



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES "ARAGÓN"**

**BREVE LINEAMIENTO A LA ANALOGÍA , A LA LUZ DE LA
TEORÍA Y SU RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN
JUDICIAL, CON APEGO A LA NORMA JURÍDICA PENAL Y EL
BIEN JURÍDICO PENAL.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A
GUILLERMO SÁNCHEZ GÓNZALEZ
TUTOR PRINCIPAL
DR. ALEJANDRO HERNÁNDEZ MERCADO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
COMITÉ TUTORAL
DR. ALBERTO DEL CASTILLO DEL VALLE
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
DR. RUBÉN LÓPEZ RICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
MTRO. FRANCISCO JESÚS FERRER VEGA
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
MTRO. FRANCISCO LÓPEZ GONZÁLEZ
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

CD. NEZAHUALCÓYOTL, OCTUBRE 2015.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A la UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE MÉXICO y muy
especialmente a la Facultad de
Estudios Profesionales "Aragón"

A CONACYT

A mis Padres Q.E.P.D.

A mis seres queridos
reunidos formando a mi
familia con amor.

A la tutoría, que con su conocimiento
y don de ser grande asistió sin
presunción de grandeza o arrogancia,
por tener el conocimiento que
necesité para el momento oportuno
dar el consejo y asesoría para la
elaboración y redacción de la
presente "Tesis de Grado".

"GRACIAS" de verdad "GRACIAS"

Dr. Alejandro Hernández Mercado.

Al Comité Tutorial y
Jurado de Tesis.

RECONOCIMIENTOS

Especialmente a la Facultad de Estudios Superiores “Aragón” por permitir el crecimiento en “grados”, oportunidad de ser profesional y profesionalizado en la diaria cátedra de sus aulas.

“Ser un orgulloso Puma de “Aragón”.

A CONACYT

“Gracias; por estar como Institución con el programa de becas para el disfrute del logro del sano desarrollo hacia el conocimiento de investigación. Y me llegara por parte de CONACYT, el otorgamiento, en el momento más oportuno ser becario.

Al Dr. Alejandro Hernández Mercado.

Dr. He de reconocer primeramente la bondad de su amistad, que siempre ha considerado darme, sin petulancia, arrogancias o falsas actitudes de superioridad.

Siendo que tiene la grandeza de ser y “ser humano”. “Gracias”

Tiene “usted” el “don” para estar como “tutor” por dar sin cortapisas lo necesario para nuestro-como pupilo- para dar pronto fin de elaboración y redacción de tesis de grado.

**BREVE LINEAMIENTO A LA ANALOGÍA, A LA LUZ DE LA TEORÍA Y SU RELACIÓN
CON LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL, CON APEGO A LA NORMA JURÍDICA PENAL
Y EL BIEN JURÍDICO PENAL.**

Pág.

ÍNDICE -----	I
INTRODUCCIÓN -----	IV

LA ANALOGÍA A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL

1.1 LINEAMIENTOS GENERALES

1.1.1 Laguna de la ley-----	2
1.1.2 Concepto de analogía-----	6
1.1.3 Lógico-----	8
1.1.4 Jurídico-----	12
1.1.5 <i>Latu sensu</i> -----	14
1.1.6 Axiológico-----	15
1.1.7 Conceptualización personal-----	16

1.2 CLASES DE ANALOGÍA

1.2.1 Requisitos-----	17
1.2.2 Clases-----	17
1.2.2.1 Legal o <i>legis</i> -----	17
1.2.2.2 Jurídica o <i>iuris</i> -----	19
1.2.2.3 In malam partem-----	21
1.2.2.4 In bonam partem-----	23
1.2.2.5 Técnica y Política-----	26
1.2.2.6 Analogía mediata o remitida-----	26
1.2.2.7 Analogía antropológica-----	27
1.2.3 Analogía y Derecho Libre-----	28

**1.3 LA ANALOGÍA Y LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA, EXTENSIVA,
SUPLEMENTO O SUSTITUTO ANALÓGICO Y ANALOGÍA Y LAS LEYES
EXCEPCIONALES.**

1.3.1 Interpretación analógica o aplicación analógica-----	29
1.3.2 Interpretación analógica y analogía-----	30
1.3.3 Analogía e interpretación extensiva-----	31
1.3.4 Interpretación analógica y suplemento o sustituto analógico-----	32
1.3.5 Analogía y las leyes excepcionales-----	33

INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

2.1 MARCO TEÓRICO

2.1.1 Concepto de Interpretación Jurídica-----	38
2.1.2 Naturaleza de la Interpretación-----	40
2.1.2.1 Objeto, propósito y finalidad de la Interpretación Jurídica-----	40
2.1.3 Tesis Subjetiva y Objetiva-----	43

2.2 MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

2.2.1 Método Gramatical-----	46
2.2.2 Método Lógico-----	47
2.2.3 Método Histórico-----	49
2.2.4 Método Exegético-----	50
2.2.5 Método Sistemático-----	51
2.2.6 Método Teleológico-----	53

2.3 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

2.3.1 El Juez-----	54
2.3.2 Función Judicial de aplicación del Derecho-----	56

2.4 LA JURISPRUDENCIA-----	59
----------------------------	----

EL BIEN JURÍDICO PENAL

3.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO DERECHO SUBJETIVO

3.1.1 La Ilustración-----	63
3.1.2 Teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach-----	64
3.1.3 Teoría de los derechos subjetivos de Birnaum-----	65
3.1.4 Teoría del Bien Jurídico de Binding-----	66
3.1.5 Teoría del Bien Jurídico de Liszt-----	67
3.1.6 Teoría del Bien Jurídico de Welsel-----	69
3.1.7 Teoría del Bien Jurídico de Günther Jakobs-----	69
3.1.8 Bien Jurídico y Constitución-----	70
3.1.9 Teoría de la Constitucional Amplia-----	71
3.1.10 Teoría de la Constitucional Estricta-----	71

3.2 LOS PRINCIPIOS DEL BIEN JURÍDICO	
3.2.1 Límite al <i>ius puniendi</i> -----	72
3.2.2 Principios generales del Derecho Penal-----	72
3.2.3 El principio de la utilidad de la intervención penal-----	73
3.3 SOBRE EL CARÁCTER FRAGMENTARIO, SUBSIDIARIO Y DE LA ÚLTIMA RATIO	
3.3.1 Consideraciones sobre el Bien Jurídico atendiendo al principio de mínima intervención-----	74
3.3.2 Principio de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal---	77
3.4 SUJETO PASIVO DEL DELITO COMO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO	
3.4.1 Concepto de Sujeto Pasivo Víctima y Ofendido-----	81
3.4.2 El Titular del Bien Jurídico-----	83
3.4.3 La sociedad y el individuo como titulares de los Bienes Jurídicos-----	84
CONCLUSIONES -----	87
BIBLIOGRAFÍA -----	90

INTRODUCCIÓN

Cuando en la aplicación de la norma penal al caso concreto no muestra dificultad como producto de la interpretación, es fácil aplicarla; pero cuando dicha normatividad ofrece dificultad en su aplicación por distintas razones resulta un problema para el juez en el momento de emitir su decisión judicial.

Hoy por hoy a pesar de la existencia de varios estudios en torno a la interpretación e integración de la ley penal, no han encontrado los tratadistas hasta la fecha una solución unánime y satisfactoria. Tal es el caso de las lagunas, mientras, unos autores niegan las lagunas, otros declaran la existencia de aquéllas y la necesidad para colmarlas, o bien, con respecto a la interpretación para algunos autores de antaño, consideraron que la norma penal no debía interpretarse, siendo ahora una opinión generalizada en el sentido que no es posible aplicar la norma sino se tiene claro un concepto de ella, que hagan desentrañar su contenido, su alcance y su sentido.

El juez penal, en el momento de estar interpretando la norma a fin de aplicarla al caso correcto, lo primero que se espera es que sea clara y precisa, sin embargo, en ocasiones suele ser oscura, y si bien, en materia penal en stricto sentido no hay lagunas en la ley, - en el supuesto que estuviera permitido – el órgano jurisdiccional tendría que valerse de medios interpretativos y, en su caso de existir alguna laguna colmarla a través de los medios de integración, nótese a la falta de una norma aplicable o de la dificultad de adecuar el caso en la norma legal, surge la necesidad de interpretar la ley o aplicar un medio de integración como lo es la analogía.

Sin duda estamos viviendo momentos de cambios acelerados en todos los ámbitos, lo que conlleva a retomar ciertos temas que a nuestro juicio dentro del sistema jurídico, no pasarán de moda, al contrario, se han venido perfeccionando y, por ende, el razonamiento jurídico de los jueces se vuelven cada vez más complejos, en atención, que no se limitan a una simple interpretación literal de la ley, sino más bien a una interpretación sistemática.

Por tal motivo hemos considerado tratar en el primer tema titulado “La Analogía” y si bien, existen numerosos estudios, respecto de ésta, éstos no se han agotado.

Se afirma que en el Derecho Penal no se dan las lagunas, al instaurarse el Principio de *nulla crimen nulla poena sine lege*, es el legislador el único que puede crear los delitos, las penas y medidas de seguridad, por tal razón, al juez se le tiene prohibido integrar la norma, porque toda conducta ilícita debe adecuarse a la hipótesis normativa, de no hacerlo así, estaría vulnerando el principio de legalidad y reserva; sin embargo, como se observará en el transcurso del trabajo la doctrina admite en la materia penal la *analogía in bonam partem* en todo aquello que favorezca al inculpado.

Para el desarrollo del tema primeramente abordaremos algunas consideraciones generales como son: Las Lagunas de la ley, concepto de analogía desde diferentes puntos de vista: Lógico, Jurídico, *Latu sensu*, Axiológico, para posteriormente brindar un concepto. La segunda parte comprende los Requisitos y clases de analogía y entre sus clases trataremos las siguientes: Legal o *legis*, Jurídica o *iuris*, *In malam partem*, Técnica y Política, Analogía mediata o remitida, Analogía antropológica y Analogía y Derecho y Derecho Libre. Y como tercer punto nos referiremos a la analogía y la interpretación analógica, extensiva, suplemento o sustituto analógico y analogía y las leyes excepcionales.

Para establecer, si existe o no lagunas en la ley penal y en su caso darse la integración de la misma y en razón que es el juez penal quien se ocupa en el momento de estar valorándola norma determinar la situación jurídica del agente, como segundo tema a desarrollar se ha considerado “La Interpretación Judicial”.

Toda labor interpretativa encierra decisiones valorativas y consiguientemente, a través de ella se cumple una función creadora del Derecho. En otras palabras, la interpretación de la norma penal se traduce en el momento en que el juez penal está resolviendo el caso concreto, pues toda ley por muy clara que parezca, requiere ser interpretada; el interpretar es desentrañar la voluntad plasmada en la norma y no la

voluntad del legislador; entonces interpretar no es buscar lo que el legislador quiso decir, sino hallar la voluntad, la finalidad perseguida por la ley, para lo cual se vale de una serie de métodos interpretativos, con el fin de encontrar el verdadero significado.

Para el desarrollo del segundo tema nos referiremos en primer lugar un Marco Conceptual considerando como subtemas: el concepto de interpretación jurídica, su naturaleza: objeto y finalidad y las Tesis Subjetiva y Objetiva. En el segundo apartado comprende los diferentes métodos de interpretación como son: Método Gramatical, Método Lógico, Método Histórico, Método Exegético, Método Sistemático y Método Teleológico y para terminar con la Interpretación judicial en el cual se abordará como puntos: El Juez, Función Judicial de aplicación del Derecho y la Jurisprudencia.

Es de destacarse, -como ya se dijo- para que el juez penal pueda determinar si una conducta es delictiva o no, es mantenerse primero que el legislador haya creado la norma, para posteriormente poder interpretarla y aplicarla al caso concreto y determinar si el sujeto transgredió o no el tipo penal y, con ello, el Bien Jurídico.

De ahí la importancia que reviste la teoría de la norma pues, a través de ésta surgen diversas consecuencias, como los Bienes Jurídicos que son objeto de protección y, si bien, no constituyen un derecho son tomados en cuenta por el legislador como un valor que condiciona una vida sana de la comunidad jurídica, de tal suerte que se protegen tanto Bienes Jurídicos individuales como colectivos, consecuentemente las normas penales tienen como misión esencial la protección de Bienes Jurídicos.¹

¹ Al respecto expresa Jescheck, “en toda norma jurídica subyacen juicios de valor positivos sobrevienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública, valores que solo constituyen bienes jurídicos a virtud de su incorporación al ámbito proteccionista del orden jurídico. Pavón Vasconcelos, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 17ª ed., México, 2004, p. 91.

LA ANALOGÍA A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL

Todo los caminos construidos por el juzgador al interpretar la conducta humana con referencia en la ley penal, llevan el fin de encontrar en ellos el camino adecuado para aplicar con justicia las normas elaboradas por el legislador, sin embargo, no siempre se cumple, continuamente se escucha decir “la ley no es clara”. Es cierto que la ley debe ser clara en su construcción filosófica, en su sentido histórico, pero debe interpretarse en relación a la conducta humana. Por lo que no es ético hacer valer una claridad subjetiva que protege solamente el interés particular. Al único que le corresponde declarar si la ley es clara o no, es al órgano jurisdiccional en el momento de estar resolviendo el caso concreto.

El legislador dentro de sus funciones tiene la obligación de emitir leyes claras y precisas, sin embargo por ignorancia, olvido o voluntad, contribuye a la existencia de lagunas en la ley penal, lo que trae como consecuencia que los órganos jurisdiccionales o en su caso las autoridades investigadoras, al momento de interpretar la norma al caso concreto, se encuentren con el problema de su aplicación, y tengan la necesidad de integrarla, mediante uno de los medios de integración a saber: la Analogía.²

Sin embargo, la analogía como medio de integración en el Derecho Penal al juez se le tiene prohibido aplicarla y, por ende, no puede llenar los vacíos o lagunas de la ley, acudiendo a normas jurídicos penales semejantes o supletorias por analogía, aunque consideramos que esa rigidez sólo aplica respecto a los delitos, penas y medidas de seguridad; en otro sentido será aplicable la interpretación analógica e incluso la analogía

² La palabra “analogía” proviene de la palabra griega analogía compuesta de la partícula ana=reiteración-comparación; y de la palabra logía= logos, palabra, razón. De esta manera “analogía” significa comparación o relación entre varias razones o conceptos. Otros en el mismo sentido indican la Analogía es una palabra que deriva del griego “ana logon” cuyo significado literal es semejanza, proporción. La analogía es la semejanza en los elementos esenciales de dos [o más] hechos o cosas que permiten a una decisión jurídica imponer la misma consecuencia. La analogía no supone identidad o igualdad plena, sino simplemente semejanza en los elementos esenciales; de allí que se hable de igualdad parcial o situaciones parcialmente iguales. La prohibición de la analogía *in malam partem*.

[http://Alex.com/search/index?query\(textolibre\)=analogía%C3%AC+sistem%C3%A0tica](http://Alex.com/search/index?query(textolibre)=analogía%C3%AC+sistem%C3%A0tica)

mediata, para hacer más clara la norma, siempre y cuando no se contravenga el principio de legalidad consagrado en los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 2° del Código Penal para el Distrito Federal “*Nullum crimen nulla poena sine lege*”.

1.1 LINEAMIENTOS GENERALES

1.1.1 Lagunas de la ley

La palabra laguna proviene del latín *lacuna*. Sirve para designar al “depósito natural de agua, generalmente dulce y por común de menores dimensiones que un lago”. Significa además: “defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o serie” ³

Las lagunas en la ley se presentan a la falta de hipótesis normativa aplicable al caso concreto y, por ende a la imposibilidad de aclararla por medio de la interpretación, aplicándose al caso el criterio del juzgador, esto es, creando o aplicando una norma a través de la integración de la ley. Así, se dice “que existe una laguna en la ley cuando no existe una disposición legal expresamente aplicable (...)”⁴

En consecuencia, no debemos confundir la integración la interpretación con la integración de ley, en razón, que la interpretación le da a la ley el precepto de la búsqueda y el sentido de desentrañar algún supuesto jurídico; mientras, la integración se encarga de colmar una laguna a través de la aplicación de alguna norma.⁵

³ Diccionario universal de términos parlamentarios.

http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/dip/dicc_tparla/.pdf. Asimismo, el término laguna se usó por primera vez en el Lexicon Juridicum, de Calvini, donde se emplea en el sentido de resarcimiento de daños. Se le utiliza en el sentido moderno con que hoy se le conoce en el Sistema de Derecho Romano, por el autor de la teoría del acto, Savigny.

⁴Idem

⁵Las lagunas de la ley son aquellos vacíos que existen en ésta y que es el juez quien tiene que llenarlos al momento de aplicarla, en virtud de que no puede alegar oscuridad en la ley o falta de previsión: no puede dejar de resolver por la falta de la norma aplicable. Cuando se presente este problema tiene que resolver utilizando los principios generales del Derecho, la equidad y la analogía. López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 112; También puede definirse en una primera aproximación como la falta de una norma para la regulación de un caso concreto. Modugno, Franco. Teoría de la Interpretación Jurídica, Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política, México, 2004.p. 149.

Kelsen – citado por Pavón Vasconcelos – niega la existencia de las lagunas y distingue entre *lagunas lógicas* y *lagunas técnicas*, respecto a la *laguna lógica* argumenta que hay un litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho en una demanda y la otra lo cuestiona afirmando tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano de resolver el litigio debe terminar si el Derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que lo cuestiona. Al respecto, puede emitirse una resolución afirmativa o negativa rechazará su demanda.⁶ En ambos casos aplica el Derecho vigente. Si da la razón al actor aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda aplica la regla general *todo lo que no está prohibido está permitido*, esto es, que la conducta no regulada por el Derecho es una conducta libre, porque la libertad está garantizada por el mismo orden jurídico, por tanto, éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada, del mismo modo garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no está obligado, puesto que impone a cada sujeto una doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirse a lo que no está prohibido.⁷ En este sentido la controversia se puede resolver mediante la aplicación del Derecho vigente.

Sostiene Kelsen, si en algunos casos se habla de alguna laguna del Derecho porque es el órgano encargado de aplicarlo le parece inoportuna o injusta la decisión lógicamente posible y, por ello, se pretende, que el legislador no previó el caso, ante tal situación hay una imposibilidad de llenar la laguna por la vía de la interpretación. “Ésta ya no tendría como función la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y ----

⁶Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., pp. 105-106

⁷ Idem; Germán Cisneros, nos dice siguiendo la Teoría de Enneccerus, las lagunas se clasifican: Laguna Técnica. Cuando la ley da al juez orientación general, señalándose expresamente o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas o características particulares y que el juez debe estimar e investigar para el caso concreto (...) 2.Laguna normativa cuando la ley calla en absoluto, ya sea en forma intencionada, o porque no se previó el caso, o porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después dictada la misma. 3.Laguna de conflicto. Cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna que entre sí se contradicen recíprocamente ineficaces. 4. Laguna axiológica. Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos acarrea consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado éstas. Hablamos entonces de investigación correctora del Derecho. Cisneros Frías, Germán. La Interpretación de la Ley, Ed. Trillas, 3ª edición, México, 2004, p. 125.

reemplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho”.⁸

En cuanto a la *laguna técnica* “(...) Cuando el legislador omite la norma necesaria para la aplicación técnica de la ley se está en presencia de una laguna técnica y ésta podría colmarse mediante la interpretación, en otras palabras es una lengua lógica que resulta de una divergencia entre el Derecho positivo y el Derecho Privado y el Derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que una norma es solamente un marco”.⁹

Luego, con lo antes expuesto podemos decir, que la integración supone que el órgano jurisdiccional crea la norma aplicable por existir una laguna técnica en el ordenamiento.

Desde este punto de vista pone como ejemplo la casa materia del contrato de compraventa, cuando esta perece o se daña antes de ser entregada y no se señala quien va a soportar el riesgo, con ello demuestra que las lagunas técnicas tampoco son tales. Cabe hacer mención que en realidad Kelsen al referirse a las lagunas de la ley está describiendo aspectos del Derecho privado y no penal.

