolo y la culpa. El primero que implica una conducta desplegada con el propósito de ocasionar un resultado típico, o bien previendo como posible el resultado se acepta su realización, resulta ser casos verdaderamente difíciles de encontrar en la práctica, pues afortunadamente la medicina, hasta nuestros días sigue siendo una actividad predominantemente curativa y preventiva de enfermedades, en donde el profesional tiene una bagaje cultural y ético que lo lleva generalmente a alejarse de conductas dolosas que ocasionen daño a la salud del paciente.

Por tanto, la forma culposa es la forma más frecuente en que se presentan las lesiones médico quirúrgicas, ya que obra así quien produce un resultado típico que no previó, siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, violando un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias del caso concreto. En este ámbito se encuentran aspectos como la diligencia que tiene que ver con la atención, el cuidado y el esmero de la actividad del médico; así como la pericia que se relaciona con el conocimiento de reglas de la técnica.

A mayor abundamiento, Gonzalo Moctezuma Barragan señala que la culpa por impericia significa insuficiencia de aquellos conocimientos que se presuponen en una persona que ha efectuado estudios especiales en el ámbito de la medicina, pudiendo indicar, además, falta de práctica a pesar de que pudieran tenerse los conocimientos necesarios. La culpa por imprudencia, indica, consiste en no obrar con la debida precaución que la ciencia médica hace aconsejable para evitar el riesgo a que puede llevar el acto médico ejecutado sin mayor reflexión. Además, menciona que la culpa por negligencia o facultativa pasiva, se traduce en una omisión, que se presenta ante el incumplimiento de un deber, en una

falta de precaución, una omisión de la atención y de la diligencia debida o una pereza volitiva, las que se presentan ante una actitud pasiva del médico.<sup>182</sup>

Desde luego, que el consentimiento que otorga válidamente el paciente al médico para ser sometido a una intervención quirúrgica, no puede abarcar ninguno de los aspectos mencionados, ya que cuando una persona se pone en manos de dicho profesional, lo hace con la firme intención de mejorar su salud o calidad de vida, por lo que los daños ocasionados por culpa de los galenos, deberán ser generadores de una responsabilidad por haber infringido las normas penales.

En Alemania la opinión dominante de la doctrina mantiene que las intervenciones terapéuticas no se encuadran en el delito de lesiones, en virtud de que el tratamiento médico del enfermo con el fin de restablecer su salud no puede suponer una lesión al bien jurídico protegido por el delito. Sin embargo, no existe un criterio unánime acerca de las exigencias que debe cumplir una intervención terapéutica para ser considerada atípica, ya que existen dos escuelas de pensamiento: la primera asume la teoría del resultado y considera las intervenciones exitosas y las que fracasan. Por ende, el tipo de lesiones quedará excluido solo cuando el bienestar corporal considerado en su totalidad haya sido mejorado o al menos conservado. Pero si la intervención fracasa, lo cual debemos entender cuando tras la intervención el paciente se encuentra en un estado peor de lo que hubiera tenido que soportar sin la realización de la intervención, entonces la conducta será constitutiva del delito de lesiones. La otra postura doctrinal, que es predominante en España, intenta disminuir el riesgo al que se ve sometido el médico poniendo el acento en la **lex artis**; en consecuencia, si la intervención terapéutica se práctica conforme a la **técnica**

---

<sup>182</sup> ISONOMÍA. #8. Año 1998. Moctezuma Barragán, Gonzalo. Responsabilidad profesional médica. pp. 68 a 70

**recomendada** y con la intención de curar, habrá que entender que incluso en caso de fracasar no sería típica de un delito de lesiones.<sup>183</sup>

No obstante ello, consideramos que afirmar la atipicidad de la actividad curativa del médico en virtud de ajustarla a la **lex artis**, con total independencia de que concurra el consentimiento del paciente, es una incongruencia a la teoría que sustenta la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales, según la cual en el delito de lesiones se protege el dominio autónomo del titular sobre su integridad corporal física y psíquica.