Celestino Porte Petit en torno al tema expresa: “Es el momento de referirnos a la integración de la Ley. El sujeto debe en primer lugar saber cuál es la fuente del Derecho Penal, después tener conocimiento de lo que es la norma, luego interpretarla para desentrañar su voluntad, posteriormente debe de integrarla en caso de que existan lagunas y finalmente aplicarla. Las lagunas pueden originarse:

- a) Por voluntad del legislador;
- b) Por imprevisión u olvido; y
- c) Por ignorancia”.¹⁰

⁸Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob.cit., p. 106

⁹ Ibidem, p. 106

¹⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 19ª edición, México, 2001, p. 125

Agrega el autor, la integración de la norma debe realizarse cuando se encuentra el legislador con esos espacios vacíos, utilizando los medios de integración los “Principios generales del Derecho, la equidad y la analogía”. ley penal¹¹. Por su parte, Arilla Bas señala “como medios integradores de la ley, los principios generales del derecho, la equidad, la analogía y la mayoría de razón, mismos que se encuentran previstos en la norma constitucional en su artículo 14 en donde se autoriza en materia civil los principios generales del Derecho, y prohíbe la integración de la ley penal, vedando expresamente la analogía y la mayor de razón”.¹² Cabe añadir a la opinión del autor, que en el artículo 2° del Código Penal para el Distrito Federal, igualmente se prevé la prohibición de la analogía y la mayoría de razón.

Distingue el autor entre analogía y la mayoría de razón diciendo que presentan un denominador común, que es una laguna legal y dos diferencia fundamentales. Así en la analogía hay “a) Un caso previsto en la norma y el no previsto. b) Semejanza, es decir, parecido, entre el caso previsto y el no previsto, y c) *Ratio legis* igualmente intensa en el caso previsto y en el no previsto.

En la mayoría de razón hay: a) un caso no previsto en la ley y otro no previsto, b) De semejanza entre el caso previsto y el no previsto, c) *Ratio legis* más intensa en el caso no previsto que en el previsto”.¹³

En el campo del Derecho Penal existen diversos criterios en pro y en contra de que si existen lagunas en la ley penal, al respecto afirmamos en sentido estricto no se dan las lagunas, atendiendo al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en virtud que las conductas antisociales para ser punibles deberán estar previstas en la ley penal, por lo que no admite la integración, ni tampoco el órgano jurisdiccional puede colmar los vacíos

¹¹Los Principios Generales de Derecho son fundamentos éticos sociales y son la base y cimentación de un sistema jurídico. La equidad es otro medio de integración de la norma cuando el juez se encuentra en la necesidad de llenar esos vacíos que quedaron al crear la norma y es la aplicación de la justicia natural que no es otra cosa de dar a cada quien lo que le pertenece como principio universal y no como principio legal. Otro medio de integración de la ley penal para colmar las lagunas legales es la analogía que es la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero. López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Ob. Cit.,p. 112-113.

¹² Arilla Bas, Fernando. Derecho Penal. Parte General, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 2001, p. 177.

¹³ Ibidem, p. 179

que dejó el legislador para aplicar la ley, de lo contrario se estaría vulnerando los principios de legalidad, reserva y seguridad jurídica, aunque dicha limitación se refiere a la creación de penas y delitos y no así respecto de otras circunstancias que permitan al juzgador poder interpretar la norma penal y aplicarla al caso concreto sin que esto conlleve riesgo al agente de vulnerar sus garantías.

En resumen, las lagunas en la ley penal se refieren a la falta de hipótesis normativa, implicando con ello, la imposibilidad por parte del juez penal de aclararla por medio de la interpretación, o colmarla las lagunas a través de la integración y no podrá aplicar su propio criterio para la solución del caso, no obstante como se señalará se ha sustentado que la analogía si es admitida siempre y cuando sea en beneficio del sujeto del delito. Además, no se debe confundir la interpretación con la integración de la ley, pues, -como ya expresamos- la interpretación le da a la ley el precepto de la búsqueda y el sentido de desentrañar algún supuesto; en cambio, la integración se encarga de llenar una laguna, un vacío a través de la aplicación de alguna otra norma. Esta función integradora limita el actuar del juez al someterlo a la *ratio legis* de la norma a integrar.

1.1.2 Concepto de Analogía

Establecida por el intérprete la presencia de una laguna en la ley, surge como principal instrumento para llenar dicha laguna como una de las formas de integración: la analogía. La analogía es concebida como un procedimiento de integración del ordenamiento jurídico cuyo presupuesto es la identidad de la *ratio*, que está en la base del caso regulado y del caso no regulado, y llena las lagunas legales, contrarias al plan del ordenamiento jurídico.

Apunta García Maynez “La analogía es atribuir parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista por la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias jurídicas que produciría la realización del caso previsto, si bien entre uno y otro solo hay una identidad parcial. La conclusión que de lo anterior se infiere es que no

debe hablarse de la aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyo supuesto sólo son semejantes”.¹⁴

Rafael de Pina define a la analogía “como 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 prevista en la ley”.¹⁵

Para Claus Roxin, la “Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los caos)”.¹⁶

En términos generales, -como observamos- la mayoría de los autores coinciden en definir a la analogía, como la relación existente entre un caso previsto expresamente en una norma jurídica y otro que no se encuentra comprendido en ella, pero que, por la similitud con aquella, permite igual tratamiento jurídico aparentemente sin agravio para la justicia civil, pero para la justicia penal sí.

Se está en presencia de la analogía cuando una conducta antisocial no se encuentra prevista en la ley penal o en alguna ley especial y el órgano investigador o el juez pretenden aplicar una norma jurídica parecida al caso planteado. Cabe resaltar que la norma constitucional autoriza la aplicación de la analogía, en otros campos del Derecho, -como se indicó- en cuanto sea aplicable y su objetivo es llenar las lagunas de Derecho, como en las ramas del Derecho civil, laboral, electoral, etcétera., no así en materia del Derecho Penal, porque no rige para la creación de delitos, penas y medidas de seguridad; el juez no debe ni de crear ni aplicar preceptos no señalados en la ley penal para el hecho investigado, de lo contrario se estaría vulnerando -como ya se dijo- el principio de legalidad previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo tercero que instituye “ (...) En los juicios del orden criminal queda prohibida imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena

¹⁴ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 44ª edición, México, 1992, p. 369; Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 110.

¹⁵ Pina Vara, Rafael de. Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1965, p. 77

¹⁶ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Ed. Thomson. Civitas, Traduc. 2ª edición Traduc. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Gracia Conlledo y Javier de Vicente Ramesal, España, 2006, p. 5,8.

Alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (...)", en el mismo sentido lo prevé el artículo 2° del Código Penal para el Distrito Federal.

1.1.3 Lógico

La palabra lógica tiene diversos significados y entre sus usos comunes la empleamos para designar, la orientación de grupos o como razón¹⁷, e incluso en el campo del conocimiento encuentra más de un significado, pues, se ha dividido en dos campos de estudio diferentes, lógica material y lógica formal. En la primera se identifican como partes integrantes de las ciencias de la epistemología¹⁸ y la metodología; la segunda, "tiene como objeto particular el estudio de las formas del razonamiento y de los usos del lenguaje relacionados con su función en la comunicación", además a la analogía lógica se le ha colocado en diversos métodos para concluir una determinada verdad o falsedad en el campo científico; en los estudios de lógica le llaman problema de los métodos, razonamiento o bien, inferencia incluyéndose en el mismo dos modos de razonar: el inductivo y el deductivo y en forma secundaria la inferencia por analogía.

La doctrina escolástica en el conocimiento de la lógica deriva como método básico de razonar: la inducción y la deducción y, como secundario a la analogía y al ejemplo.

Así, los aristotélicos conceptúan al la analogía como "el acto por el cual nuestro intelecto de conocimiento de una o varias cosas similares pasa al conocimiento de otra cosa también similar en virtud de que conoce que cada uno de tales casos en parte son idénticos con otra tercera. Asimismo, la estructura del raciocinio por analogía se procede a partir de lo singular, en lo cual conviene con la inducción, para concluir además en lo singular, en virtud que el intelecto conoce que dos cosas singulares en parte son idénticas

¹⁷ Witker, Jorge y Rogelio Larios. Metodología Jurídica, Ed. McGraw Hill, México, 2002, p. 3.

¹⁸ Epistemología. Rama de la filosofía que trata de los problemas filosóficos que rodean la teoría (logos) del conocimiento (episteme). La epistemología se ocupa de la definición del saber y de los conceptos relacionados, de las fuentes, los criterios, los tipos de conocimiento posible y el grado con el que cada uno resulta cierto; así como la relación exacta entre el que conoce y el objeto conocido. Método, proviene del griego *meta* que significa hacia y *ados* que significa camino. Denominamos método a todo procedimiento o mecánicas adecuadas coherentemente para lograr u obtener un fin.

con otra misma tercera, en lo cual conviene con el silogismo. Por tanto el raciocinio por analogía participa por inducción y del silogismo u su conclusión siempre es verdadera y cierta”.¹⁹

Los escolásticos afirman a partir de la ejemplificación, a la analogía procede “de dos cosas entre sí en ordena una tercera, como cuando por conocer: a) Que esta rata contrajo esta enfermedad por la inoculación de este virus, se conoce; b) Que este hombre contraerá la misma enfermedad infecciosa por la inoculación del mismo virus”.²⁰

Los tratadistas de la tesis tradicional conciben a la ineficacia del razonamiento por analogía en la imperfección de la inducción en el cual supone falta de suficientes datos singulares, que llevan a una verdadera conclusión, es decir, a un silogismo perfecto y verdadero.

“A pesar cuando se dice ser eficaz el raciocinio por analogía principalmente en las ciencias prácticas y por más de que resalte su importancia en las disciplinas psicológicas, ante la posibilidad de conocer la psique de muchas individualidades, los lógicos modernos ven este medio con cierto escepticismo, por consiguiente expresan: la inferencia por analogía consiste en derivar de la semejanza en ciertos aspectos de dos aspectos que se comparan, lo que éstos pueden tener entre otros aspectos:

La fórmula de la analogía se traduce, según la moderna lógica en el siguiente esquema: M tiene la propiedad P; S es semejante a M en las propiedades A, B, C; luego, S tiene (probablemente) la propiedad de P (...)²¹

¹⁹ Mariscal Vásquez, César A. La Analogía en el Derecho penal. Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1984, p. 315. El silogismo es una forma de razonamiento lógico que consta de dos proposiciones como premisas y otra como conclusión, siendo la última una inferencia necesariamente deductiva de las otras dos. El silogismo fue formulado por primera vez por Aristóteles en su obra lógica recopilada como El Organón, de sus libros conocidos como Primeros Analíticos (en griego: Proto Analytika, en latín-idioma en el que se reconoció la obra en Europa Occidental: Analytika Priora).

²⁰ Ibidem, p. 315

²¹ Idem

Los lógicos como los tomistas²² ven la deficiencia racional de la analogía en lo que se han calificado de perfección de la inducción, es decir, se refieren al número mayor o menor de casos, los cuales resultan insuficientes para obtener una inducción perfecta.

Eduardo García Maynez explica el razonamiento lógico desde el punto de vista de las disciplinas jurídicas afirmando que en la analogía se presentan como supuestos:

“1°. La analogía atendiendo a los preceptos legales, se sitúa en dos posiciones, deduciéndose de la posición de los mismos: el supuesto y la disposición. En la primera de las Hipótesis su realización depende del nacimiento de las consecuencias jurídicas; la segunda expresa la consecuencia que sigue a la realización del supuesto:

- A) Cuando en los supuestos de las proposiciones jurídicas existen algunos elementos comunes, puede decirse son análogos: estamos frente a la analogía de supuestos.
- B) Si los elementos comunes corresponden a las consecuencias en leyes se trata analogía de disposiciones.

2°. No se agota la aplicación de razonamiento analógico, usándolo solamente en supuestos y disposiciones, también interesa conocer sus defectos en relación con situaciones que se pretenden considerar análogos, al aplicarles a ambos, la norma que forma alguna de ellas”.²³

Por ende, dos situaciones son análogas cuando tienen ciertos elementos comunes:

“1: a, b, c, d;

2: a, b, c, e;

3: a, b, e, f.

²² El término tomismo sirve para designar todo el sistema filosófico-teológico de Santo Tomás. También significa la sistematización, la interpretación y el desarrollo de esta doctrina de sus seguidores.

²³ García Maynez, Eduardo. Ob. cit., pp. 367-369.

Las situaciones 1,2 y 3 pueden considerarse como análogos, porque tienen en común la nota a y b.

Pues, bien: la aplicación analógica supone la existencia de dos situaciones jurídicas análogas, una prevista y la otra no prevista por la ley.

Ejemplo:

Precepto legal	Caso previsto	Caso no previsto
Supuesto: a, b, c, d.	a, b, c, d.	a, b, c, e.

Supongamos, que el precepto legal tiene enunciados: si a, b y e y d son, deben ser X. Esto es, que al realizarse el supuesto X, expresado en la disposición. Imaginemos ahora que un tribunal debe resolver el caso a, b, c, e, no previsto en la ley y encuentra que hay la misma razón jurídica para resolverlo de igual manera que el caso a, b, c, d, análogo al primero hace entonces un razonamiento analógico y atribuye el caso imprevisto las consecuencias jurídicas que de acuerdo con las que la ley produce en otro".²⁴

El referido razonamiento admite que a ciertas correspondencias entre dos objetos, deben seguir otras, la cual, si bien, goza de cierta verosimilitud, carece en absoluto de seguridad, por este motivo el razonamiento analógico nunca termina en afirmación contundente.

En resumen, la lógica permite analizar una afirmación o un razonamiento y determinar si es correcto o no. No se necesita lógica para debatir; sin embargo, si se conoce la lógica aunque sea superficialmente, es mucho más fácil distinguir una afirmación no válida, partiendo de un razonamiento particular a lo particular análogo, buscando la afinidad entre un hecho cualquiera y otro semejante. Por lo que aplicando al Derecho, la analogía lógica tendrá la misión de ayudar a formar la norma general que rige ciertos casos no contemplados por las leyes vigentes.

²⁴ Idem.

1.1.4 Jurídico

Julián Calvo –citado por César A. Mariscal- expresa “si la ley ha de ser algo más que un simple catálogo de cosas, debe interpretarse. Si históricamente la ley ha de ensanchar su ámbito de lo particular a lo general, para ser aplicada después, por virtud de un proceso de subsunción lógico de lo general a lo particular otra vez debe ser objeto de interpretación, es la analogía. Gracias a ella se amplía la vigencia de la ley de lo previsto a lo no previsto por el fácil punto de la semejanza”²⁵.

Con relación a lo anterior, nos somos partidarios de dicho criterio, puesto que si la aplicáramos al Derecho Penal se estaría vulnerando el principio de legalidad en el sentido que está prohibido aplicar la analogía. La analogía desde el punto de vista jurídico no es un simple razonamiento lógico al aplicar un juicio valorativo, ambos aspectos deben conjugarse para hacerlos funcionar como medio de integración de la ley.

Cuello Calón, por el contrario no admite la analogía en materia penal aún cuando pueda tener eficiencia para el caso de que existan lagunas en la ley a pesar de ello no se exime de definir el término diciendo “la interpretación analógica o analogía consiste en extender una norma jurídica que regula un determinado hecho a otro semejante no previsto”.²⁶

Virgilio Domínguez nos dice, la analogía “es un procedimiento eficaz de integración, concediéndole seguridad jurídica para los pocos casos en los cuales procede.

Define a la analogía en aplicar una disposición a un caso no previsto por ella, cuando entre la situación prevista en la norma y la no comprendida, existen afinidad de hechos e igualdad de razones jurídicas”.²⁷ Esto es, el autor tiene presente el principio de la analogía en donde existe la misma razón, debe aplicarse el mismo precepto.

²⁵ Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p. 316.

²⁶ Ibidem, p. 320

²⁷ Ibidem, p. 321

Colegimos, para el citado autor, la analogía es solo un procedimiento de integración, sin embargo, debido a las limitaciones propias de la analogía, aun cuando resuelve el problema de la falta del precepto legal, no es aplicable a todas las lagunas de la ley, pues éstas se tienen que resolver a través de otros métodos.

Cossío, -citado por Mariscal Vásquez- “sostiene que en la analogía jurídica, el razonamiento lógico sea precedido por un juicio de valor, del cual sólo el legislador pueda ser el sujeto y que por lo tanto la validez de la analogía no se encuentra en su fuerza lógica sino simplemente en la voluntad del legislador, el cual ha considerado, aunque era libre de no hacerlo, que a casos similares debía atribuirse la misma disposición (...). El juicio de valor implícito en la analogía jurídica no es el fundamento del razonamiento, sino que diversamente está fundado en la posibilidad del razonamiento, es decir, que nosotros damos un valor de justicia a la relación de analogía porque es una relación lógica de igualdad. El Legislador será absolutamente libre para negar la analogía (tal y como se desprende del Código Penal para el Distrito Federal) pero nadie le impedirá que cometa una injusticia pretendiendo un tratamiento distinto para dos casos que tenga *eadem ratio*”.

Para Bobbio –citado por Jiménez de Asúa- partidario de la aplicación de la analogía sostiene que no es verdad que se aplique la analogía porque es justa, pero si es verdad que se aplique la analogía porque está fundada en la razón, esto es el principio de la analogía en donde existe la misma razón legal debe aplicarse el mismo precepto, identificándola con la interpretación extensiva.²⁸

Podemos inferir de lo antes señalado, la analogía desde el punto de vista jurídico requiere tanto de un razonamiento lógico como un juicio de valor y ambos deben de enlazarse para que funcionen como medio de integración de la ley.

²⁸ Cfr. Bobbio, Norberto. Plenitud del orden jurídico y la interpretación.
<http://descargas.cervantesvirtual.com>; Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Filosofía y Derecho Penal. Ed. Losada, S.A.; 4ª edición actualizada, Buenos Aires, 1964,p. 480

1.1.5 Lato sensu

La analogía “es un procedimiento que implica la aplicación del contenido de una norma jurídica referida a un caso concreto, a otro semejante, no previsto en la ley de este concepto se derivan como elementos de ésta: una disposición legal que regule una situación concreta; un caso no regulado; y una situación semejante entre el caso no regulado y el caso no previsto en la ley”.²⁹

Igualmente se le ha conceptualizada como “aquel al que no se puede uno referir de modo unívoco ni equívoco, asume varias verdades y varias posibilidades de error. Se les denomina conceptos abiertos, esto es, conceptos que se aplican primero a un caso analógica a los casos de penumbra o de la distancia del centro”.³⁰

Enrique Bacigalupo se muestra partidario de la prohibición de la analogía, la que tiene su fundamento en el principio de legalidad. Además hace la distinción entre interpretación extensiva y la analogía, diciendo mientras la interpretación extensiva da una aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consienta el sentido literal de la misma, la analogía se entiende la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en el texto.³¹

En cambio para Celestino Porte Petit, la analogía constituye uno de los medios de integración de las lagunas existentes en el Derecho Penal, presuponiendo que sólo es aplicable a las normas de sentido amplio, y para definir a la analogía cita la jurisprudencia diciendo: “es de explorado derecho reconocer que, por ampliación analógica se entiende aquella interpretación mediante la cual el juzgador establece relaciones de semejanza, a fin de comprender un caso expresamente previsto por la Ley dentro de alguno de los mandamientos de ésta”.³²

²⁹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1988, p. 181.

³⁰ Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., p. 124

³¹ Cfr. Bacigalupo Z. Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis 3ª edición, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1996, p. 321; Para Bobbio la analogía es interpretación. Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 480

³² Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p. 127.

1.1.6 Axiológico

Se ha dicho, la analogía como el Derecho no es simple lógica jurídica, es además ciencia jurídica y axiología jurídica. La ciencia jurídica estudia el Derecho como un todo y, por ende, las normas están inmersas en ese todo; mientras la axiología jurídica a partir de los elementos positivos y reales aportados por la sociología, viene a constituir en un problema político. Se ha afirmado que un método de interpretación por su sentido en cuanto a técnica jurídica, sólo es un procedimiento científico de elaboración pero no es materia que se haya de elaborar.