Por ende, compartimos el criterio sustentado por Luigi Ferrajoli, en relación a los bienes jurídicos fundamentales, según el cual si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación y, a ilícitos administrativos todas las actividades que violen reglas de organización de los aparatos o normas de correcta administración, o que produzcan daños a bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas; pues solo una reducción semejante en la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y credibilidad al derecho penal.<sup>184</sup>

De tal forma que de acuerdo al principio de intervención mínima que debe regir en un Estado democrático de derecho, como el mexicano por mandato del artículo 40 constitucional, sólo los bienes jurídicos de mayor valor para la sociedad deben ser resguardados de conductas reguladas por el derecho penal, resultando que en el caso del delito de lesiones médico quirúrgicas, debe prevalecer la libertad del paciente de disponer sobre el bien jurídico protegido

---

<sup>183</sup> Véase DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Ob cit. p. 226

<sup>184</sup> [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org). 9 de noviembre de 2009 a las 22:12 horas.

salud o integridad corporal. En consecuencia, la eficacia eximente del consentimiento en el delito de lesiones que se comenta, no depende, desde nuestro punto de vista, de la concurrencia de la **lex artis**, sino que ésta solo marca el límite de lo abarcado por el consentimiento.

Lo que sucede en la práctica es que el paciente otorga su consentimiento a una intervención médica en el entendido de que el personal encargado de llevarla a cabo, la realizará cumpliendo el cuidado objetivamente debido y respetando las reglas de la **lex artis**. Entonces, el paciente sólo considera el menoscabo a su integridad corporal que implica por sí la intervención médica, pero el consentimiento no se extiende al deterioro de su integridad física o salud que puede derivarse de las conductas dolosas o culposas de los galenos, que implican un riesgo que no fue asumido por el ofendido.

En esa tesitura, reiteramos que la integridad corporal y psicológica, como bien jurídicamente tutelado por el delito de lesiones, previsto en los artículos 130 del código penal para el Distrito Federal y 288 del penal federal, debe ser considerado en nuestro sistema jurídico penal como disponible, ya que solamente constituye un interés de carácter individual para el que reciente la lesión y no un valor colectivo que el Estado deba restringir a los particulares.

Derivado de ello, el consentimiento del ofendido o legitimado para otorgarlo, debemos entenderlo, en los términos afirmados en el punto anterior, como una causa de exclusión del delito, misma que genera siempre la atipicidad de la conducta. Asimismo, para el caso que nos ocupa, cuando el paciente proporciona su consentimiento para que sea practicada una intervención quirúrgica, que reúna los requisitos establecidos por el derecho penal, entre los cuales se encuentra el otorgamiento en forma escrita o tácita, pero para los efectos probatorios, aún siendo tácita deberá formalizarse por escrito; siempre

que el paciente tenga la capacidad de ejercicio para disponer de su integridad corporal o psicológica y que la información sobre el tratamiento corresponda a los riesgos que verdaderamente implique el procedimiento, así como a sus consecuencias, desde una perspectiva **ex ante**, estaremos ante la presencia de hechos que no colman el tipo penal objetivo de lesiones, en virtud de faltar el elemento lesión o puesta en peligro de la integridad corporal o psíquica que se pretende garantizar a través de la norma penal.

Lo anterior, con la salvedad de que las lesiones que se han consentido, deben ser las necesarias y mínimas que requiera el tratamiento quirúrgico, puesto que de ninguna manera, podemos pensar que un paciente, en su sano juicio, proporcione su conformidad con aquellas que por dolo o culpa, ocasione el profesional de la medicina, en cuyos casos, deberá ser investigado y perseguido ante las autoridades competentes, por los delitos que se lleguen a acreditar con una serie de pruebas, entre las que reúne especial importancia el dictamen médico forense, que puede dar la pauta a determinar si el galeno colmó el delito de lesiones o no. Sin embargo, en la práctica investigadora del delito, el Ministerio Público debe en todo caso analizar los supuestos y requisitos con los cuales se otorga el consentimiento del ofendido, para saber el alcance del mismo y si se ha dañado o no el bien jurídico tutelado.

En ese orden de ideas, si por ejemplo un médico con especialidad en oftalmología, al que un paciente le ha otorgado el consentimiento para la realización de una cirugía para la corrección de miopía, pero resulta que debido a la impericia en la utilización del equipo, el profesionista le ocasiona una disminución en su capacidad visual; entonces debemos de pensar que la conducta mencionada, desde luego, resulta ser típica, antijurídica y culpable, ya que el consentimiento no abarca las lesiones que por infracción a la **lex artis** cometa el sujeto activo. En cambio, las alteraciones generadas con motivo del

tratamiento de corrección de miopía, que pueden presentarse por la aplicación de rayos laser o de medicamentos, que no son consecuencia de una acción u omisión culposa, serán atípicas, en virtud de faltar el daño al bien jurídico tutelado que exigen los elementos objetivos del tipo penal de lesiones.

En consecuencia, de acuerdo a la regulación penal vigente federal y del Distrito Federal, consideramos que el consentimiento del paciente, tratándose del delito de lesiones médico quirúrgicas, es una causal de atipicidad, siempre y cuando se haya otorgado cumpliendo con los requisitos legales establecidos en dichos ordenamientos y el médico haya, en primer lugar, proporcionado la información al paciente sobre el procedimiento a practicar, así como sus consecuencias y, en segundo lugar, realice la intervención respetando las reglas que la ciencia médica establezca para el procedimiento mencionado. Asimismo, solo se considerarán ajenas al derecho penal, las lesiones que son necesarias para la cirugía, pero serán típicas, antijurídicas y culpables, las que no lo sean.

Vale la pena resaltar lo relativo a la aplicación de tatuajes y pearing, en donde también el consentimiento juega un papel trascendental, ya que quien solicita en un establecimiento los servicios del personal calificado, solo está manifestando una conformidad con las lesiones que resultan propias y exclusivas de dichas aplicaciones, siendo típicas aquellas alteraciones a la salud que por una mala praxis se llegan a provocar al cliente.

Aunado a ello, no debemos perder de vista otro problema que actualmente aqueja a las instituciones de procuración e impartición de justicia, el cual se encuentra constituido por la falta de suficiente personal pericial y debidamente capacitado, pues generalmente los médicos forenses carecen de conocimientos de las diversas especialidades, lo cual ha generado serias deficiencias de las funciones que realizan dichas instituciones e impunidad en la materia que nos

ocupa; además hemos podido constatar que solo se pone énfasis en la comisión de posibles delitos relacionados con cuestiones de alto impacto social o aquellos casos en que por cuestiones políticas se consideran relevantes. Sin embargo, no perdemos la esperanza que este tipo de investigaciones académicas puedan lograr cambios que impacten favorablemente a la actividad de dos profesiones que inciden enormemente en la vida de los mexicanos, como lo son el derecho y la medicina.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Durante muchos años el consentimiento no fue un tema de interés para la teoría del delito, porque se pensó que al ser el Derecho Penal de carácter público, debía dejarse de lado la voluntad de los particulares, al determinar si una conducta era delictiva o no; lo que significó un claro distanciamiento a la máxima romana *volenti non fit iniuria*.

**SEGUNDA.-** La teoría unitaria del consentimiento, que desde la década de los setenta del siglo pasado se desarrolló, se concibe como una tendencia de considerar la totalidad de los supuestos en los que concurre la voluntad del titular del bien jurídico protegido como excluyentes de la tipicidad de la conducta.

**TERCERA.-** La teoría diferenciadora considera que el consentimiento puede tener una doble función dentro del esquema dogmático del delito, es decir que en unos casos actúa como causa de atipicidad de la conducta y en otros como causa de justificación.

**CUARTA.-** La distinción entre acuerdo y consentimiento que pretende formular la teoría diferenciadora, no es de tal importancia que justifique en México dicha clasificación.

**QUINTA.-** El consentimiento del ofendido constituye una causa de atipicidad en todos los casos, ya que en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro la lesión de los bienes jurídicos más importantes, es la razón primordial para crear tipos penales, en los que no se describen solamente sucesos emanados de la naturaleza o avalorados, sino aquellos que son reprobables y socialmente inadecuados provenientes del actuar humano, en tanto que lesionan los bienes jurídicamente protegidos en la norma penal.

**SEXTA.-** El perdón del ofendido es un aspecto eminentemente procesal, que tiene como efecto la extinción de la pretensión punitiva, a diferencia del consentimiento que tendrá siempre consecuencias negativas en la tipicidad como elemento del delito.

**SÉPTIMA.-** El tratamiento médico es aquella actividad profesional dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar la salud, o a mejorar el aspecto estético de una persona. Y, el tratamiento terapéutico, es aquella modalidad del tratamiento médico quirúrgico dirigida a eliminar, aliviar o disminuir los efectos de una enfermedad.