Al respecto debemos distinguir dos significaciones del vocablo analogía: “el primero como modo de raciocinio en la dialéctica formal del pensamiento y el segundo como contenidos axiológicos similares constitutivos de las especies de un mismo género. Consecuentemente esta concepción de analogía supera a la concepción tradicional de la mayoría de los autores, porque han hecho girar el problema en torno al raciocinio análogo, tal como viene planteado desde Aristóteles en la lógica formal y entendiéndolo como un nuevo modo de razonar paralelo a los modos deductivo e inductivo”.³³

La tesis axiológica de la analogía, está apoyada por el maestro García Máynez, quien además de explicar el mecanismo lógico del razonamiento de analogía, refiere al razonamiento jurídico por analogía, el cual supone un juicio de valor sobre las demás situaciones de hecho, la prevista y la no prevista y decidir si dos hechos deben producir

³³ Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p. 326 “La axiología jurídica trata el problema de los valores jurídicos, es decir, dilucida cuáles son los valores que harán correcto un modelo de derecho que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho. Por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos excluyen de sus códigos penales la pena de muerte, ya que el valor consistente en que “el estado no prive de la vida a sus gobernados” es fundamental, mientras que en algunos estados de Estados Unidos ese valor no existe; allí el Estado puede ejecutar a sus ciudadanos sin que ello sea un desvalor para el conjunto de la sociedad. De todos los valores del Derecho el más importante es el de “justicia”. Tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica *Teoría de la Justicia*. La tolerancia podemos considerarla, también como un valor jurídico ya que de esta, nace el respeto, admitiendo que existen otras personas, con distinta forma de pensar a la nuestra y desde allí que es muy importante para realizar justicia. Uno de los exponentes más grandes de la axiología jurídica es el maestro Luís Recasens Siches”.
<http://enciclopedia.us.es/index.php/Axiolog%C3%ADa> .

las mismas consecuencias de derecho, no es problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquella.³⁴

1.1.7 Conceptualización personal

Difícil resulta brindar un concepto de analogía, cuando los tratadistas de renombre ya lo han proporcionado, sin embargo tomando en cuenta los criterios vertidos, tomaremos como parámetro el papel que desempeña la lógica y la axiología en el Derecho y de manera especial en la analogía, por ello, partiremos del concepto de analogía que nos proporciona Mariscal Vásquez cuando dice “analogía es el medio lógico y axiológico, que trata de inducir de un caso particular (*analogía legis*) o de soluciones particulares (*analogía iuris*) el principio íntimo que las explica, para buscar enseguida las condiciones del mismo principio en otras hipótesis y aplicarlas por vía de deducción”.³⁵

Para nosotros la analogía es un procedimiento de integración lógico y axiológico sobre un hecho regulado por la ley y otro no previsto, cuyo fin es determinar si el hecho no regulado se le puede dar el mismo trato con relación al caso previsto en la ley.

Sin embargo, no debemos olvidar que la analogía en estricto sentido con relación a los delitos, penas y medidas de seguridad está prohibida y de aplicarse el órgano jurisdiccional vulneraría el principio de legalidad, reserva y seguridad jurídica, los cuales tienen su fundamento en nuestro sistema jurídico –como ya se dijo– en los artículos 14 y 16 párrafo segundo Constitucional y 2° párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal que establece: “(Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analogía y por mayoría de razón) (...). Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna”.

³⁴ Cfr. García Máynez, Eduardo. Ob. cit., p. 370.

³⁵ Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p. 329

1.2 CLASES DE ANALOGÍA

1.2.1 Requisitos

Independientemente de que a la analogía se le tenga como medio de integración, esta debe reunir ciertos requisitos. Porte Petit, señala como requisitos de la analogía: “ a) Un precepto jurídico referido a un caso concreto; b) Un caso no regulado; y c) Semejanza entre el caso no regulado y el previsto por la ley ”³⁶

Desde el punto de vista del razonamiento analógico tenemos: “A) Un concepto jurídico o preceptos referidos a un caso o casos concretos, o a una institución jurídica determinada. B) Semejanza total o parcial entre el o los casos no regulados explícitamente y el o los casos de la institución prevista por la ley; y C) Existencia de un principio informador de las normas previstas”.³⁷

Como advertimos, la mayoría de los autores coinciden en señalar como requisitos de la analogía los mencionados criterios a los cuales nos adherimos por no existir discrepancia.

1.2.2 CLASES

1.2.2.1 Legal o *legis*

Porte Petit infiere, “la analogía legal o *legis* se le denomina así, porque nace de la ley; es aquella que consiste en aplicar una norma jurídica que se refiere a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley”.³⁸ El juez aplica la solución dada para casos similares a una situación no regulada.

Por su parte Germán Cisneros Frías nos dice, la *analogía legis*, “es un procedimiento comparativo intensivo, compara algo de la ley hacia otra; consiste en comparar de lo particular a lo particular. Toma como base una disposición concreta,

³⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p. 127; Maggiore señala como elementos: 1) que falte una disposición precisa en el caso que va a decirse; 2) que haya igualdad de esencia entre el caso que se va a regular y el caso ya regulado; Maggiore Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I, Ed. Témis, 2ª reimpresión, 1989, pp. 176-177; Cuello Calón menciona como requisitos: a) falta de una disposición aplicable al caso concreto, es decir, una laguna legal; b) que exista una semejanza entre el hecho regulado y el hecho a regular.

³⁷ Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p. 329; Malo Camacho, Gustavo. Ob. cit., p.181.

³⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p.128

específica de la ley para aplicarla a casos semejantes en su esencia, es decir, para casos de semejanza esencial, no incluidos por la ley pero análogos en su característica esencial. Es decir la ley existe y se interpreta su razón o razones de semejanza hacia los casos particulares no previstos. Hay por tanto una interpretación lógica de la ley –por medio del procedimiento analógico-, en este caso procedimiento de *analogía legis*.³⁹

Juan Carlos Mondaca Bonnet define a la analogía legal como “aquella en que se descartan las condiciones no esenciales, y una vez clarificada, se aplica a los casos que abatan bajo ella. Es decir hacer notar que en la medida que eliminemos mayor cantidad de condiciones, mayor será el número de casos que se resuelvan por la disposición legal”.⁴⁰ El autor parte de una serie de premisas que pueden dar lugar conforme a la ley a una serie de soluciones a casos diferentes y todos emanados de la ley.

Sin embargo, la prohibición de la analogía en materia penal está encaminada en beneficio y garantía del procesado, a fin de evitar que sea condenado por un delito que no se haya expresamente tipificado en la ley, aunado de que se origina la analogía *in malam partem*. Siendo evidente que la aplicación de la analogía en el ámbito penal contraría las reglas de *nullum crimen y nulla poene sine lege*.

De la misma manera, se ha sostenido que la analogía no puede tomarse como modelo para resolver un caso sin solución legal, uno que sea una excepción a una regla general, o sea, las excepciones no sirven para la aplicación analógica. Por ejemplo, dice en su parte conducente el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “(...) A ninguna ley se le dará efecto retroactivo, en perjuicio de persona alguna (...)”, sin embargo hay la excepción que emana de el artículo 2° párrafo segundo y del artículo 10 del Código Penal para el Distrito Federal, que establecen en su parte conducente: “(...) La ley penal solo tendrá efecto retroactivos si favorece al inculpado o sentenciado (...)”.

³⁹ Cfr. Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., p. 122; Jiménez de Asúa, Luis, llama a la analogía *legis* la que se actúa cuando el caso no previsto se resuelve acudiendo a un precepto legal que regula un caso afín. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 479 y 527.

⁴⁰ Mondaca Bonnet, Juan Carlos, Argumentos de Analogía.
http://www.pj.gov.py/tercera/revista_js/analogi.html

La disposición constitucional establece, en primer lugar, una regla general: que ninguna ley puede tener efecto retroactivo; y a continuación, una excepción: pueden tener efecto retroactivo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado. Pues, bien, si decimos que “la analogía no puede funcionar “contra la regla”, lo que queremos significar es que no cabe la aplicación analógica de la excepción que viola la regla. En consecuencia, nadie que no sea encausado o condenado puede solicitar, por analogía, que se le aplique retroactivamente una ley que le sea más favorable, porque esto iría “contra la regla”.”⁴¹

Cabe decir, en nuestros Códigos Penal Federal en su artículo 56 y artículo 10 de código Federal, coinciden en señalar que es el juez o el órgano investigador quienes en cualquier etapa del procedimiento deberán actuar de oficio, cuando entre en vigor otra ley aplicable más favorable al indiciado, inculpado o sentenciado. Con esto queda asentado que en materia penal es aplicable la analogía pero sólo para los casos en que beneficie a la gente del delito, rompiéndose con la rigidez que caracteriza al párrafo tercero del artículo 14 Constitucional.

1.2.2.2 Jurídica o *Iuris*

La analogía jurídica es aplicable al caso no previsto, ellos se desprende del ordenamiento jurídico en su conjunto, no de un precepto en particular, es decir, es aplicar una disposición particular a un caso concreto a través de los principios generales del Derecho, distinguiéndose de la analogía *legis*, en razón que la norma rige casos en el mismo sentido. Jiménez de Asúa nos señala que la analogía *iuris* se da “cuando la regla para el caso omitido se deduce del sistema del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto en su obra”.⁴²

De lo mencionado desglosamos que la analogía *iuris* contiene determinados requisitos a saber:

⁴¹ Idem

⁴² Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 481.

1.”La existencia de un vacío o laguna legal; originándose un proceso de integración de la ley a través de la misma ley o leyes, por el derecho positivo, o el derecho natural, o los principios generales del derecho.

2. La *ratio decidendi*, (razón para decidir) la cual reviste tres características: ser fundamento de la analogía y no una consecuencia de ella; darse entre casos, es decir, entre supuestos de hecho regula; y por último ser externa, es decir, cualitativamente diferente a la semejanza entre casos. Si bien relacionada con ella.

3. La existencia de una disposición jurídica análoga. Al respecto Falconi y Tella –citado por Germán Cisneros Fuentes- afirma “se exige que haya una disposición jurídica análoga al supuesto no regulado. Este requisito es la contrapartida análoga al supuesto no regulado este requisito es la contrapartida de la existencia de una laguna. La norma que se ha de aplicar por vía analógica ha de buscarse de manera objetiva, nunca por la propia apetencia del intérprete”.

4. Inexistencia de una voluntad del legislador. La voluntad contraria del legislador puede manifestarse expresamente al usar en ciertos casos el sistema analógico, tal como se da en materia penal; por ello, se dice que para que exista la analogía *iuris* debe darse la inexistencia de una voluntad del legislador contraria a este razonamiento”.⁴³

Por su parte, Claus Roxin hace una “distinción entre la analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho Penal y para proteger al reo está prohibida (...) en la medida en que opere en perjuicio de aquel; pues, para un

⁴³ Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., pp. 127-128

Supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley no está fijada o determinada legalmente la punibilidad”.⁴⁴

Luego, la analogía *iuris*, es un proceso de integración, creándose con la laguna y la integración de la ley un binomio lógico. Dentro de este supuesto para la jurisprudencia no tiene cabida la analogía *iuris*, en virtud que el juez estaría creando indebidamente delitos o penas o en su caso medidas de seguridad, lo cual está prohibido por la ley, pues dicha actuación está reservada para el legislativo.

1.2.2.3 *In Malam Partem*

La *analogía legis* origina la *analogía in malam partem*, puesto que crea analógicamente delitos o penas que atentan contra los principios de legalidad,⁴⁵ de reserva⁴⁶ y de la pena.⁴⁷

Cabe mencionar, la norma penal brinda para su interpretación tres puntos de apoyo que el intérprete debe considerar al mismo tiempo:

1. El texto de la norma;
2. El sentido de la norma y;
3. La historia de su nacimiento.

Un límite de la interpretación es el sentido de la norma, porque aquella termina donde finaliza el sentido de ésta. Sin embargo, un límite exterior de la interpretación es el significado posible de las palabras contenidas en la norma, porque el sentido de ésta sólo puede expresarse con palabras. Las palabras son el elemento fundamental de la interpretación, sin ellas no existiría.

⁴⁴Roxin, Claus. Ob. cit., p.5,8

⁴⁵ El principio de legalidad. Rige en el proceso penal e indica el deber de las autoridades competentes de intervenir, persecutoriamente, en todos los casos en que exista un hecho punible. Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, Tomo II, 1ª edición, México, 1989, p. 1384.

⁴⁶ Principio de Reserva. Es el principio, en el ámbito jurídico según el cual toda conducta que no esté prohibida, está permitida. En el ámbito del Derecho Penal se conoce como “nullum crimen nulla poena sine lege”, principio según el cual, sino hay una ley específica que describa una conducta de forma expresa como delito, esta conducta entra en el ámbito de la libertad de las personas y no puede ser sancionada.

⁴⁷ Principio de la proporcionalidad de pena, La pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho.

Los límites de una interpretación permitida son de manera positiva, el sentido de la ley y de manera negativa, el posible significado del texto. Más allá de estos límites, el juez realiza una interpretación analógica –que es prohibida- si crea el delito o extiende los límites de la ley penal en perjuicio del reo, o si crea penas o eleva las ya existentes. La analogía está prohibida como método para lograr la creación de nuevos delitos o para extender los límites en perjuicio del sujeto, de tipos penales ya existentes; tampoco puede usarse como método para lograr la creación o la agravación de las penas o de las medidas de seguridad.

“La analogía *in malam partem* implica que el juez, en libre creación del derecho y mediante la exploración del sentido de la norma, extiende la norma o la crea mediante la interpretación (sic) (Mas bien mediante la integración). Si existe una laguna legal que solamente puede llenarse mediante interpretación analógica, puede completarse si favorece al reo. Si por la interpretación el juez trata de llenar una laguna legal en contra del reo, no puede hacerlo”.⁴⁸

Del mismo modo, “la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el principio de legalidad criminal en su artículo 9, como un derecho humano fundamental”.⁴⁹ En consecuencia el juez que aplique por analogía *in malam partem* la ley penal, vulnera con su sentencia el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 1° y 2° del Código Penal para el Distrito Federal, que establecen respectivamente:

ARTÍCULO 9°. Principio de Legalidad y Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

⁴⁸ Castillo González, Francisco. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. La exclusión dolosa de la tipicidad y la *analogía in malam partem*. Anuario de Derecho Penal, 2005; <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/05/10-Francisco%20Castillo.pdf>; Convención Americana de los Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969 <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

⁴⁹ Idem.

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley impone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

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 la ley y la persona o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.

ARTÍCULO 2°. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analogía y mayoría de razón). No se 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 inculcado, cualquiera que se a la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.

Como se observa, la doctrina como ley penal coinciden en la prohibición de la analogía *in malam partem*, negándole, validez a dicha integración, teniendo su fundamento –como se ha dicho- en el artículo 14 Constitucional en donde queda prohibida la analogía, respecto de las penas y los delitos, siendo evidente que la función legislativa es la encargada de crear los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

1.2.2.4 *In Bonam Partem*

En contrario *sensu* de lo que sucede en la *analogía in malam partem*, la *analogía in bonam parte* es aceptada por la ley y los doctrinarios. Los códigos Penales suelen admitirla en lo que afecta a la aplicación por analogía de circunstancia atenuantes y aunque el número reducido a los eximentes, igualmente sólo debe aplicarse cuando la ley expresamente lo disponga, como en el caso de la regla *in dubio pro reo*, la cual tiene

plena validez, por ello, sólo podrá tomarse en consideración su vinculación con otro principio superior al propio Código Penal, es decir, al principio *nullum crimen sine lege*.⁵⁰

Mariscal Vásquez, respecto a la *analogía in bonam partem* tratando de conciliar respecto de aquellos que la rechazan formula una postura mixta en el siguiente sentido:

1° Las limitaciones al método de razonamiento por analogía, o a toda aplicación analógica, sea *in bonam partem* o *in malam partem*, debe estar fundado en los principios de legalidad y reserva, se complementen o no, son aplicables a la ley penal en sus sentido más estricto, es decir, a la que establece delitos y penas.

2° Admitimos la aplicación del razonamiento analógico en las leyes penales y no por decisión arbitraria, sino en aquellos frecuentes casos en que la ley no requiere de manera expresa o tácita, no dando lugar a otro medio de raciocinio.

Un ejemplo de lo anterior, es cuando en la Fracción IV del artículo 5° del Código Penal Federal dice:

IV. “Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en el territorio o en atmósfera o en aguas territoriales nacionales o extranjeras, en **casos análogos** a los que señalan para buques las fracciones; y (...)”

3° Acepta la aplicación analógico en las disposiciones legales *latu sensu* no como medio integrativo de los hechos reales que no están expresamente regulados, sino como medio específico de razonar, eficaz para desentrañar la *ratio legis* que impulsó al legislador para enunciar la casuística.

4° No descartar la aplicación de la analogía, respecto a causas de justificación, eximentes de responsabilidad, pues, rechazados como-

⁵⁰ Cfr. Núñez R. citado por Argibey Molina, José. Derecho Penal. Parte General, Ed. Edior, Argentina, 1972, pp.110-111.

medio de integración, la analogía en cuanto a procedimiento de raciocinio, no está proscrita, ni puede evitarse aún en los casos de creación de situaciones desintegradoras de la antijuricidad materia de una conducta criminosa.

5° Respecto de los intereses simultáneos que salvaguardan a las eximentes y justificante, así como las garantías del proceso reducido a derechos de libertad de una parte y las que tutelan al valor violado por otro, nunca serán solamente las fórmulas genéricas y abstractas (leyes) quienes las terminen en más o menos; realmente serán las circunstancias especiales de cada caso.

6° Es imposible aceptar sin reserva alguna, que la ley en sentido estricto no se aplique la analogía, y en un sentido *lato* sí, ya que con frecuencia las leyes penales autorizan el razonamiento por interpretación analógica, aún cuando se llega a la denominada: interpretación sistemática o extensiva.⁵¹

Grosso modo, podemos decir, la analogía *in bonam partem* está permitida, por lo que la puede aplicar el juzgador a favor del inculpado cuando medie alguna causa de exclusión del delito o bien, cuando se pueda hacer valer alguna atenuante con relación a ciertas peculiaridades de otro delito análogo, partiendo del hecho que el juez puede a través de razonamientos lógicos jurídicos interpretar la ley, lo que le permite adecuar las conductas en determinados tipo, a fin de poder, en su caso, imponer la pena al agente.

⁵¹ Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., pp.338-340. Las causas de justificación no calificadas en nuestro ordenamiento jurídico, la aplicación de procedimiento analógico está prohibido sólo para las normas penales en sentido estricto, es decir, para las disposiciones que prevén cada uno de los delitos y que establecen las penas correspondientes o que, de otro modo restringen los derechos de los individuos. La extensión analógica de las normas que no presentan esos caracteres, sino que se resuelven en una ventaja para el individuo no puede considerarse como prohibido. Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Témis, 8ª edición, Bogotá- Colombia, 1988,p. 219.

1.2.2.5 Técnica y Política

Jiménez de Asúa, partiendo de la idea rigorista de la analogía frente a la lógica y de los argumentos de Bobbio, Walter Sax, Jean Groven,⁵² éste último afirma, “La aplicación del Derecho a una situación no prevista por el legislador puede procederse, sea del deseo de una justicia lo más perfecto posible que venga a colmar las lagunas técnicas de la ley (...) sea del deseo de una defensa política y social, lo más cerrada posible – llamada analogía técnica- cuyo funcionamiento se ha puesto en Dinamarca, consiguiéndose con su ejercicio, respaldar “ el principio de la libre apreciación” de los poderes del juez en quien se puede confiar cuando se trata de un régimen liberal”.⁵³ A diferencia de la analogía técnica, la analogía política procede de un espíritu completamente diferente que va más allá, tiene su fundamento en el deseo de una defensa política y social lo más cerrada, es característico de los regímenes totalizadores o dictadores.

Al respecto, podemos decir que la analogía técnica y la analogía política no están permitidas en nuestro sistema, ya que si bien, en la primera se le permite al juez una libre apreciación para colmar la falta de un precepto legal y en caso de no estar previsto el delito crearlo; en la analogía liberal, so pretexto que se atiende al bienestar social es el Estado el que crea los delitos, en cualquier momento que a juicio de éste las conductas las considere dañosas para la sociedad o al sistema incurriéndose en graves arbitrariedades.

1.2.2.6. Analogía Mediata o Remitida

Mezger –citado por Mariscal Vásquez- expresa los tipos penales son afectados por el derecho consuetudinario y la analogía de un modo mediato, ya que, a veces se une en su composición conceptos concernientes a ramas jurídicas no penales, y por ello, rigen a cada caso las reglas de la interpretación propias de las ramas jurídicas de que proceden, verbigracia “cosa ajena” que se ven determinadas por el derecho consuetudinario y analogía; aplicación que no se opone, al principio de legalidad, porque su existencia se

⁵² Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 483-484.