**OCTAVA.-** Los tratamientos médico quirúrgicos deben tener la finalidad curativa, por ser un requisito ineludible, que junto con el consentimiento del paciente constituye una fuerte protección para el profesional de la medicina.

**NOVENA.-** La información que debe proporcionar el médico al paciente, supone que este conozca sobre las características esenciales del tratamiento, así como el riesgo que puede comportar para su salud o vida en el caso de las operaciones altamente peligrosas.

**DÉCIMA.-** De acuerdo a la regulación penal vigente federal y del Distrito Federal, el consentimiento del paciente, tratándose del delito de lesiones médico quirúrgicas, es una causal de atipicidad, siempre y cuando se haya otorgado cumpliendo con los requisitos legales establecidos en dichos ordenamientos.

## PROPUESTAS

**PRIMERA.-** La mejor interpretación que se debe dar al consentimiento del ofendido es como un concepto jurídico penal cuya eficacia siempre se despliega a nivel de la tipicidad objetiva, lo cual se basa fundamentalmente en dos aspectos:

- La concepción de bienes jurídicos protegidos en relación al principio de intervención mínima, y
- El consentimiento es ajeno a los principios que fundamentan las causas de justificación.

**SEGUNDA.-** En México, como en cualquier Estado democrático de derecho, deben ser garantizadas las libertades que proporcionen las mejores posibilidades al individuo para realizar sus objetivos en sociedad, por lo cual proponemos a la teoría unitaria como la que aporta una adecuada, sencilla y coherente respuesta a los problemas que puede implicar el consentimiento del ofendido.

**TERCERA.-** Consideramos el caso del consentimiento del ofendido en el derecho penal en México, no amerita ninguna reforma legal de los artículos 15 del código penal federal y 29 del aplicable en el Distrito Federal, en virtud de que la interpretación y aplicación de las causas de exclusión del delito, se debe realizar por parte de los operadores jurídicos, quienes apoyados en la dogmática jurídico penal y en la jurisprudencia lograrán dar solución a los hechos puestos en su conocimiento.

**CUARTA.-** Como en la práctica los médicos no llevan a cabo su obligación de informar al paciente a cabalidad los riesgos y consecuencias de los tratamientos quirúrgicos, proponemos una adecuada capacitación en torno al tema para que conozcan sus obligaciones como prestadores de un servicio, a efecto de evitar responsabilidades penales.

**QUINTA.-** La integridad corporal y psicológica, como bien jurídicamente tutelado por el delito de lesiones, previsto en los artículos 130 del código penal para el Distrito Federal y 288 del penal federal, debe ser considerado en nuestro sistema jurídico penal como disponible, ya que solamente constituye un interés de carácter individual para el que reciente la lesión y no un valor colectivo que el Estado deba restringir a los particulares.

**SEXTA.-** En el caso de las lesiones médicas, el paciente debe proporcionar su consentimiento para ser sometido a un tratamiento quirúrgico, siempre cumpliendo con los siguientes requisitos: que conste su otorgamiento en forma escrita o tácita, pero para los efectos probatorios, aún siendo tácita deberá formalizarse por escrito; que el paciente tenga la capacidad de ejercicio para disponer de su integridad corporal o psicológica y, que la información sobre el tratamiento corresponda a los riesgos que verdaderamente implique el procedimiento, así como a sus consecuencias, desde una perspectiva **ex ante**.

**SÉPTIMA.-** Proponemos el incremento del personal médico forense especializado en las instituciones de procuración y administración de justicia, además de una adecuada actualización de los operadores jurídicos entorno al tema.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Hamurabi Editor. Buenos Aires 1999.
2. BARRAGAN Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. 3ª edición. Editorial Mc Graw Hill. México 2009.
3. BASILE, Alejandro A. Lesiones. Aspectos Médico-Legales. Editorial Universidad. Buenos Aires 1994.
4. BERCHELMANN Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Porrúa. México 2004.
5. BURGOA O., Ignacio. Las Garantías Individuales. 40ª edición. Porrúa. México 2008.
6. CARRANCA y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Derecho Penal Mexicano. 18ª edición. Porrúa. México 1995.
7. CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 6ª edición. Porrúa. México 1971.
8. CASTRO. Juventino v. Garantías y Amparo. 12ª edición. Porrúa. México 2002.