⁵³ Ibidem. P. 480.

apoya en el tipo penal regulado por la ley.

Otros autores partidarios que afirman la no existencia de las lagunas de la ley penal, no admiten que sea totalmente aplicable en el ámbito de la analogía. Partiendo entonces de la no existencia de lagunas de la ley penal en la prohibición del procedimiento analógico, será considerado un medio interpretativo lícito, mientras no se vulnere el principio de legalidad.

La analogía mediata o remitida está permitida, porque la ley penal en varios de sus preceptos nos envía a otras disposiciones –Código Civil, Código de Comercio, Ley General de Salud, etcétera- en donde la analogía es lícita, pues, no obstante de ser interpretada preserva su valor –cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho- como integradora de la norma, cuyo contenido suele señalar la licitud o ilicitud de una conducta.⁵⁴ En otras palabras la analogía remitida es admitida por existir en nuestro Código Penal remisiones a otros preceptos legales, que vienen a complementar lo ya previsto por la norma.

1.2.2.6 Analogía Antropológica

Mario Carrara defiende la analogía antropológica, fundamentando la posición al delincuente en donde le reconoce su propia individualidad psicofísica y una peligrosidad social independientemente de acciones delictuosas verdaderas o propias. Si la analogía se ha de aplicar –dice Mario Carrara- no ha de fiarse a las categorías de reos y los delitos configurados según la aparente entidad de esto, sino que deberán tomar en cuenta exclusivamente la personalidad antropológica, la real desviación degenerativa para revelar la peligrosidad.⁵⁵

G. Geocomo, se muestra en contra de la analogía antropológica y afirma: “Se manifiesta insalvable la heteronimia de las instituciones jurídicas frente a la sublime ilusión de un tratamiento exclusivamente biológico de las acciones humanas, no pareciéndole

⁵⁴ Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., pp.341-342.

⁵⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 483.

admisible que al antropólogo sea extemporáneamente legislador, así como el legislador carezca de base biológica”.⁵⁶

Carlos Fontán Balestro, refiriéndose a Mario Carrara señala que ésta tesis no propugna la aplicación analógica de la ley penal, sino que desconoce la significación a las figuras al ausentar la teoría de la peligrosidad llevada a sus extremos, como lo hizo un sector del positivismo.⁵⁷

Más bien, desde nuestro punto de vista, la analogía antropológica no es aplicable, pues los estudios realizados para determinar el grado de peligrosidad del delincuente, estos son de carácter individual. La antropología, sirve al juez para determinar la imposición de la pena al delincuente, tomando en cuenta no sólo si la conducta se adecúa a un tipo penal, sino que va más allá, esto es, estudia el grado de peligrosidad, y con el apoyo de otras ciencias se va a determinar los factores internos y externos que motivaron al agente a cometer el delito, a fin de que pueda imponérsele dentro de un mínimo y un máximo la pena más justa que establece los tipos penales según sea el caso, por supuesto, ésta pena individualizada no podrá aplicarse por analogía a otro caso similar, en razón, que si bien, el hecho ilícito puede ser semejante, la pena impuesta por el juez, podrá ser distinta, atendiendo que no todos los delincuentes tienen el mismo grado de peligrosidad.

1.2.3 Analogía y Derecho Libre

Analogía y Derecho Libre, son dos figuras distintas, porque mientras la analogía parte de un razonamiento inductivo de cierto principio o principios formadores de la norma o normas, para después (proceso deductivo) ser aplicada dicha razón a un hecho no previsto expresamente en la ley cuyas consecuencias si están perfectamente determinadas en la ley análoga. Por ende, al aplicar el órgano jurisdiccional el razonamiento por analogía, está limitado por reglas propias del razonamiento, hecho que

⁵⁶ Ibidem, p. 484; Heteronimia. Fenómeno por el cual dos palabras de significado muy próximo proceden de etimos diferentes: caballo-yegua. Diccionario enciclopédico. El Pequeño Larousse, Agrupación editorial, S.A., México, 1999.

⁵⁷ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Ed. Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 260

no se da en el Derecho Libre, en virtud que le otorgan al juez facultades más amplias, se convierte en un árbitro judicial absoluto e incluso puede ampliar los tipos penales regulados en la ley y determinar la pena que se le impondrá al delincuente, lo que en nuestro Derecho Penal no es aplicable, pues, atentaría contra el principio *nullum delictum sine lege* y de seguridad jurídica.

Altaville al examinar el concepto de analogía “concluye que sobre ésta cuestión en la realidad judicial no pueden admitirse posiciones intermedias (...) la analogía teóricamente admite una diferenciación del Derecho libre en la práctica no es sino un procedimiento para enmascararlo”.⁵⁸

1.3 LA ANALOGÍA Y LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA, EXTENSIVA, Y ALGUNAS OTRAS, LINEAMIENTOS.

1.3.1 Interpretación analógica

La mayoría de los tratadistas coinciden que la interpretación analógica constituye un medio lícito de comprensión de la ley, pues, una disposición dudosa puede ser entendida con otros textos penales que regulen casos semejantes. Asimismo, José Antón Oneca considera la interpretación analógica, como un elemento que permite encontrar el sentido del contenido de una ley por otra previsor de un caso análogo como único límite analógico que existe entre lo prescrito y lo establecido por el Derecho Penal en vista de la complejidad infinita de los casos análogos.⁵⁹ Tal es el caso cuando se dice cualquier “otra cosa”; “cualquier lucro”.

Atendiendo a lo anterior, y de acuerdo con las opiniones de Paoli y Antón Oneca, los requisitos necesarios para la interpretación analógica son:

“a’) Que exista una disposición dudosa u oscura respecto de un acto y,

⁵⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 483-484.

⁵⁹ Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pp.129; en el mismo sentido Francisco Pavón Vasconcelos. Ob.cit., p. 111; Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., pp. 346-347.

b') Que exista una disposición clara respecto a un semejante".⁶⁰

Como observamos, la interpretación analógica de la ley no es una actividad creadora de Derecho porque la norma aplicada no es elaborada por el juez, sino que existe con anterioridad a su utilización. Es permitida la aplicación de la ley penal a un hecho situado más allá de su texto literal, pero sin estar fuera del sentido teleológico de la norma.

1.3.2 Interpretación analógica y analogía

Jiménez de Asúa, es quien por primera vez diferencia la interpretación analógica de la analogía diciendo: "En la analogía se trata de sancionar una conducta humana o de actuar una institución que no está en la voluntad y pensamiento. En cambio por interpretación analógica: a veces como ocurre en los códigos penales la propia ley requiere se complemente sus preceptos por analogía".⁶¹ Niega en el primer caso la aplicación de analogía y admite su uso en la segunda forma.

José Antón Oneca, sostiene que la interpretación analógica (*intra legem*) es la interpretación de un precepto por otro que prevé caso análogo, cuando en el último aparece claro el sentido que en el primero está oscuro, concluyendo que no es pues, otra cosa que una forma de interpretación sistemática.⁶²

Queda claro que no debemos confundir analogía con la interpretación analógica, pues, no pretende ésta crear delitos al margen de la legalidad, sino desarrollar en forma lógica el contenido de un precepto penal e indagar su extensión comparando el caso de que se trata, no directamente previsto en la ley con otros semejantes incluidos en ella.⁶³

A mayor abundamiento, existe distinción entre la analogía y la interpretación analógica. Como se podrá apreciar la consecuencia del principio de legalidad como garantía de la libertad de los individuos es la prohibición de la práctica de la analogía,

⁶⁰ Ibidem, p.130.

⁶¹ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 479-527.

⁶² Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 113.

⁶³ Cfr. González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Parte General y Especial, Ed. Porrúa 4ª edición, México, 1997, p. 634.

y por ello, el órgano jurisdiccional en primer lugar tiene la obligación de darle el debido cumplimiento y en segundo no es una exigencia en su aplicación prevista por la ley penal, resultan estar definidos sobre todo en su aplicación por parte del órgano jurisdiccional.

Asimismo, -como ya se dijo- la analogía se distingue de la interpretación analógica; por ende, a la analogía se le considera una prohibición y se opone al principio de legalidad; mientras la interpretación analógica no se opone a dicho principio, únicamente bien a aclarar la norma con otra disposición legal.

1.3.3 Analogía e interpretación extensiva

Es muy claro el papel de la analogía con la interpretación extensiva, siendo difícil que exista confusión entre ambos, porque, mientras la analogía aplica un precepto penal a un caso similar – como ya se ha indicado- para colmar la alguna de la ley, la interpretación extensiva no va a colmar ningún vacío, sino por el contrario tiende a ampliarla.

Marcial Vásquez, expresa: la interpretación extensiva se presenta cuando se amplía la latitud de la ley a la voluntad contenida en la misma, por lo cual, es necesario fijar de manera indubitable dicha interpretación en un resultado, supuesto con el uso de verdadero mediante medios interpretativos (literal, lógico, teleológico, etcétera), llegando a la extensión, restricción o declaración de la auténtica voluntad objetiva contenida en la ley. Por otro lado, es necesario reconocer que la analogía, no es el resultado de la interpretación, sino como se desprende de su auténtica fuente científica, es en sí, un elemento de razonar, sentado lo cual, pasamos a dar conocimiento de los diversos criterios.⁶⁴

En la interpretación extensiva –explica Sains Cantero- “existe una ley o norma que prevé el caso concreto, el cual se contempla por el espíritu y finalidad de la ley aunque la letra de esta, por expresar menos de lo que debe expresar en la relación con su espíritu, parece no abordarlo. El intérprete entonces tiene que estirar –extender- la palabra de la ley para ponerla de acuerdo con su espíritu o lo que es lo mismo, con la voluntad de la

⁶⁴ Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p.349, Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p.112.

ley que es lo que definitivamente se trata de esclarecer”.⁶⁵

“Otra cosa es lo que sucede en la analogía, ya que el caso no está previsto ni en letra ni en el espíritu de la ley descartándose que la voluntad normativa no cabe la incriminación de tal o cual conducta, lo que puede deberse a múltiples razones, por decir algunas: el legislador no quiso incluirlas, o ni siquiera las imaginó”.⁶⁶

Recordemos entonces, en la interpretación extensiva se aplica la ley (esta dentro del ámbito de una norma) y en la analogía se crea la norma, y tiene por resultado extender el natural significado de las palabras cuando la ley cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir, “La interpretación extensiva constituye *“la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, en cambio, la analogía es la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en el texto”*.⁶⁷

1.3.4 Interpretación analógica y suplemento o sustituto analógico

Manzini y Paoli –citado por Jiménez de Asúa- “distinguen la interpretación analógica y suplemento analógico. La primera interpreta la ley que presenta una laguna, el segundo, suple la inexistencia de la institución general o particular. En el sentir de los autores citados, la primera se admite y el segundo se prohíbe”.⁶⁸

Con base en lo asentado, la interpretación analógica se admite, ya que el legislador al crear el tipo legal no previó ciertas hipótesis y agrega frases más o menos exactas para que el juez las interprete a casos más o menos similares o análogos; mientras el sustituto analógico viene a crear la norma de ahí sus prohibición.

Asimismo, coadyuva al conocimiento del suplemento o sustituto analógico y su

⁶⁵ Vidaurri Arechiga, Manuel. Interpretación de la Ley Penal, Boletín No. 58, Vol. XV, abril-junio 1995. Universidad de Guanajuato, p. 65.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Prunotto Laborde, Adolfo. Recepción de la Analogía en el Derecho Penal. <http://www.cartapacio.edu.ar>

⁶⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 472.

diferencia con la interpretación analógica, J.P. Ramos sostiene⁶⁹ “En toda interpretación analógica la norma existe y quiere ser extraída por medio de la analogía. En lo que es simplemente un suplemento o sustituto analógico, la norma no existe y pretender ser creada por analogía”.

La analogía funciona en su pureza lógica, lógica jurídica o axiológica jurídica, dependiendo necesariamente de la comparación con cierta norma existente, o perfectamente fijada en la ley penal; en cambio el sustitutivo analógico, sin ley comparativa alguna, pretende excepcional toda una ley o caso particular a l principio de la libertan en cuyo caso se está creando al margen de la legalidad una nueva reglamentación punitiva, razón suficiente para repudiar al llamado suplemento analógico.⁷⁰ El admitir un suplemento o sustituto analógico conllevaría a vulnerar el principio de legalidad, y evidentemente, el juzgador estaría creando delitos.

1.3.5 La analogía y las leyes excepcionales

Liszt-Schmidt y Schönke, manifiesta que por leyes excepcionales “han de entenderse aquellas normas que prevén los delitos en particular o establecen penas y además aquellas disposiciones, bien de la parte general, bien de la parte especial del Código que integran las primeras en el sentido de restringir el libre ejercicio de los derechos, por lo tanto, para quienes así discurren, deben comprenderse en el sentido de leyes penales de las disposiciones que prevean una eximente, una atenuante o una causa de exención de la pena. Hippel le niega valor a estas distinciones y Rocco en Italia, ha buscado, por otra ruta, exceptuar a las eximentes no constituyen normas excepcionales porque si son de este carácter las penales y las eximentes representan una negación de la negación, es decir, una reafirmación necesariamente entra en el derecho común”.⁷¹ Manzini – citado por César Mariscal Vásquez- apunta que la analogía está prohibida sólo cuando se conduzca a extenderla a casos o materias no contempladas ni explica ni implícitamente por la ley incriminaciones o sanciones, o bien, otras normas restrictivas de

⁶⁹ Cfr. Mariscal Vásquez, César. Ob. cit., p. 351-352.

⁷⁰ Ibidem, pp. 351-352.

⁷¹ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 553.

Derecho (excepcional) o de otros intereses subjetivos individuales o de la potestad punitiva de carácter absolutamente excepcionales.⁷²

En torno al problema existen diversas posturas: la primera niega que las causas que eximen a la pena sean leyes excepcionales; la segunda los que sostiene que las normas excepcionales son las que regulan la extinción de la pena y las de agravación y atenuación, agregando que tienen carácter excepcional las normas penales que excluyen o disminuyen la imputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación; y la tercera donde el carácter excepcional es meramente relativo considerando que las causas que excluyen a la imputabilidad o que la atenúan y las que excluyen al delito pueden ser consideradas extensibles por analogía al menos al principio.

A mayor abundamiento, consideramos que en el momento que la ley prevé circunstancias eximentes de la responsabilidad del sujeto, éstas son parte de la ley y por tanto, no podemos decir que estamos en presencia de la aplicación de la analogía y mucho menos de leyes excepcionales, ya que la ley penal prevé dichas circunstancias que atenúan o excluyen al delito, y consideramos que lo único que hace, es que la conducta se adecue al precepto legal, sin embargo, -como ya se dijo- es aplicable la analogía *in bonam partem*, cuando beneficien al agente del delito.

Ahora bien, si lo que se pretende decir, que una ley es excepcional porque no en todos los casos se aplica, estamos de acuerdo, en razón que su aplicación será cuando la conducta del sujeto del delito se adecue a alguna causa de justificación, o imputabilidad, o inculpabilidad, o algún eximente putativo, visto de esta forma, el Derecho Penal no puede ser objeto de un procedimiento analógico, pues, al fin y al cabo la norma prevé los casos excepcionales de aplicación, como es el caso de los artículos 15 del Código Penal Federal y 29 del Código Penal para el Distrito Federal, que regulan respectivamente las causas de exclusión del delito. Por ende, en estricto sentido es inaplicable la analogía y por tal motivo el juez tiene prohibido integrarla.

⁷² Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p. 354

Para finalizar este primer tema diremos que en conclusión y partiendo que la mayoría de los autores atienden el sentido literal del texto constitucional en el queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito del que se trate, lo cierto es que en realidad dicho párrafo, lo único que limita al juez, es no poder integrar la ley penal a través de la analogía para crear penas y delitos, sin embargo, del ordenamiento no se desprende prohibición alguna en que exista impedimento para aplicar la analogía en situaciones diversas, esto es, cuando sea en beneficio y no en perjuicio del agente del delito, por un lado y por otro se debe tener consideración que el juez tiene libertad interpretativa, lo que le permite aplicar la analogía a efecto de que ciertas conductas ilícitas sean sancionadas y no queden impunes, de ahí la importancia que tiene los procesos de la interpretación penal y en especial la lógica, pues a través de ésta el juez se avoca al estudio de la ciencia del Derecho con el propósito de buscar en los orígenes y motivos que orillaron al legislador para crear el delito y, así una vez analizada poder aplicar la norma con justicia al caso concreto y que ciertas conductas no queden libres de sanción, o bien, interpretar la norma y extenderla analógicamente a circunstancias que excluyan o atenúen la pena.

Lo anterior tiene su sustento en la postura de Juventino V. Castro que acepta que se puede dar la analogía diciendo: “Por otra parte, no debe caerse en el fácil error en que algunos autores incurren, cuando se afirma que en el derecho penal está prohibido el uso de la analogía, de la mayoría de razón, de la interpretación extensiva, y de otros medios de interpretación similares, ya que lo único que se prohíbe es la creación de delitos y penas, por medio de la interpretación o a la extensión, pero en tratándose de situaciones diversas a ésta se puede perfectamente usar los sistemas interpretativos que son comunes al derecho”.⁷³

⁷³ Castro y Castro, Juventino. Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, 9ª edición, México, 1992, p. 242; Hernández Ramírez, José Luis. Análisis de la fórmula: “interpretación jurídica” del Párrafo cuarto del artículo 14 constitucional, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 5, 2001/2002, pp. 73-87.
<http://www.filosofiaderecho.com/rtfd/numero5/6-5.pdf>

Y al respecto agrega: “Este es el caso del uso del método interpretativo para las normas de derecho procesal penal, también otros casos resueltos por los tribunales –cuando no se producen perjuicios, sino beneficios-, como puede ser aquel fallo de la Suprema Corte en que este Alto Tribunal usó la analogía para disminuir la penalidad impuesta a un reo, condenado por el delito de homicidio simple perpetrado en la persona de su concubina, la cual sorprendió en un acto de infidelidad. El condenado interpuso juicio de amparo alegando que su caso era similar o análogo al previsto por el Código Penal, según el cual merece pena inferior al homicidio simple, el que delinca al sorprender a su cónyuge en un acto de infidelidad, o en alguno próximo anterior o posterior, tomando en cuenta la disposición penal la gran conmoción interior que una persona sufre cuando una persona toma conocimiento de tales hechos – llevados a cabo por su pareja-, sin que tenga porque diferenciarse ese estado de ánimo por el simple hecho de no haberse realizado un formalismo legal- como lo es el matrimonio-, que sí aparece en caso distinto”.⁷⁴

⁷⁴ Idem.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

El intérprete judicial hoy por hoy es considerado como el prototipo de la interpretación, refiriéndose al proceso de aplicación de la norma general al caso concreto, exteriorizada la norma a través de la sentencia; quedando muy atrás las interpretaciones legislativas y exegéticas surgidas en la Escuela de la Codificación a inicios del siglo XVII y con repercusión hasta el siglo pasado, sobre la labor interpretativa del juez.

La interpretación surge, como una manera de dar solución a los problemas derivados de las deficiencias de las normas, y el órgano jurisdiccional como: jueces, magistrados y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son fundamentalmente los encargados de la interpretación y de su aplicación a los casos concretos, como un requisito fundamental para una resolución apegada a derecho.

El juez al interpretar la norma y aplicarla al caso concreto, no lo hace mecánicamente, ésta debe ser entendida como una decisión en torno al significado de dicha disposición, ya que produce efectos jurídicos la mencionada decisión interpretativa. Asimismo, el juez al momento de su interpretación está buscando su significado dentro del contexto de las normas penales que se describen de manera abstracta en el código penal o alguna ley especial.

El propósito inmediato de la interpretación es desentrañar el sentido y significado de algún tipo penal. Es descubrir el sentido y alcance de la ley, que debe prevalecer en el caso concreto.

Los métodos de interpretación de la ley como se observará son muy variados y todos ellos han sido creados con la finalidad que al aplicar la norma al caso concreto se haga lo más apegada al espíritu de la misma, sin embargo, dichos métodos no son obligatorios para el órgano jurisdiccional, aunado que la interpretación de la norma penal está limitada, aunque la mayoría de las veces se emplea el método gramatical y

teleológico, concluyéndose con el método sistemático.

2.1 MARCO TEÓRICO

2.1.1 Concepto de interpretación jurídica.

Desde el momento que inicia la vigencia de la ley penal se empieza a interpretar la norma “es tanto como “comprender” lo que ella dice en abstracto para ser aplicada al caso concreto”⁷⁵.

La palabra interpretación⁷⁶ es un término que no se limita únicamente al ámbito jurídico, así el vocablo interpretar deriva del latín *interpretatio*, *Interpretationis*, explicación interpretación, traducción. De la misma familia, la palabra interpres-interpretis, significa entre dos partes, intermediario, mediador, negociador; en otro campo semántico, comentador, traductor, expositor. Estos dos términos derivan a su vez del verbo *interpretor*, que es un compuesto de la preposición latina *inter*, entre en medio de; y del verbo *preeo*, ir delante, marchar a la cabeza, guiar, dar instrucciones.⁷⁷

Como observamos en los distintos campos semánticos de la palabra *interpretor*, la esencia se refiere al acto de mediación entre dos partes [de distinta lengua, de ahí el acto el acto de explicar].

En términos genéricos interpretar significa toda actividad por medio del cual se determina el alcance de ciertos acontecimientos, signos o expresiones significativas, objetivamente creados. Desde el punto de vista jurídico, es la actividad mediante la cual establece el sentido de las palabras contenidas en las disposiciones legales; y como formas de

⁷⁵ Fontán Balestra, Carlos. Ob. cit., p. 113.

⁷⁶ Gramaticalmente la interpretación es la acción o efecto de interpretar, este término a su vez proviene de la raíz latina *interpretare* la cual tiene los siguientes significados: Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad.//2. Traducir una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente.//3. Explicar acertadamente o no, acciones, hechos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos.//4 Representar una obra teatral, cinematográfica, etc.//5. Ejecutar una pieza musical mediante canto o instrumentos.//6. Ejecutar un baile con propósito coreográfico.//7. Concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1992.

⁷⁷ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 3ª edición, México, 2006, p. 182.

expresión jurídica podemos enunciar las siguientes: la constitución, las leyes, códigos reglamentos a nivel federal, estatal o municipal y demás disposiciones emitidas, no solo en materia penal sino en cualquier otra forma de Derecho.

Interpretar la norma jurídica significa descubrir o desentrañar su contenido. Así, Manuel Messineo afirma “es la indagación o penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma, (o sea de la voluntad de la misma) para medir su precisa extensión y la posibilidad de su aplicación a las relaciones sociales que trata de regular”.⁷⁸ Esto quiere decir que mas que investigar el espíritu del legislador, lo que debe de indagarse es la voluntad de la ley.⁷⁹

Carlos Fontán Balestra, señala “interpretar consiste en materializar la voluntad abstracta de la ley a través de la mente del juzgador, quien al juzgar realiza un juicio de valor que es el fruto de la relación entre la conducta que se contempla y la norma”.⁸⁰

En efecto, Manuel Segura Ortega, ha sostenido que por interpretación jurídica se debe entender “como una operación intelectual que consiste en comprender el sentido de las normas jurídicas de modo que se les puede asignar un significado preciso. Agregando que hay dos tipos de interpretación jurídica: la teórica y la práctica. La primera tiene como propósito averiguar el sentido o los posibles sentidos de la norma, orientándose a la comprensión de su contenido y nada más; se trata por tanto de una actividad de puro conocimiento; la segunda en cambio, va más allá de la simple comprensión de la norma,

⁷⁸González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., p. 129; El concepto mismo de interpretación tiene una gran relación con la jurisprudencia, ya que ambas instituciones, en gran medida, se implican y guardan cierta reciprocidad; así sucede, en cierta medida, desde el derecho romano en el que los intérpretes jurídicos eran llamados “iurisprudentes.”

⁷⁹ Cabe hacer mención que dentro de la interpretación de la ley penal no hay que perder de vista la importancia que reviste la ciencia de Derecho Penal, también denominada la dogmática jurídico-penal, entendiéndose ésta como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal; no concibe la norma como un dogma rígido sino que reconoce soluciones parciales a los problemas jurídicos, teniendo como función garantizar los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder punitivo del estado; Porte Petit Candaudap, Celestino la define como la disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico penales, con base en el método jurídico, es decir mediante la interpretación, constitución y sistematización de las normas penales. Ob. cit., p. 28

⁸⁰ Fontán Balestra, Carlos. Ob. cit., p.114.

pues, supone que el intérprete también decide el significado de la norma; siendo desde este punto de vista un acto de voluntad”.⁸¹ Es evidente, que antes de aplicar la norma primero debemos de entenderla para posteriormente aplicarla.

Tamayo y Salmorán señala “la interpretación jurídica es el conjunto de procesos lógicos que atribuyen un significado a la norma o describen el sentido de sus enunciados. (...) Es una forma de actividad creadora y práctica, no reducida a inferencias lógico-formales; antes bien, entre varios significados posibles de una norma, valora y apta por lo que ayuda a innovar, por lo menos al completar y perfeccionar el ordenamiento jurídico como unidad de sentido”.⁸²

Es indudable que interpretar una norma jurídica significa, esclarecer y descubrir su sentido mediante métodos interpretativos y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, además para la resolución judicial.⁸³

En consecuencia, el juez en el momento que lleva a cabo al caso concreto la interpretación de la norma jurídico-penal, debe tener presente el contenido de ésta, por ser la base de toda interpretación.

2.1.2 Naturaleza de la Interpretación

2.1.2.1 Objeto y Finalidad de la Interpretación Jurídica.

El objeto de la ciencia, materia o disciplina es aquello de lo que se ocupa o sobre lo que recae. En tal virtud, la interpretación se ocupa o recae sobre el Derecho, resulta indiscutible que es la Ley el objeto de la interpretación, al respecto afirma Castillo Sandoval “el Objeto de la interpretación es la ley escrita, esto es las palabras dictadas por el legislador con el carácter de leyes”.⁸⁴

⁸¹ Ortega, Ramón. Sobre la Interpretación del Derecho de Manuel Segura Ortega. <http://descargas.cervantesvirtual.com>.

⁸²Suprema Corte de Justicia de la Nación. Elementos de Derecho Procesal Constitucional, 1ª edición, México, 2006, p. 48.

⁸³Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco Manuel. Ob. cit., p. 94. Afirma se interpreta una ley cuando se busca y esclarece o desentraña un sentido mediante el análisis de las palabras que la expresan. Mientras, López Betancourt, Eduardo. Ob. cit., p. 105 expresa la interpretación legal consiste en fijar el sentido de la misma, desentrañarla para conocer su verdadero alcance, o la intención que tuvo el legislador al crear la ley.

⁸⁴Castillo Sandoval, Jesús. La Interpretación de las Fórmulas Legales, Cárdenas Editor Distribuidor, 1ª edición, México, 2003, p. 21.

El propósito u objetivo de la Interpretación (fin inmediato) es desentrañar el sentido y significado del Derecho. Ludwin Enneccerus lo dice de la manera siguiente: “el objetivo de la Interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica.”(sic).⁸⁵ Es descubrir el espíritu y la voluntad de la ley, no la del legislador. Del mismo modo se ha dicho que la finalidad de la interpretación, es hacer que se entienda el contenido de la norma.⁸⁶

Resumiendo, el objetivo de la interpretación consiste en descubrir el espíritu y la voluntad de la ley, no la del legislador.

La Interpretación jurídica tiene además un fin (mediato): en donde los tribunales tienen que aplicar correctamente el Derecho a los hechos sometidos a su consideración. Así se ha dicho, la tarea interpretativa no puede realizarse por simple interpretación, sino que ésta siempre debe versar sobre los hechos materia de controversia y con la finalidad de establecer una norma específica (sentencia), pero igualmente con fines docentes (doctrinarios, científicos, particulares) es posible interpretar la norma refiriéndose a hechos hipotéticos o supuestos. Uno y otro han sido llamados por Rolando Tamayo y Salmorán como interpretación orgánica e interpretación no orgánica respectivamente. Estos facilitan en cierto modo el trabajo y la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución; pero aquella somete a prueba los resultados en la confrontación con la problemática del caso particular y por tanto, necesita constantemente de la Ciencia del Derecho para la verificación.⁸⁷

Sumado a lo anterior, se ha dicho desde la escuela tradicional hasta las modernas tendencias, que la interpretación de las leyes tiene las siguientes finalidades:

“a) Encontrar el significado, sentido, extensión y connotación de los términos de lenguaje.

⁸⁵ Franco de la Cuba, Carlos Miguel. La Interpretación de la Norma.

<http://www.elprismo.com/apuntes/derecho/interpretaciondelanormajuridica/default5.asp>

⁸⁶ Cfr. Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p. 21.

⁸⁷ Francisco de la Cuba, Carlos Miguel. Ob. cit.

- b) Descubrir el auténtico pensamiento y voluntad del legislador, en el momento en que dictó la norma, tomando también en consideración el elemento literal.
- c) Investigar las nuevas condiciones políticas, sociales, históricas y económicas de la época en que deba aplicarse la ley, considerando a ésta como entidad propia, ajena a la voluntad del legislador.
- d) Investigar la costumbre para resolver conforme a ella el caso dudoso (claro está en materia penal no es aplicable, pues, se vulneraría el principio de legalidad.
- e) Tomar en consideración, primordialmente, el fin social que persiguió el legislador al dictar la norma.
- f) Seguir como norma para la interpretación, los fines políticos y sociales del Estado, así como la naturaleza de su régimen.
- g) Partiendo de la letra de la ley y de la voluntad del legislador, resolver el problema mediante la libre investigación, por el juzgador, de las condiciones económicas, sociales y políticas, usando para ello el método científico".⁸⁸

Por su parte Fontán Balestra⁸⁹ señala como reglas de la interpretación las siguientes:

- 1° Debe indagarse la voluntad de la ley considerada objetivamente. Cuando hay disidencia entre lo que el legislador se ha propuesto y lo que dice la ley, debe privar ésta último.
- 2° No ha de tomarse en cuenta el momento en que la ley fue elaborada, sino el de su aplicación.
- 3° Es decisivo en la interpretación *el fin del respectivo precepto jurídico penal*, considerándose su finalidad *actual*. No ha de perderse de vista el

⁸⁸ Bremauntz, Alberto. Interpretación de la Ley. Anales de Jurisprudencia, enero-febrero, 2003, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, pp. 435-436

⁸⁹ Fontán Balestra, Carlos. Ob. cit., pp. 119-120

fin perseguido por el ordenamiento jurídico en su totalidad.

4° El valor de una norma no debe apreciarse solamente en sí misma, sino recordando que recibe limitaciones que es coloreada por todos los demás.

5° No es misión de la labor interpretativa beneficiar al delincuente, ni perjudicarlo, sino desentrañar el verdadero sentido de la ley.

2.1.3 Tesis Subjetiva y Objetiva.

Sobre los puntos de vista del intelectualismo y voluntarismo podrá haber sin duda una gran divergencia, pero podemos advertir una confusión que se acentúa aún más cuando se tiene que determinar ¿de dónde se obtiene el sentido o significado que se debe lograr a través de la interpretación? Para contestar ésta pregunta encontramos dos tendencias las cuáles dan respuestas diferentes: el subjetivismo y el objetivismo. Los partidarios del subjetivismo (que es la teoría más antigua) sostienen: para interpretar una norma debe tenerse como punto de referencia al legislador, tomado en cuenta por éste para crear la ley; esto es, el propósito de desentrañar de su mente lo que éste quiso decir. Entienden que lo que se manda en la ley es la voluntad del legislador, quien es su autor y la norma jurídica sólo es un medio o instrumento para expresar ese mandato; entonces el intérprete debe llegar al espíritu del legislador para averiguar lo que quiso decir para interpretar correctamente la norma.

Los partidarios del Objetivismo, en cambio, son de la creencia de que sólo lo que aparece redactado en la ley, es lo objetivamente dispuesto como mandato, y por ende, una vez publicada la ley, ésta se desprende de sus autores y adquiere vida y espíritu propios, en consecuencia es la voluntad de la ley, lo que debe descubrirse, porque en ella está lo objetivamente querido. Es evidente, la norma no puede tener voluntad, por ello, de acuerdo con el Objetivismo se habla de “voluntad de la ley”, está sumamente claro que

está sumamente claro que ésta referencia se hace únicamente en sentido metafórico.⁹⁰

Mario Alzamora Valdez, explica la primera teoría (el subjetivismo) sostiene que la ley no puede ser entendida de otro modo que como “mandato” es voluntad dirigida a regular las relaciones jurídicas y dicho mandato proviene de la mente del legislador; en tanto la segunda (el objetivismo) se apoya en la forma de cómo se originan las normas, en el valor de éstas consideradas en sí mismas, y en el carácter de los objetos culturales, para atribuir a la ley un sentido independiente de lo querido por su autor.⁹¹

Creemos que la norma jurídica, como creación humana es concebida sólo en el pensamiento humano, por consiguiente, su origen será siempre la del legislador, la cual va más adelante, y una vez puesta en vigencia pueda expresar por sí misma y objetivamente un significado claro e inequívoco, de ello entendemos son conscientes los partidarios del objetivismo por esta razón la teoría esbozada, no puede limitarse, como en efecto no se limita solamente a exponer sus razones, sino además va más allá, explica los motivos por los que el subjetivismo no puede ni podrá nunca sustentar debidamente sus puntos de vista.

En tal sentido los partidarios de la tesis objetiva fundamentalmente sostienen que determinar que es el legislador cuya voluntad ha de ser interpretada, es una tarea nada práctica, porque las personas e instituciones relacionadas en la redacción y aprobación de una ley esto es, la actividad legislativa, son numerosas y constantemente cambiadas, renovadas o relevadas, lo que hace imposible establecer ¿cuál en realidad será la voluntad del legislador?. Por otro lado argumentan que las leyes suelen durar muchos años y se transmiten hasta por generaciones, produciéndose así un inevitable arcaísmo

⁹⁰ Cfr. Pozo Hurtado, José. Nociones Básicas de Derecho Penal. Interpretación.
<http://www.anif.ch/derechopenal>

⁹¹ Cfr. Idem.; Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 2001, p.80, señala la teoría objetiva propone que “la ley tiene un sentido que podemos desentrañar de la propia ley (...) el intérprete se desliga de las posibles consideraciones que haya tenido el legislador para emitir la ley y su función será desentrañar el sentido de la ley, lo que le puede permitir con base en ésta solucionar problemas no previstos por el legislador, colmar las llamadas lagunas de la ley, como sería el caso de la interpretación analógica partiendo de la interpretación de la ley (...)”

cuando los tribunales no deben sustraerse al espíritu de su tiempo, ni dejar de lado nuevas exigencias sociales, culturales, económicas, valorativas, etcétera.

Por ello, concluyen los objetivistas que al ser puesta en vigencia la ley, se despoja ésta del pensamiento del legislador para ir a vivir una vida propia e independiente; se convierte en una entidad separada de su fuente directa, y esencialmente subordinada al medio social y a sus transformaciones, al que deberá corresponder.

De este modo, concebimos que los partidarios del objetivismo, no sólo traten de exponer la mejor tesis, sino sólo la única realista y razonable posible. Considera que a cada una de estas teorías corresponde parte de verdad y por ello, ninguna puede aceptarse sin limitaciones. Además manifiestan, la verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica a diferencia de la natural, es hecho por hombres y para hombres, es la expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo; en cambio, la verdad de la teoría objetiva tan pronto es aplicada la ley, despliega una actividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado.⁹²

Uniéndonos a la opinión de Orellana Wiarco, consideramos “que, si bien, la interpretación de la ley, debe ceñirse a un criterio objetivo en cuanto debe encontrar su verdadero sentido, la misión del intérprete no puede desdeñar los antecedentes legislativos; las llamadas “exposición de motivos” de la ley, así como otros precedentes de esa naturaleza serán útiles para encontrar el verdadero sentido de la ley”.⁹³

En el mismo sentido Celestino Porte Petit es partidario de la teoría objetiva de la interpretación, al afirmar “según el intérprete la norma es precisar su sentido, su voluntad, y no el sentido ni la voluntad del legislador histórico”.⁹⁴ Con base en lo anterior, únicamente de vería hablarse de una sola interpretación, siendo ésta la interpretación teleológica, la cual busca la voluntad, si la voluntad, pero la voluntad de la ley no la del legislador.

⁹² Cfr. Franco de la Cuba, Carlos Miguel. Ob. cit.

⁹³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit., p. 80.

⁹⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p.113.

2.2 LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

2.2.1 Método Gramatical.

En principio antes de entrar al estudio del método gramatical, es conveniente en primer lugar tener presente ¿qué debemos de entender por método?⁹⁵. Por lo que siguiendo el pensamiento de R. Descartes por método debemos de entender: “Sistema ordenado de medios para proceder en el conocimiento científico, aumentando gradualmente los conocimientos hasta llegar al más alto posible”.⁹⁶

González Quintanilla, que la mayoría de los autores coinciden en señalar que el método “es una manera razonada de conducir el pensamiento para lograr un objetivo específico y tener la seguridad de que, mediante tal mecanismo descubriremos la verdad. En otras palabras también nos dice que desde un punto de vista genérico se denomina el método todo procedimiento o mecánicas adecuadas coherentes para lograr u obtener un fin”.⁹⁷

Nosotros, la podemos conceptualizar diciendo que el método es el procedimiento o camino que sigue el órgano jurisdiccional con el propósito de llegar a un resultado, consistente en aplicar la norma penal a un caso concreto y cuyo resultado prefijado sea la interpretación de la norma, valiéndose para ello de diversos métodos y entre ellos tenemos el método gramatical.

Encontrar el significado, sentido, extensión y connotación de los términos del lenguaje usado por el legislador en la ley, es el fin perseguido por la interpretación tradicional que considera como única fuente y origen del Derecho la ley en sí, y en el sentido, alcance y significación de las palabras, la voluntad del legislador, sin que el

⁹⁵ Método, proviene del griego *meta* que significa hacia y *odos* que significa camino. Así el método es un conjunto de pasos que trata de protegernos de la subjetividad en el conocimiento.

http://es.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9todo_cient%C3%ADfico. El método jurídico se expresa en tres momentos: a) Interpretación de la ley; b) Construcción de los institutos jurídicos, que consiste en la concentración lógica de la materia, es decir, la unión sistemática de los principios que regulan la relación jurídica; y c) Construcción del sistema, que es la forma más perfecta de conocimiento científico. El conocimiento de dicho sistema permite a los jueces, ministerios públicos, aplicar la norma con mayor claridad. Así como también al legislador, para la elaboración de las leyes, para que éstas dentro del marco social sean efectivas y eficientes para combatir la criminalidad.

⁹⁶ Acerca del Método, Consideraciones Generales, El Método Jurídico.

<http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/Acerca%20del20%Metodo.pdf>.

⁹⁷ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., p.94.

intérprete pueda salirse de los términos literales. Esta forma de interpretar la ley se ha denominado gramatical.

Al llevarse a cabo la interpretación gramatical “no toma en consideración la posibilidad de que el autor de la norma deje de expresar su verdadero sentir o manifestar su auténtica voluntad, cuando usa términos impropios o confusos, o bien, cuando ha dejado lagunas o incurrido en contradicciones, no de la extensión o espíritu con que legisló, sino de los términos literales empleados”.⁹⁸

Dentro del proceso de investigación que busca aclarar la expresión de la ley, el juez carece de facultades para dar a las palabras una significación diversa de la propia, salvo que la intención del legislador haya sido otorgársela, empleándolas no en un sentido vulgar sino técnico jurídico. Luego para que tenga mejor utilidad la interpretación literal es necesario que el juzgador lleve a cabo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.⁹⁹

Por último, la interpretación gramatical llamada también filológica o literal, se emplea para esclarecer la norma; atendiendo a su sentido recto se pretende encontrar el sentido de la norma a través de las palabras utilizadas en el texto, precisándose su significado y connotación dentro de la gramática. Las palabras pueden ser de uso común o de lenguaje técnico; las palabras comunes se entienden por aquellas utilizadas en un determinado país y técnico cuando tienen cierto significado especial o término científico.