9. DE LA GANDARA Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva. Editorial Colex. Madrid 1995.
10. DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. 2ª edición. Porrúa. México 2004.
11. ESQUIVEL Obregón, Toribio. Apuntes de la Historia de México Tomo I. Editorial Polis. México 1937.
12. FONTAN Balestra, Carlos. Derecho Penal. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998.
13. GARCÍA Ramírez Sergio y Victoria Adato Green. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Tomo II. 11ª edición. Porrúa. México 2004.
14. GARCÍA Ramírez, Sergio. La responsabilidad penal del médico. 2ª edición. Porrúa. México 2006.
15. GÓMEZ Pavón, Pilar. Tratamientos Médicos: su responsabilidad penal y civil. Editorial Bosch. Barcelona 2007.
16. GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. 26ª edición. Porrúa. México 1993.

17. GONZÁLEZ Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. 7ª edición. Porrúa. México 2004.
18. GONZÁLEZ, Juliana. El Ethos, destino del hombre. 2ª reimpresión. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 2007.
19. JACKOBS, Günter. Derecho Penal. Parte General. 2ª edición. Marcial Pons ediciones. Madrid 1997.
20. ————— Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas Ediciones. Madrid 2003.
21. JIMÉNEZ De Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, El Delito. 2ª edición. Editorial Losada. Buenos Aires 1961.
22. LÓPEZ Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo I. 5ª edición. Porrúa. México 1998.
23. MALO Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 7ª edición. Porrúa. México 2007.
24. MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, I. Editorial Ariel. Barcelona 1962.

25. MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Editorial Temis. Bogotá 1991.
26. MUÑOZ Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 14ª edición. Editorial Tirant lo blanch. Valencia 2002.
27. \_\_\_\_\_ Teoría General del Delito. 2ª edición. Editorial Temis. Bogotá 2002.
28. ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. 4ª edición. Porrúa. México 2008.
29. OSORIO y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. 8ª edición. Porrúa. México 1997.
30. PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Delitos contra la vida y la integridad personal. 7ª edición. Porrúa. México 2000.
31. PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. 21 edición. Porrúa. México 2007.
32. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Traducción Diego-Manuel Luzón Peña et al. Editorial Civitas. Madrid 1997.



33. SANDOVAL Delgado, Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. 2a reimpresión a la 1ª edición. Ángel Editor. México 2002.
  
34. SEGURA García, María José. El Consentimiento del Titular del Bien Jurídico en Derecho Penal. Editorial Tiran Lo Blanch. Valencia 2000.
  
35. TELLO Flores, Francisco Javier. Medicina Forense. Editorial Harla. México 1991.
  
36. VARGAS Alvarado, Eduardo. Medicina Legal. 1ª reimpresión a la 2ª edición. Editorial Trillas. México 2000.
  
37. WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1956.
  
38. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. 2ª edición. Editorial Ediar. Buenos Aires 2002.
  
39. ZAMORA Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 13ª edición. Porrúa. México 2006.

## HEMEROGRAFÍA

1. DAMIAN, Fernando y Daniel Venegas. “México, líder en secuestros con 18 diarios”. *Milenio*, página 4, sección Información General. 4 de junio del año 2009.
2. ISONOMÍA. #8. Año 1998. Moctezuma Barragán, Gonzalo. Responsabilidad profesional médica.

## WEBGRAFÍA

1. <http://who.int/>
2. <http://www.cienciaspenales.org/>
3. <http://www.ordenjuridiconacional.gob.mx/>
4. <http://www.rae.es/>

## LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Porrúa. México 2009.
2. Agenda Penal Federal y del D.F. 2009. 15ª edición. Raúl Juárez Carro Editorial, Sociedad Anónima de Capital Variable. México 2009.

3. GARCÍA Ramírez, Sergio. Et Al. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado. Tomo II. Porrúa. México 2006.
4. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Comentado por Rodrigo Quijada. 2ª edición. Ángel Editor. México 2004.
5. Tres Leyes para el Distrito Federal que debe conocer el ciudadano. Editorial Sista. México 2009.
6. CD de Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS 2009. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación.
7. CD Jurisconsulta con Legislación Federal Marzo 2009.