2.2.2 Método lógico

La palabra lógica es de uso cotidiano y su significado es variado. La utilizamos sin tener experiencia en la materia y entre sus usos comunes se utiliza para designar el sentido común, la orientación de grupos o como razón.¹⁰⁰ Incluso en el ámbito del conocimiento encuentra más de un significado, pues, se ha dividido en dos campos de estudio diferentes, lógica material y lógica formal. En la lógica material se identifican como

⁹⁸ Bremauntz, Alberto. Ob. cit., p. 436-437

⁹⁹ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., pp.99-100.

¹⁰⁰ Cfr. Witker, Jorge y Rogelio Larios. Ob. cit., p.3.

partes integrantes las ciencias de la epistemología¹⁰¹ y la metodología,¹⁰² la lógica formal, “tiene como objeto particular el estudio de las formas de razonamiento y de los usos del lenguaje relacionados con su función en la comunicación”, además a la analogía lógica se le ha colocado en diversos métodos para concluir o inferir una determinada verdad o falsedad en el campo científico; en los estudios de lógica le llaman problema de los métodos, razonamiento, o bien, de inferencia incluyéndose en el mismo dos modos de razonar: el inductivo y el deductivo y en forma secundaria: la inferencia por analogía.

Mediante el método lógico, el intérprete se sirve de unos y otros preceptos de la ley, de todo el contexto y de otras leyes del mismo ordenamiento, debiéndose de eximir toda la ley, descubrirse su finalidad y después interpretar cada norma por separado, puesto que la ley entrega un contexto un todo orgánico que obedece a determinada finalidad fundada en el sentido de una norma jurídica. Esta a su vez puede clasificarse histórico-subjetiva, voluntad del legislador histórico, trae aparejado el problema del estancamiento del Derecho; y la interpretación objetiva que trata del sentido objetivo de la ley. Su ventaja es la actual respuesta y su desventaja es la arbitrariedad.¹⁰³

¹⁰¹ Epistemología significa literalmente “saber acerca del conocimiento” (episteme=saber; logos=saber). La epistemología es la rama de la filosofía que se ocupa de estudiar qué es el conocimiento, sus límites y posibilidades (qué podemos saber, cuál es el alcance de nuestro saber así como los límites de la certeza), el objeto y el sujeto del conocimiento (qué conocemos y quién conoce), la relación entre el conocimiento y la circunstancia (la historia, la cultura, el individuo), etc. Existen tres actitudes fundamentales en epistemología (la división es de Kant): escepticismo, dogmatismo y criticismo; sólo la última es una auténtica epistemología.
<http://www.todoexpertos.com/categorías/humanidades/filosofía/respuestas/1228902/epistemologia-concepto>.

¹⁰² Metodología, del griego (metá “más allá” odós “camino” logos “estudio”). Se refiere a los métodos de investigación que se siguen para alcanzar una gama de objetivos en una ciencia. Aún cuando el término puede ser aplicado a las artes cuando es necesario efectuar una observación o análisis más riguroso o explicar una forma de interpretar la obra de arte. En resumen son el conjunto de métodos que se rigen en una investigación científica o en una exposición doctrinal.
<http://es.wikipedia.org/wiki/Metodolog%C3%ADa>. Desde el punto de vista de la metodología jurídica debe tomar en cuenta en consideración el objetivo que se refiere, sin el cual la interpretación de su contenido devendría en un sistema cerrado en sí mismo, acaso técnicamente depurado, al menos aparentemente, pero a la vez insuficiente por no tomar en cuenta el sentido y el objetivo mismo del derecho. Malo Camacho, Gustavo. Ob. cit., p. 126

¹⁰³ Del Rosal citado por Porte Petit Candaudap, señala: por ser el ordenamiento jurídico penal un sistema, cobra gran utilidad la interpretación sistemática o “posición sistemática del precepto y su relación anterior”. Ob. cit., p.121

Debe reconocerse además, atendiendo a la doctrina tradicional “cuando una ley es clara, no puede irse contra la letra”,¹⁰⁴ Jesús Castillo Sandoval con el pretexto de penetrar en su espíritu da un ejemplo de ello e invoca lo que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia:

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. (LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL). Una adecuada interpretación lógica del artículo 63 del Código Penal Federal (antes de la adición al artículo 51 del propio Código, publicada el 14 de enero de 1985), así como de los Códigos de los Estados que contengan la misma disposición, el cual dispone para sancionar a los responsables de tentativa punibles” se les aplicará, a juicio del juez (...) hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito” (...), permite establecer que, no señalándose en tal precepto el mínimo aplicable, sino sólo el máximo de la pena, debe entenderse que para tal efecto se partirá de lo dispuesto por el artículo 25 del propio ordenamiento, o sea, que el mínimo de la pena de prisión es de tres días y el máximo, las dos terceras partes de la que se debiera imponer de haberse consumado el delito.

Séptima Época:

Amparo directo 918-78. Salvador Montes Aguirre. 11 de junio de 1980. Cinco votos.

Amparo directo 918-78. Felipe Herrera Reyes y otro. 11 de junio de 1980. Cinco votos.

Amparo directo 2849/81. Roberto Ramos Gómez y Rosa Martínez Viramontes. 14 de agosto de 1980. Cinco votos.

Amparo directo 1394/81. Norberto Guillén Jiménez. 6 de mayo de 1981. Cinco votos.

Amparo directo 6744/81. Antonio Espinoza Tavera. 15 de marzo de 1982. Unanimidad de cuatro votos.

Séptima Época:

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte HO

Tesis: 1009

Páginas: 632

2.2.3 Método Histórico.

En principio “la escuela histórica, contraria totalmente a la idea de que el derecho emana de las personas o funcionarios que integran el poder legislativo, ya que según esta escuela, el derecho no es surgimiento de un mandato improvisado, sino que este procede de la esencia misma del pueblo, pues constituye una continuidad histórica encadenada

¹⁰⁴ Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., pp. 179-180.

en el devenir del tiempo, por lo cual, no puede surgir espontáneamente”. “El pueblo, la conciencia jurídica popular, es el origen, la base en la que descansa el derecho positivo”. De esta forma, en la escuela histórica, el marco de referencia para el legislador y los juristas, es el derecho del pueblo, “la ley cumple solo con el cometido de ponerse al servicio del derecho; es su eventual exteriorización y garantía. El legislador no tiene la menor participación en la producción del derecho, simplemente se limita a recoger el que influye de la conciencia nacional”.¹⁰⁵

El método histórico, busca interpretar la norma a partir de los antecedentes jurídicos que permiten conocer cuál fue la intención del legislador al dictar la norma. La intención del legislador la podemos encontrar en las exposiciones de motivos de los proyectos de ley, los antecedentes legislativos y normas derogatorias de los mismos e incluso en el momento histórico en que se aprobó la norma jurídica.

Si el intérprete o el jurista examinan todos estos antecedentes, descubrirá la condición social existente en el momento que fue creada la ley y del porque de su reforma o derogación y, por tanto, descubrir cuál fue la intención del legislador. Por otro lado, existen artículos y escritos de los autores de la ley que nos descubren su pensamiento y constituyen valiosos antecedentes.

2.2.4 Método Exegético.

Se dice que “la exégesis de un texto consiste en dar una explicación de un sentido, en esclarecer u desentrañar sus significado e interpretarlo, recurriendo para tal fin a procedimientos gramaticales (por el análisis de las palabras que le componen y lo que ellas dicen, contempladas en sí mismas, aisladamente, en su tenor vulgar o término y en relación con las demás que la oración se vinculan), así como también a procedimientos lógicos. El método exegético, se caracteriza por basarse casi de forma exclusiva en la ley escrita”.¹⁰⁶

Así, la finalidad perseguida en el método exegético: “no solo es tomar en consideración la letra de la ley, sino, además, el auténtico pensamiento y voluntad del

¹⁰⁵ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., pp. 100-101.

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 101-102.

Legislador, manifestado por factores ajenos al texto (...) del culto a la letra de la ley se dio un paso adelante para investigar la voluntad y fin perseguido por su autor, sin atenerse exclusivamente a la parte literal”.¹⁰⁷

Para los exegetas¹⁰⁸ el texto por sí solo no es suficientemente revelador de la voluntad legislativa, es necesario realizar una investigación sobre los llamados trabajos preparatorios, opiniones de las comisiones, exposiciones de motivos, discusiones parlamentarias y extra-parlamentarias que hubiesen tenido los legisladores en los debates públicos de los proyectos; en otras palabras para conocer la voluntad del legislador los exegetas deben auxiliarse del método histórico, gramatical, lógico, como además, el método analítico-sistemático, dado que es aplicado a las normas positivas y a los diversos elementos que motivaron la creación de la norma.

Ésta se refiere al fin de la norma, que no es mas por la cual fue creada; es decir, la interpretación de los bienes jurídicos, o sea que su principal objetivo son los valores o derechos protegidos por la ley penal, de tal manera que su fundamento es la finalidad de dichos intereses tutelados.

2.2.5 Método Sistemático

“En virtud del elemento sistemático, se hace una obra constructiva; se establece el plazo íntimo que una a las instituciones y reglas jurídicas dentro de una basta unidad, y en particular se encuadra a la ley dentro del sistema general”.¹⁰⁹ A través del método sistemático “el juzgador tiene la tarea de asignar el lugar que le corresponde a cada norma dentro del ordenamiento legal o reglamentario al que pertenece (...) las normas deben coordinarse u subordinarse según las esferas de competencias que la ley establece. Para tal efecto el jurista tiene que considerar y diferenciar las diversas leyes que conforman el Estado de Derecho, como son las constitucionales, leyes federales, locales y los reglamentos, etcétera, para poder utilizar este método interpretativo se debe

¹⁰⁷ Es lo que caracteriza a la llamada Escuela de la exégesis, iniciada por Blondeau. Anales de Jurisprudencia. Bremauntz, Alberto. Ob. cit., pp. 437-438.

¹⁰⁸ Exegetas o exegeta, (del griego). 1. com. Persona que interpreta o expone un texto. Diccionario de la Real Academia. Ob. cit.

¹⁰⁹ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., p. 102.

partir de la base que el Derecho es un sistema y la norma debe ser examinada en la relación que guarda en el sistema, considerando que los preceptos jurídicos que componen el sistema se encuentran dispersos. Y distinguir las esferas de competencias que tienen asignadas las autoridades que deben aplicarlas”.¹¹⁰

Además, Germán Cisneros Frías, señala “la sistemática jurídica es la rama de la ciencia del Derecho y tiene por objeto ordenar los conceptos jurídicos generales insertos ya en una norma, en instituciones jurídicas, ordenar el ámbito material de validez del Derecho objetivo, dar nomenclatura jurídica científica apropiada a las figuras institucionales recientes, ordenar los contenidos temáticos relacionados con el Derecho, las ramas de reciente creación en el Derecho, nuevas disciplinas jurídicas, sistemas jurídicos en general, atendiendo a países o épocas determinadas”.¹¹¹

Cabe hacer mención, el método sistemático se rige por los siguientes principios sistemáticos de la interpretación:

- “1. La ley configura un todo.
2. Cada disposición de la ley forma parte de ese todo.
3. Dentro de toda Ley, no hay disposiciones iguales.
4. El intérprete debe descubrir, lo general y lo particular de cada disposición.
5. Lo particular de la disposición, es el inicio del procedimiento interpretativo”.¹¹²

En suma, los preceptos de todo ordenamiento jurídico-penal no son independientes, ni aislados entre sí, sino por el contrario, conforman un sistema de normas que se coordinan en su estructura orgánica, la cual se encuentra ligada con otros métodos como lo es el lógico y el gramatical, aunque la mayoría de las veces el órgano jurisdiccional no puede diferenciar porque aplicando el método lógico necesariamente se debe partir del método gramatical. Este en la mayoría de las ocasiones no puede

¹¹⁰ Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p. 141

¹¹¹ Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., p. 18

¹¹² Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p. 145

comprenderse si no se utiliza la dirección sistemática, causal o teleológica. Al mismo tiempo desprendemos que la interpretación, los métodos no se pueden emplear de manera aislada, porque sí fuera así los resultados podrían ser dudosos, lo cierto es que al interpretársela ley el juzgador debe de utilizar todos los métodos de interpretación con la intención de que al aplicar la norma al caso concreto sea la más justa y apegada a la realidad jurídica; siendo evidente que nuestro código penal debe ser interpretado gramaticalmente empleando al mismo tiempo las reglas de la lógica con efectos restrictivos, como la sistemática.

2.3.6 Método Teleológico

Este método en su denominación tiene el prefijo “tele” que significa fin. Así el método teleológico es, aquel mediante el cual pretendemos llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico, en realidad este método se encuentra inmerso en el método gramatical, aunque algunos autores lo estudian de manera separada con fines didácticos.

“Otros autores, entienden por este método al método lógico o por lo menos entienden al Método Teleológico como parte de aquél. El último de los casos se advierte, por ejemplo, en el tratadista español Manuel García Amigo, quien, al referirse al método lógico dice: “Es obvio, además, que cuando el legislador dicta una norma, persigue un fin, a cuya obtención encadena lógicamente el precepto. Por eso toda interpretación debe seguir las reglas de la lógica”.¹¹³

Dentro de la interpretación teleológica, se advierten los siguientes lineamientos:

1. “La de darle a la norma el sentido más razonable, así frente a dos posibles interpretaciones de la misma disposición, debe prevalecer la que ofrezca el sentido más razonable.
2. La de encontrar el bien jurídico protegido en la norma. En materia penal cada delito protege un bien jurídico. (...).

¹¹³ Franco de la Cuba, Carlos Miguel. Ob. cit.

3. Tomar en consideración los valores culturales que rigen ciertos lugares y que el jurista no debe de olvidar. (...)
4. Para determinar la finalidad de la norma se deben tomar en cuenta las relaciones sociales, para cuya regulación la norma fue creada (...)
5. Otra técnica para conocer la teología de la ley es investigar lo que quiere la ley, es decir, las conductas que regulan las razones por las que la reglamento. (...)”¹¹⁴

En resumen el método teleológico su criterio rector es interpretar el fin práctico de las disposiciones de cualquier orden. Si falta disposición, se busca el criterio que mejor se adapte al caso, extrayéndolo de la observación objetiva de los hechos y de la preponderancia de las exigencias reales y de las utilidades prácticas.

2.3 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

2.3.1 El juez

En materia penal conforme al artículo 14 Constitucional, párrafo tercero establece: “(...) en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, siendo evidente que de tal precepto nace la facultad jurisdiccional del juez para poder imponer una pena, siempre y cuando la conducta por castigar se ajuste exactamente al tipo o descripción que de ella ha establecido la ley penal; de no darse esa exacta coincidencia, no podrá imponer ninguna pena por lo que el silencio, la oscuridad o insuficiencia de la ley en materia penal dará lugar a la no imposición de una sanción o el no ejercicio de la acción o en su caso aplicar el principio de *in dubio pro reo* o el principio en caso de duda hay que absolver.

Ahora bien, si con el tiempo se advierte que la sanción impuesta al delincuente no es lo esperado por la sociedad, es decir, parece más injusta que justa, -como era el caso

¹¹⁴ Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., pp. 248-251.

de la violación cuando la pena era de cinco años- le corresponderá al legislador y no al juez adaptar todas estas circunstancias a través de la reforma a la ley, en virtud, que en materia penal el juez está obligado a imponer la sanción prevista en el tipo penal y no puede ir más allá de ésta, pues, de lo contrario estaría vulnerando el principio de legalidad, por tal motivo no se le puede exigir al juez la imposición de una pena mayor.

Luego, con base en lo antepuesto para efectos de aplicar la norma al caso concreto, el juez tiene la función de interpretarla,¹¹⁵ es por ello, que a la interpretación judicial igualmente se le conoce como forense, usual o jurisprudencial y a los tribunales a través de sus órganos corresponde llevarla a cabo en la aplicación de los casos concretos.

“El juez es un representante del Estado que le otorga a un hombre o una mujer poderes excepcionales para los que se someten a él, siempre y cuando exista la competencia y demás requisitos previstos por el legislador”.¹¹⁶ En otras palabras, el juez es una persona con facultades otorgadas por el Estado, a fin de que –en este caso- en su ámbito de competencia penal aplique la norma al caso concreto, y por ende, declare el derecho.

¹¹⁵ No debemos pasar por alto que la interpretación tiene diversas clases como son: en relación a los sujetos (doctrinal, auténtica o legislativa) en cuanto a los medios empleados (gramatical, lógica, teleológica). 1. La interpretación doctrinal es la que lleva a cabo los estudios del derecho, sin embargo esta no tiene peso jurídico, la única interpretación válida en materia penal es la jurisprudencia. 2. Como se verá más adelante es la interpretación que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales. 3. La interpretación legislativa “es aquella que realiza la ley, cuando se dicta, o bien la que se realiza por la ley posterior, para explicar su propio contenido originándose así dos clases de interpretación auténtica: a’) Contextual o simultánea. b’) Posterior o ley interpretativa”. La primera es la que emana de la ley; la segunda cuando una ley posterior bien a interpretar otra posterior. La interpretación gramatical, es aquella en donde se busca el sentido de la ley mediante el sentido literal del texto. La interpretación lógica o teleológica consiste en buscar la voluntad de la ley a través de elementos jurídicos (histórico, la *ratio legis*, el sistemático y la legislación comparada) o extra-jurídicos (elementos políticos, sociológicos, ético, económico entre otros). Así mismo, la interpretación se clasifica de acuerdo con los resultados en: Declarativa, Restrictiva y Extensiva. Es declarativa cuando hay conformidad del texto de la ley con la voluntad de ésta. La interpretación extensiva se da cuando se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta en cuanto que aquel dice menos que ésta. La interpretación progresiva consiste en adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pp. 117-120.

¹¹⁶ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa 19ª edición, cuarta reimpresión, México, 2004, p. 180.

Por consiguiente, el juez al aplicar la norma penal al caso particular, la está interpretando y ésta función interpretativa en el transcurso de la historia ha sido objeto de una larga y paulatina evolución. “En una primera etapa inició en Francia a partir de la Revolución de 1788, se dan diversos factores de tipo histórico e ideológico influyen de manera determinante para que la interpretación de las leyes se considerará como una actividad inherente al órgano legislativo. Este redujo la actividad de los jueces al papel de simples aplicadores legislativos, de acuerdo con el pensamiento de Montesquieu.

Las grandes codificaciones de principio de Siglo XIX fueron un factor determinante para que finalmente se depositara en los jueces la facultad de interpretar las leyes, sin embargo esto se consideró durante mucho tiempo como una actividad excepcional, desvinculada del procedimiento de aplicación de las leyes que el juez llevaba a cabo sólo cuando éstas no fueran claras o existiera acerca de su sentido y alcance. Así mismo, ante la insuficiencia comprobada de la ley para preverlo todo, comenzó a vislumbrarse la integración como la actividad que permite al juez solucionar aquellos casos no previstos por el ordenamiento jurídico, aunque esta también se le considera como algo excepcional”.¹¹⁷

2.3.2 Función Judicial en la aplicación del Derecho.

En materia penal se afirma –como ya se dijo- la única fuente de interpretación es la ley, por tal razón el órgano jurisdiccional es el que tiene la obligación de interpretarla y aplicarla, para cumplir dicha función empleará fundamentalmente como métodos de interpretación el literal, el teleológico, la sistemática, lógica y axiológico.

“Dentro de la interpretación literal se debe considerar el aspecto contextual, lo que significa que algunos códigos penales contienen preceptos, con interpretación auténtica en los que se mencionan ciertas expresiones en el texto como son por ejemplo: servidor público y menor.

¹¹⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. Interpretación Judicial Constitucional.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/867/6pdf>.

En la interpretación de las normas penales la función del juez es solo interpretativa de subsunción,¹¹⁸ debiendo atender el contenido de la ley que es el único derecho obligatorio y el derecho penal pues, en esta materia –como ya quedó asentado en líneas anteriores- el juez no tiene facultades para crear la norma, ni puede llenar lagunas o vacíos legales.¹¹⁹

De lo anterior inferimos que la interpretación judicial como lo afirma María Concepción Gimeno Presa no es una mera interpretación de conocimiento: es siempre interpretación de decisión.¹²⁰

La aplicación judicial del Derecho consta de tres momentos vinculados o inseparables en la realidad, de manera esquemática y son los siguientes:

1.- La interpretación como acto previo e indispensable a la aplicación de cualquier precepto con el fin de determinar su sentido y alcance, esto es, la norma jurídica que encierra;

2.- La aplicación de esta última al caso concreto y;

3.- Finalmente la integración del orden jurídico mediante la creación de una norma jurídica individualizada menos general y abstracta situada en un escaño inferior.

Estos aspectos hacen de la función judicial de aplicación del Derecho una actividad dinámica y siempre creativa, además con gran contenido axiológico, es decir, de valor.

García Maynez, -citado por Carmona Tinoco- señala que para resolver un caso de la mejor manera deben satisfacerse dos exigencias: una de orden lógico y otra de orden axiológico. La primera de ellas deriva del principio de la interpretación contextual, en donde los preceptos no tienen nada por sí solo, sino se encuentran interpretados con el

¹¹⁸ Subsunción (de sub- y el lat. *Sumere, tomar*). 1. tr. Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora. 2. tr. Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general. Diccionario de la Real Academia Española. Ob. cit.

¹¹⁹ Cfr. Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p.355

¹²⁰ Cfr. Gimeno Presa, Concepción. Teoría y Doctrina de la Interpretación Jurídica en la Propuesta de Ricardo Guastini. <http://www.cervantesvirtual.com./servlet/sirveobras>.

resto de los preceptos. La exigencia axiológica, tiene como finalidad encontrar el resultado más óptimo de solución al caso concreto.

Con base en lo anterior, podemos anotar: el juez al interpretar la norma y aplicarla al caso concreto, no lo hace automáticamente, éste debe ser entendida como una decisión en torno al significado de dicha disposición, porque produce efectos jurídicos la decisión interpretativa (auto de formal prisión, de libertad, una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria). Asimismo, el juez penal al momento de su interpretación está buscando su significado dentro del contexto de las normas penales que se describen de manera abstracta en el Código Penal o en alguna ley especial, tratando de encontrar si los hechos que se le ponen a su consideración por parte del agente del misterio público, es delito o no, siendo el caso que si al encontrarse reunidos los elementos del cuerpo del delito, el juez está llevando a cabo la interpretación de la norma y la está adecuando al caso concreto; entendiéndose por ende, que dicha interpretación va a consistir en una decisión en donde el autor del delito o el ofendido pueden estar conforme o no con la misma.

Queda claro que las resoluciones emitidas por el juez sólo causa efectos jurídicos para el caso concreto, esto quiere decir, que no tienen fuerza obligatoria ni puede ser extensivo a otros casos similares, aunque en la práctica y dado el cúmulo de trabajo existente en los juzgados penales pareciere que los razonamientos interpretativos utilizados para un asunto son aplicados para otro similar.¹²¹

Ahora bien, si conforme al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su parte conducente indica, la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, es indudable que el juez es quien tiene la facultad de interpretar la ley penal y emplear cualquier método, para tomar una decisión

¹²¹ A mayor abundamiento “la labor del juez consiste básicamente en la elaboración de razonamientos que tienen un doble fin, por una parte encuadrar su decisión en el orden jurídico establecido y por la otra lograr el convencimiento de las partes y la sociedad acerca de la justicia de su decisión; esta actividad adquiere especial trascendencia cuando lo que se trata de justificar es precisamente la interpretación que se dio en un precepto.” Carmona Tinoco, Jorge Ulises. Ob. cit.

respecto de la misma. Sin embargo, su ámbito de interpretación está limitado, en razón que en este aspecto no opera como medio de integración la analogía respecto a los delitos y a las penas, por ende, debe garantizar la seguridad jurídica del inculpado a diferencia de otras ramas del Derecho, en donde le es permitido al juez crear la norma ante su ausencia, aplicándose la costumbre, los principios generales del derecho y la mayoría de razón.

Podemos concluir, que el juez es el elemento principal del orden jurídico positivo, debiéndose ceñir a lo ordenado por la ley, sin embargo ésta no opera por si sola, sino que va a tener eficacia a partir de que se empieza a interpretar. Además el órgano jurisdiccional debe interpretar la ley penal con base en razonamientos jurídicos.

2.4 LA JURISPRUDENCIA

En principio debemos dejar asentado que entendemos por jurisprudencia, así para Eduardo García Máynez, la jurisprudencia es “el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”.¹²²

Para Ignacio Burgoa, la jurisprudencia la ha definido en los siguientes términos: “La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen de un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley”.¹²³

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos brinda un concepto de jurisprudencia, diciendo: “es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley (...)”; así mismo, la Corte ha dicho que “la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar

¹²² García Máynez, Eduardo. Ob. cit., p. 68

¹²³ Burgoa, Ignacio. El juicio de amparo, Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1962, p. 728

ésta última en forma de vida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente (...). Apéndice Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, 2ª parte, salas y tesis comunes, p.1696 y p.1697.

Luego, si tomamos como base que la interpretación judicial no sólo es la que realizan los jueces, sino además, la efectuada por los magistrados y ministros del Poder Judicial de la Federación, ello no quiere decir, que con ésta se esté integrando o colmando las lagunas de la ley penal, sino más bien viene a esclarecer el contenido del precepto. Conforme a la Ley de Amparo en su artículo 217, instituye: “La jurisprudencia¹²⁴ que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para estas tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Plenos de Circuito, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal (...)”. Además, el artículo 217 en su párrafo tercero prevé: “La jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito, es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior con excepción de los plenos de circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito”.

Al mismo tiempo, el artículo 228 de la Ley de Amparo señala; “La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa.

Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta Ley, para su conformación”.

Así, podemos decir, que la jurisprudencia es: confirmatoria de la ley al ratificar lo preceptuado en la norma, supletoria porque colmando los vacíos de la ley e interpretativa

¹²⁴ La jurisprudencia tiene dos acepciones: como la ciencia del derecho y la de interpretación judicial.

en razón que explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del

Al punto, en materia penal el órgano superior puede confirmar lo preceptuado en la norma o en su caso interpretarla, no así colmar las lagunas de la ley, -como y quedó asentado en líneas anteriores- pues, en materia penal existen limitaciones jurídicas establecidas constitucionalmente y por ende, no es admisible colmar los vacíos de la ley penal, es decir, no podrá integrarla, en caso contrario se estaría creando un nuevo tipo penal, cuya actividad está reservada única y exclusivamente para el legislador, tal y como lo comprende el artículo 72, inciso f de la Carta Magna, que señala: “En la interpretación, reforma, o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.

En resumen, la jurisprudencia en materia penal, exclusivamente tiene una función interpretativa, lo que implica que no opera la integración respecto a la determinación de las conductas típicas, las penas y las medidas de seguridad, atento a lo dispuesto en el artículo catorce, párrafo tercero de la Carta Magna –como ya se dijo- atentaría contra los principios de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*) y de reserva.

El principio de legalidad en materia penal, implica que para la conducta antisocial sea punible, el hecho debe estar previsto en la ley, mientras el principio de reserva significa que el único que puede crear delitos, penas y medidas de seguridad es el poder legislativo.

EL BIEN JURÍDICO PENAL

Hoy en día el Bien Jurídico penal predica sus fundamentos bajo un estado de derecho social y democrático, que por su naturaleza permite una revisión constante de los Bienes Jurídicos, de ahí que se han venido creando nuevos tipos penales como: turismo sexual, explotación de menores o personas con discapacidad física o mental, tortura, electorales, ecológicos, entre otros. En esta línea de categoría del Bien Jurídico pasa a señalar un límite y garantía dentro del Derecho Penal. No debe olvidarse, los Bienes Jurídicos expresan condiciones necesarias de realización del ser humanos, esto es, valores que la sociedad ha asumido como valiosos para su sistema de convivencia: vida, honor, intimidad personal, libertad, patrimonio, etcétera, los cuales son protegidos a través de la norma.

El Bien Jurídico no es creado propiamente por el Derecho; el Bien Jurídico nace de una necesidad de protección a ciertos y cambiantes intereses inherentes a las personas, ya sean públicas o privadas, físicas o morales, como tales esta protección se toma en cuenta por el legislador a regularlas inicialmente en la Constitución, de la cual existirán bienes cuya protección será cumplida por otras armas del Derecho, es decir, no todos los Bienes Jurídicos en la Constitución tienen una protección penal, existen Bienes Jurídicos de tutela civil, laboral, administrativa, fiscal, entre otros.

Aquellos Bienes Jurídicos cuya tutela solo y únicamente pueden ser los denominados Bienes Jurídicos penales, es decir, los contenidos en la ley penal federal o local y leyes especiales.

Para determinar cuáles son los Bienes Jurídicos merecedores de protección penal, siempre se tomará en cuenta el principio de tener al Derecho Penal como *Ultima Ratio* o última opción para la protección de un Bien Jurídico, en razón que el legislador para crear la norma penal, tienen presente aquellas conductas antisociales que afectan considerablemente los intereses de la sociedad y dependiendo de la relevancia de estas el legislador las tomará en cuenta para proteger los Bienes Jurídicos de mayor valor social.

Como se observará en el transcurso de esta investigación solo las conductas antisociales que atentan contra la convivencia social, son las que el legislador va a tomar en consideración para elaborarlos a categoría de delitos. De ahí la importancia del sujeto pasivo del delito, por ser este a quien se le vulnera el Bien Jurídico protegido por el Derecho Penal.

3.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO DERECHO SUBJETIVO

3.1.1 La Ilustración

El periodo de la Ilustración data del 1532 hasta el siglo XIV, se presenta una arbitraria interpretación del término maldad mezclándose una serie de hechos punibles sin estar debidamente definidos ni precisados, aplicándose una pena corporal, siendo determinante la voluntad del juez para que definiese el delito.

Así, el periodo de la Ilustración se caracterizó por resaltar la situación jurídica arbitraria e intolerable en todas las ramas del derecho y especialmente en el Derecho Penal, valiéndose de la tortura, las penas crueles y especialmente la pena de muerte y muestra de ello fue la obra de Montesquie “El Espíritu de las Leyes” y la obra de César Bonnesana Marqués de Beccaria “De los Delitos y de las Penas”. Se observa que el Estado y la autoridad jurisdiccional están bajo la disposición de la voluntad divina, siendo este el legislador. El delito no tenía significado jurídico alguno y solamente vulnera las disposiciones que atentan contra la divinidad.

Con las ideas de la Ilustración orientadas principalmente por Locke, Hume, Rousseau y Kant, se sentaron las bases para que la sociedad organizada por el Estado dieran un cambio en el Derecho Penal. Si el estado garantiza y protege de acuerdo con la idea del Contrato Social la libertad mutua de todos, cada hombre tiene castigo por naturaleza propia, un derecho innato en la sociedad, pudiéndose fundar n dicha sociedad otros derechos individuales. De acuerdo con esto, la teoría del Contrato Social sostuvo:

“a) Por un lado, el reconocimiento de un determinado objeto de protección, consiste en la seguridad de los individuos; pero al mismo tiempo de estos se exigía el nivel de respetar el círculo de vida. Es así como se crean las condiciones fácticas de la organización social.

b) La segunda función del Estado era el tipo normativo consistente en permitir una declaración sobre el fin del Estado: los hombres renunciaban a su estado natural para poder vivir juntos en paz. El Estado debe retener (apartar) a algunos ciudadanos de acuerdo con el pacto social: aquellos que lesionen el orden social. El medio para cumplir esta misión es el uso de la pena estatal que viene a lesionar los derechos de los miembros de la sociedad”.¹²⁵ Los límites de la teoría de la legislación de los derechos se caracterizaron por la función de intervención Estatal. El Estado no tenía derecho alguno a castigar con la pena si el hecho no tenía características esenciales de dañosidad social.

No obstante lo anterior, la Ilustración no precisó cómo debían crear y proteger los derechos individuales y sociales, pues, para ello era necesario especificar lo que socialmente era dañoso u debía considerarse su importancia de acuerdo con la organización de la sociedad. Con su concepto de dañosidad social, no llegó a apreciarse en qué consistía esta, dado que muchos supuestos quedaron sin fundamento y sin que se pudiera acreditar que una acción hubiese sido dañosa.

3.1.2 La teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach

“El antecedente más importante de la formulación del concepto de bien jurídico se encuentra en la obra de Feuerbach, para quien el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado”.¹²⁶

Sostuvo que atendiendo al fin del Estado, este no podía intervenir penalmente sino cuando existiera un delito que lesionara algún derecho de los ciudadanos, por lo que solo era permitido sancionar aquellas acciones que previamente estuviesen amenazadas con pena. Fue con base en las ideas de las obligaciones y de los derechos de los ciudadanos que la sociedad pudo decir: “(...) *cada pena jurídica es la consecuencia jurídica por*

¹²⁵ González-Salas Campos, Raúl. La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Péreznieto Editores, México, 1995, p.3.

¹²⁶ Castro Cuenca, Guillermo Carlos. Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. Universidad de Salamanca, <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1197/2875>; Al bien jurídico también se le conoce como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, objeto de protección. Zamora Jiménez, Arturo. Bien Jurídico y con sentimiento en el Derecho Penal. <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos/bien%20juridicopdf>

*necesidad de conservar los derechos fundados, lo que se aplica cuando se lesionan los derechos amenazados en las leyes”.*¹²⁷

A partir de esta definición de las personas jurídicas, se considero como núcleo a cada delito la lesión de los derechos subjetivos de los miembros de la sociedad los objetos de los delitos debían ser únicamente derechos subjetivos, de tal manera que, si no se lesionaba ningún derecho subjetivo, entonces no se daba delito alguno. Con esta idea se pretendía, por un lado, proteger a los individuos en contra de las arbitrariedades del Estado y por el otro acabar con la oscuridad en la delimitación de la responsabilidad jurídico-penal.¹²⁸

Sin embargo, esta teoría presenta imperfección, pues, los hechos que no lesionaban derechos subjetivos no podían ser sancionados. Para subsanar dicho error, se crearon las llamadas infracciones de policía en donde si bien no se lesionan derechos subjetivos, si se pueden poner en peligro el orden y la seguridad.

3.1.3 Teoría de los derechos subjetivos de Birnbaum.

Birnbaum, consideró que los delitos morales y religiosos quedaran protegidos a través del Derecho Penal; y por ello empleó el término “*Bien*” por ser un concepto más amplio que el “Derecho”. Y refiriéndonos al tratamiento de la política criminal considero que solo se debían sancionar los delitos religiosos o morales cuando se atentará contra la libertad. Clasificó los delitos en dos grupos: delitos de lesión social y delitos de lesión natural, mostrando interés en la protección de los delitos religiosos, al que definió “*Bien Común*” y de la moral argumentando que eran dignos de ser protegidos, por considerar que son bienes del pueblo. Sin embargo no definió que debía de entenderse por Bien como objeto de lesión. Por lo que por Bien podía entenderse cosas corporales como la vida y el cuerpo humano e incorporeales como el honor o la libertad y en realidad el término *Bien Jurídico* nunca lo empleó sino que toda su fórmula la hizo a partir del termino *Bien* siendo para él estos dos términos equivalentes.¹²⁹

¹²⁷ González-Salas Campos. Ob. cit., p.5. Es de todos conocida su famosa expresión “Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege” y dio lugar al principio de legalidad.

¹²⁸ Cfr. Ibidem., P.6

¹²⁹ Cfr. González-Salas Campos Raúl. Ob. cit., pp. 7-9.

La concepción de Birnbaum se caracteriza por otorgarle un carácter limitador al poder Estatal, pues, establece que bienes jurídicos están más allá del derecho no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos.

3.1.4 Teoría del Bien Jurídico de Binding

Esta Teoría consistió en que el Estado impone órdenes con base en su poder y por tanto, el delito es: *“la contravención de las normas imperativas estatales”*¹³⁰, esto quiere decir que el Estado crea los delitos y las penas y el individuo no las infringe sino solamente se adecua a ellas.

Para Binding el objeto del delito, es el derecho subjetivo el Estado y este era el que quedaba formalmente lesionado, de esto se deriva el aspecto material de la lesión en el delito consistente en la lesión del Bien Jurídico. Así, el aspecto material del Bien Jurídico es el fin de la norma, en razón que, la misión de las normas era garantizar las condiciones de paz y la sana vida jurídica. Por lo tanto debía darse la lesión del Bien para que pudiera hablar de delito en la concepción material-formal, es decir, como la oposición al derecho subjetivo del Estado y la lesión del Bien Jurídico.

El Bien Jurídico para Binding era entonces: *“todo lo que ante los ojos del legislador tiene significación para la vida sana en común”*¹³¹, es decir, es el legislador el que al crear la norma solo va a reconocer aquellos hechos que tienen intereses para el mantenimiento del orden social.

Posteriormente, de nueva cuenta define al Bien Jurídico diciendo *“Bien Jurídico es todo aquello, en cuyo mantenimiento inalterable y tranquilo desde el punto de vista del Derecho positivo tiene un interés”*¹³², admitiendo que dicho concepto es un juicio de valor reconocido por el legislador, implicando que el Bien Jurídico, a fin de darle valor debe de estar contemplado en el orden jurídico, lo cual va a garantizar la conservación y tranquilidad del orden social¹³³.

¹³⁰ Ibidem, p. 19

¹³¹ Idem

¹³² Ibidem, p. 20

¹³³ Binding diferencia entre delitos materiales, de las infracciones formales de la norma. Junto a los delitos de lesión formulados por él. “en la escala de las desobediencias de la lesión de un bien y de los delitos de peligro”, señaló Binding una tercera categoría -o grupo-, que son los delitos “formales”. Este grupo de delitos corresponde aquellas infracciones de policía que aunque no lesionan ningún Bien jurídico quedan

El problema de su Teoría de Binding, que sea de un carácter tumultuario, no se puede precisar el Bien Jurídico que se pretende proteger, además que de un modo distinto señala como Bienes Jurídicos el mismo objeto de protección para unos tipos que para otros, pues, no es suficientemente claro para diferenciar y comprender dicho sentido, así en algunos delitos el objeto de protección es la cosa y en otros, es el objeto o propiedad.¹³⁴

En resumen, para la vulneración del Bien Jurídico, es necesario, la existencia de ley, pues, solo la ley es la encargada de determinar que bienes jurídicos deben protegerse en el campo penal, ya que –como ya lo expresamos- otros tipos de bienes o valores en estricto derecho no tienen relevancia.

3.1.5 Teoría del Bien Jurídico de Liszt

“En el positivismo naturalista de Liszt se identifica al Bien Jurídico “el interés jurídicamente protegido”, que a su vez, corresponde a intereses vitales del individuo o de la comunidad, por lo cual se reconoce la existencia e importancia de los bienes jurídicos individuales y de los colectivos como condiciones de existencia social”.¹³⁵

Von Liszt, manifiesta, bajo una concepción material del Bien Jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en Bien Jurídico hasta que no es protegido por el Derecho. Por lo que un Bien Jurídico no es un bien del derecho como Binding supone, sino *un bien de los hombre, reconocido y protegido por el derecho (...)* El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a Bien Jurídico. Diciendo expresamente “Nosotros llamamos Bienes Jurídicos a *los intereses protegidos por el derecho. Todos los Bienes Jurídicos son de intereses vitales*

igualmente paralizadas cuando contravienen las normas. A éstos los definió como delitos formales ya que no requieren más que la desobediencia de la norma. Agregando además que los delitos no eran solamente la desobediencia de la norma sino además la puesta en peligro del Bien Jurídico. Por otra parte señaló que los derechos subjetivos podían ser lesionados por un delito. El ataque alcanza en verdad suposiciones, objetos, sujetos o la voluntad. E indica como ejemplo el impedimento real del uso de derechos subjetivos y análogamente sus consecuencias, sin que el derecho desaparezca en sí mismo. Ejemplos de ellos, decía son el impedimento para ejercitar el derecho al voto; o en el robo, la sustracción de la cosa. En ambos el derecho permanece intacto, pero se impide la ejecución del ejercicio de las acciones. Este ejercicio es el Bien Jurídico.

¹³⁴ Cfr. González-Salas Campos Raúl. Ob. cit., pp.21-22.

¹³⁵ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Ob. cit.

del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a Bienes Jurídicos”.¹³⁶

De ahí que se diga que los Bienes Jurídicos no son bienes del Derecho sino de los hombres; son condiciones de vida y el interés es el valor que entra o no entra en una determinada transformación en cuestión (...) el Bien se diferencia de aquel interés por cuanto hace a la transformación (al cambio) del valor (...) todo Derecho es la voluntad humana, y todo derecho protege los intereses de la vida humana. La Existencia Humana es también un Bien Jurídico, que en diferente configuración produce la graduación de los Bienes Jurídicos. Así mismo, para Liszt el concepto material del Bien Jurídico lo identifica con la relación a la vida diciendo que “Este contenido material antisocial del injusto, es independiente de la directa apreciación del Legislador. La norma jurídica la encuentra, pero no la crea”.¹³⁷

“La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos, Liszt sitúa al Bien Jurídico más allá del ordenamiento jurídico: no estableció el contenido del Bien Jurídico ni como condición de vida ni como interés jurídicamente protegido, dejó sin precisar los supuestos de necesidad de protección, [[(...) no pasó por ello, de construir un programa sin desarrollar]]”⁽³⁴⁾

No debe olvidarse que la posición del Liszt obedece a su concepción que el Derecho Penal es una ciencia penal integral (Gesamete Strafrechtswissenschaft), la cual se vinculaba a la realidad social y no se determinaba por el estudio puro de las normas”.¹³⁸

En síntesis par Von Liszt, y bajo una concepción material del Bien Jurídico su origen reside en el interés de la vida, un interés del individuo de la comunidad del que el Derecho protege y eleva a la categoría de Bien Jurídico, esto es, [[bien de los hombres]]. El interés social no se convierte en Bien Jurídico hasta que no es protegido por el Derecho.

¹³⁶ González-Salas Campos Raúl. Ob. cit., p.25

¹³⁷ Ibidem, pp.22-30-

¹³⁸ Cfr. Urquiza Olaechea, José. El Bien Jurídico.

http://sisbib.unmsm.edu.pe/Bibvirtual/publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm

3.1.6 Teoría del Bien Jurídico de Welzel

Hans Welzel, padre de la teoría finalista, “reelabora el concepto del bien Jurídico y lo entiende como *todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones*”.¹³⁹ Puede aparecer de las más diversas formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (la vida, el honor), como estado real (tranquilidad del hogar), como relación vital (matrimonio, parentesco), relación jurídica (propiedad, derecho de caza), o aún como conducta de un tercero (deber de fidelidad del empleo público, Bien Jurídico protegido el soborno).¹⁴⁰

La idea de considerar al delito como lesión de un Bien Jurídico se centra en derivar de esta afirmación que el derecho penal solo puede proteger Bienes Jurídicos y por consiguiente, todo delito tiene que ser expresión de una lesión, (o de una puesta en peligro de un Bien Jurídico) porque, no es concebible un delito sino lesiona un Bien Jurídico.

3.1.7 Teoría del Bien Jurídico de Günther Jakobs

Interpretando a esta teoría, Jakobs¹⁴¹ señala: “que la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un Bien Jurídico (...) por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques.

Además afirma, el Derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el Derecho es la estructura de la relación entre personas por lo tanto, el Derecho Penal como protección de Bienes Jurídicos significa que una persona, representada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona.

Así se entiende que el Derecho Penal garantiza la posibilidad de que no se causen agresiones a los bienes. Un ejemplo sería el de la propiedad la cual no debe ser lesionada, pero el titular del bien puede permitir su destrucción, y si el bien está en peligro no significa que otros deban mandar al titular a salvarlo. Entonces razona Jakobs que

¹³⁹ Welzel, Hans, citador por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Lecciones de Derecho Penal Parte General (Perú) <http://www.monografias.com/trabajos40/derecho-penal-peru-derecho/penal-peru2.shtml>

¹⁴⁰ Villavicencio Terreros. Felipe, citado por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Ob. cit.

¹⁴¹ El Bien Jurídico para Jakobs publicado por Joamoon Septiembre 9, 2007 <http://lawiuris.wordpress.com/2007/09/09/el-bien-juridico-para-jakobs/>

desde este punto de vista el bien no ha de representarse como un objeto físico, sino como norma, como expectativa garantizada. Porque así se representa el derecho en cuanto a la estructura de la relación entre personas y no puede representarse como un objeto físico. La consigna será el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de Bienes Jurídicos.

A la sazón, el Bien Jurídico penal para el sistema funcionalista *es la validez fáctica de la norma, residiendo en la garantía de que la expectativa del funcionamiento de la vida social, en su configuración establecida y exigida legalmente, no admite condicionamiento*. Lo importante en el pensamiento funcionalista sistémico no son lo Bienes Jurídicos sino el sistema, y lo trascendente no es el Bien Jurídico sino la desconsideración con el sistema, la falta de respeto: las personas no importan, lo que importa es el sistema.

3.1.8 Bien Jurídico y Constitución

Las teorías jurídico-constitucionales del Bien Jurídico apoyadas por el Profesor González Rus, y por el Profesor Rudolphi, tratan de formular criterios capaces de imponerse de manera necesaria al legislador ordinario, limitándolo a la hora de crear el ilícito penal. La búsqueda acabará pronto porque realmente no hay mucho de donde escoger; si se persigue una finalidad vinculatoria, es claro que solo puede servir una fuente jurídica que sea jerárquicamente superior y se imponga por su propia naturaleza; tal fuente no podía ser otra que la norma constitucional. La utilización de la misma, sin embargo, puede hacerse de diversas maneras, lo que aconseja distinguir entre las que lo hacen en un sentido genérico, a modo demarco de referencia, y las que, en cambio, se concentran en disposiciones concretas del texto constitucional.¹⁴²

En la actualidad la discusión del concepto del Bien Jurídico se encuentra fuertemente vinculada al ámbito de la política criminal, lo que implica que la doctrina se encuentra sectorizada en cuanto al criterio de selección del origen del Bien Jurídico, para un sector es la norma constitucional lo que debe actuar como ente formalizador de los Bienes Jurídicos, y para otros es imprescindible acudir a planteamientos sociológicos.

¹⁴² Cfr. González-Salas Campos Raúl. Ob. cit., p.35

3.1.9 Teoría Constitucional Amplia

La teoría constitucional amplia “considera a la constitución como un modelo de referencias para precisar las funciones protectoras y garantizadoras de los jurídicos pero que no los agota en su formulación”.¹⁴³

Considera que el concepto de Bien Jurídico se debe deducir de las prescripciones jurídicas positivas previas a la legislación penal pero obligatoria para esta, no puede apelarse a las leyes de derecho natural, sólo aquellas contenidas en la constitución. Aquí se equipara la realidad social con la realidad constitucional, lo que resultaría en un plano normativo pero jamás en un plan no fáctico, cayendo en el absurdo de considerar la constitución como un reflejo ágil de las cambiantes necesidades de una sociedad.¹⁴⁴

3.1.10 Teoría Constitucional Estricta

Esta teoría afirma “que la constitución consagra el sí misma el modelo de criminalización y descriminalización de una determinada sociedad”.¹⁴⁵

Considera la posibilidad de la formula de un Bien Jurídico con dos aspectos, una sustancial y otra constitucional. Es decir, para González Rus, el Bien Jurídico penal constituye (en cuanto coincida con los valores constitucionales) los valores y fundamentos de la sociedad.¹⁴⁶

Es decir, la constitución establece los márgenes perfectamente reconocibles de los bienes objeto de tutela penal, ellos significa una identificación directa entre Bien Jurídico y valor constitucional.

Lo anterior se identifica con el sistema democrático, la creación de una norma penal o la ley se lleva a cabo por el procedimiento que la constitución establece por el ejercicio del poder legislativo. Formalmente el legislador el que crea la norma, la regla abstracta, la cual debe entenderse inspirada en la necesidad de proteger Bienes Jurídicos en beneficio de la sociedad o del individuo.

¹⁴³ Pierre Matus, Jean A. Sobre la necesidad Constitucional de la existencia de un Bien Jurídico a proteger por los tipos penales, Revista Universum, año 11-1996, p.124.

<http://universum.otalca.cl/contenido/index-96/matus.html>

¹⁴⁴ Cfr. Ibidem, pp.37-41

¹⁴⁵ Pierre Matus, Jean A. Ob. cit., p.124

¹⁴⁶ Cfr. El bien jurídico y la nueva criminalidad. La criminalidad informática o computacional.

<http://www.monografias.com/trabajos23/bien-juridico/bien.juridico.shtml>

3.2 PRINCIPIO DEL BIEN JURÍDICO

3.2.1 Límite al ius puniendi

Con base en el *ius puniendi*, el Estado, se permite calificar ciertos hechos como delitos y de ser cometidos los sanciona con su instrumento fundamental, la pena o medida de seguridad, sin embargo, el Estado no puede abusar de ese derecho y precisamente en este momento que nacen los límites del *ius puniendi*, esto es, para delimitar y restringir su facultad, señalándole el camino a fin de no extralimitarse con su intervención punitiva.

“La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Cuando se habla de Bien Jurídico, tiene la función de limitar previamente el *ius puniendi*, se pretende limitar el uso de la pena. Con esta idea se pretende encontrar los límites materiales del poder sancionador.

Los límites de ius puniendi se pueden traducir en principios generales del Derecho Penal y en normas rectoras.

“Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respecto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”.¹⁴⁷

3.2.2 Principios Generales del Derecho Penal

Los principios generales del Derecho Penal, son proposiciones universales, tratados por la doctrina penal; no están contenidos concretamente en la ley penal y, por ello, es que el órgano jurisdiccional no está obligado a acatarlos. Pero, no impide que el juez pueda apelar a ellas, sin que inteligentemente les pueda dar uso para un caso concreto, sin tener que salirse del marco de legalidad.

Los principios generales del Derecho Penal, son del mismo modo conocidos como principios rectores. “En efecto, los principios rectores son formulas abstractas, generales e inductivas que sirven de sustento o apoyatura a la más variada legislación positiva. No

¹⁴⁷ Mir Puig citado por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Ob. cit.

Obstante su elevada importancia, tales principios no obligan al juez ni tampoco al intérprete, porque estos principios no llegan a solidificarse en normas jurídicas”.¹⁴⁸

3.2.3 El principio de la utilidad de la intervención penal

La intervención penal en todo Estado de Derecho sólo se legitima en tanto proteja a la sociedad y a sus miembros. Por lo tanto pierde su legitimidad si su intervención se demuestra inútil por ser incapaz para combatir a los delitos.

La tesis utilitarista, llamada también utilitarismo penal de Ferrajoli,¹⁴⁹ consiste en una primera versión en compartir el fin con la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados, se relaciona así el fin con los intereses de seguridad social, diferentes de aquellos que pertenecen a los sujetos a quienes les es aplicada la pena y hace entonces imposible la comparación entre costos y beneficios. En este sentido se observa que no hay la posibilidad de exigir límites ni intervención unitiva del Estado, ya que las penas se convierten en más severas y los delitos se incrementan atendiendo que lo protegido es la sociedad.

Segunda versión, se le atribuye a la pena un fin de prevención de los delitos futuros, protegiendo a la mayoría no desviada, y no el de la prevención de los castigos arbitrarios y excesivos tutelando la minoría de los desviados y de todos aquellos considerados en esta categoría, por tanto la pena se adapta a las necesidades que se vayan presentando.

Por lo que el principio de utilidad tiene como meta actualizar las determinaciones del merecimiento de pena del Derecho Penal y verificar si son realizables en las actuales condiciones reales de la administración de la justicia penal.

En consecuencia, el Derecho Penal es un Estado social que se legitima sólo en cuánto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil por ser incapaz de servir para evitar delitos el principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad.

¹⁴⁸ Peña Cabrera, Raúl citado por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Ob. cit.
¹⁴⁹ Cfr. González-Salas Campos, Raúl. Ob. cit., pp.75-77

3.3 SOBRE EL CARÁCTER FRAGMENTARIO, SUSIDIARIO Y DE LA ÚLTIMA RATIO

3.3.1 Consideraciones sobre el Bien Jurídico atendiendo al principio de mínima intervención.

“El concepto de Bien Jurídico según Hans Joachim Hirsch tiene que agradecer su origen a la aspiración de establecer límites al Derecho Penal. Tien una vida aparejada a los esfuerzos para desarrollar un concepto material de delito. Para J.M. Birnbaum, el creador alemán de la teoría del Bien Jurídico al tratar al delito como lesión, entonces ese concepto se debe extraer naturalmente no de un derecho sino de un bien.

No obstante es múltiple la cantidad de conceptos que se ofrecen. Podemos mencionar por los intereses que resulta el hecho de que también se le reconoce como valor o interés penalmente protegido”.¹⁵⁰

“ (...) El Derecho Penal por sí solo no puede combatir con éxito las causas del delito y lograr su total erradicación. La sociología por ejemplo le brinda argumentos y técnicas de solución, métodos eficaces para un combate complejo. (...) más precisamente, la sociología investiga en general las causas, las condiciones sociales, los factores de grupo de la desviación de las normas y entre ellos, de las normas de derecho y particularmente de los referentes al Derecho Penal”.¹⁵¹

Necesariamente ha de existir el Derecho Penal, pero no debemos de tenerlo siempre a mano para la primera trasgresión del orden establecido por las leyes. El Derecho Penal debe y tiene que ser la última de las respuestas, no debemos olvidar que afecta bienes tan sagrados como la libertad, la vid, el medio ambiente, el patrimonio entre otros. Ya no estamos en los tiempos en que como decía Binding el estado podía decir a su arbitrio lo que quería punir y cómo lo quería hacer.

“Frente a estas actitudes gubernativas y jurídicas se abren paso en la doctrina jurídica internacional diversas corrientes de pensamiento que tienden sobre todas las cosas a colocar en el centro de la represión penal a aquellas conductas que entrañan un mayor peligro para la sociedad. El Derecho Penal mínimo es una de estas tendencias modernas.

¹⁵⁰ Leyva Estupiña, Manuel y Lugo Ortega, Larisbel. El Derecho Penal Mínimo y el Bien Jurídico Protegido. www.monografias.com/trabajos37/derecho.

¹⁵¹ Idem.

“Ahora bien, la aplicación en su mínima expresión del Derecho Penal lleva a plantearse en primer lugar cuales conductas van a reprimirse y qué criterios se han de tener en cuenta para hacer una selección de tal magnitud.

“Las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

“La figura del Bien Jurídico se laza como elemento principal a tener en cuenta a la hora de aplicar o no el Derecho Penal. Pero aparejado a esto hay que entrar a valorar cual bien hemos de considerar como Bien Jurídico, y dentro de esto valorar cuales merecen la tutela penal.

“Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes del Derecho Penal actual no sólo es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente ni se postulan para la resolución de los conflictos legados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito de control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del Derecho Penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y al igualdad de armas entre las partes neutralizadoras de sus diferencias sociales y económicas”.¹⁵² “(...) la intervención del Estado sólo es posible y necesaria cuando se trata de la protección de Bienes Jurídicos.

El Bien Jurídico¹⁵³ para algunos ha de verse en dos aspectos: en el sentido político criminal: (de *lege ferenda*) Aquello que merece ser protegido por el Derecho Penal. En el sentido dogmático: (de *lege data*) De objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate”.¹⁵⁴

¹⁵² Leyva Estupiña, Manuel y Lugo Ortega, Larisbel. Ob. cit.

¹⁵³ Idem

¹⁵⁴ Reátegui Sánchez, Jaimes. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales. <http://www.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm>; En el pensamiento penal, se han tejido diferentes concepciones desde el prisma individualista o suprapersonal, destacándose las teorías monistas y teorías dualistas. Como apunta Mata y Martí la teoría dualista establecen que los bienes jurídicos pueden

Luigi Ferrajoli parte de un análisis sobre lo que merece tutela penal, en sus distintas etapas partiendo de Feuerbach y Humboldt, de Bentham y Condorcet, a Filangieri, Romagnosi, Pagano y Carmignani pa quienes debía de ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona.

Aquí se recogen derechos clasificados constitucionalmente como de primera generación entre los que podemos mencionar el derecho a la vida, derecho a no ser sometido a la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, derecho a no ser encarcelado por deudas, etcétera.¹⁵⁵ Birnbaum le da un giro a estas consideraciones al sostener que debían de ser bienes tutelados por el Estado. Los idealistas objetivos con su máxima figura, Guillermo Federico Hegel quien abstrayéndose de lo que es justo en su existencia al “derecho en sí”, de la parte lesionada *al universal lesionada*.

Ihering y Binding analizan al Bien Jurídico, sobre la base de lo que “pueda servir al interés del Estado” o lo que “tiene valor a los ojos del legislador”. Estas ideas llevan a considerar un papel exclusivo para el estado o sus órganos, que lleva necesariamente a pensar que cada Estado es el que determina el bien a tutelar.

ser de naturaleza individual o bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común. Para la teoría monista, la figura central es concebir al bien jurídico desde una sola perspectiva, bien en sentido estatista o bien desde el punto de vista de los intereses de la persona singular. Si se toma como punto de referencia el Estado, cualquier interés (los más personales), se considera una nueva atribución jurídica derivada de las funciones del Estado. Si se parte de la “teoría monista-personalista” la persona y su libre desarrollo, se convierte en el punto de referencia al que deben orientarse todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. En este orden de ideas, los bienes jurídicos colectivos o universales se convierten en simples medios o vehículos al servicio del desarrollo personal del hombre, que son los únicos realmente protegibles.

¹⁵⁵ Los derechos de Segunda Generación o Derechos Económicos, sociales y culturales tiene como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos, siendo estos derechos: el derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la seguridad social, derecho a la alimentación, vivienda y vestido y derecho a participar de la vida cultural de la comunidad; Los derechos de Tercera Generación también conocidos como derechos de Solidaridad o de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. Siendo dichos derechos: derechos de los pueblos de existir como tales, derecho a disponer de sus recursos, derecho a la paz derecho a la información y a la comunicación, derecho a un ambiente sano y equilibrado y derecho al desarrollo que permita una vida digna. Mientras los derechos de la Cuarta Generación, se sustentan en la necesidad de asegurar a todos los individuos al acceso a las tecnologías de información y comunicación, fomentar el flujo e intercambio de la información.

“(…) el Bien Jurídico es el criterio central para determinar el merecimiento de pena que, para salvaguardar, de algún modo de derechos de las distintas partes que intervienen en un conflicto penal.

Es más difícil el problema de determinar “cuáles deben ser” los tipos de bienes cuya tutela justifica la prohibición, como delitos, de los comportamientos que los ofenden. Aquí el principio de utilidad, que responde al problema de si debe existir cierto bien como objeto de tutela de las prohibiciones penales, no ayuda en nada, en efecto, el problema es precisamente el de los criterios de utilidad con base en los cuales reconocer un bien como merecedor de tutela penal.

Podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más bajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de Bienes Jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos”.¹⁵⁶

3.3.2 Principio de intervención mínima y carácter fragmentario de Derecho Penal.

El Derecho Penal en su acepción tradicional se identifica como una forma de control social formal de reacción, acaso el más violento de los métodos utilizados para la consecución de sus fines.

Hablar de Derecho Penal Mínimo, es llevar al campo de aplicación del Derecho Penal el mínimo de conductas transgresoras. En la evolución del *ius puniendi* podemos apreciar que no ha sido lineal, pacífica y que por demás no apunta a límites concretos. Hay quienes afirman que el Derecho Penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional construido sobre bases positivistas.

Si bien es cierto, el Derecho Penal debe tener una intervención eficiente, esto no implica abusar de tal derecho, sino que esto se complementa con la intervención mínima. “Entra en juego así el <principio de subsidiaridad> según el cual el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otro menos lesivo. El llamado <carácter fragmentario del Derecho Penal> constituye una exigencia relacionada con la

¹⁵⁶ Leyva Estupiña, Manuel y Lugo Ortega, Larisbel. Ob. cit.

anterior. Ambos postulados integran el llamado <principio de intervención mínima>. Agrega Raúl González-Salas, “La fundamentación de los principios o caracteres del Derecho Penal fragmentario, del subsidiario, y de ultima *ratio*, se realiza a partir de la necesidad de protección de los Bienes Jurídicos penales, pues, si no existe la necesidad de protección de los Bienes Jurídicos penales, sea por la arazón que fuere, estos principios no tendrían sustentación alguna ni razón de ser aplicados”.¹⁵⁷

Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* de la política social del Estado para la protección de los Bienes Jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito).

Atendiendo al principio de subsidiariedad el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, teniendo su fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 4º del Código Penal para el Distrito Federal.

En consecuencia, el principio de subsidiariedad y de carácter fragmentarios, ambos integran el principio de intervención mínima, lo que implica que el Derecho Penal no solo debe proteger Bienes Jurídico, ni que todo Bien Jurídico hay de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelado deba determinar la intervención del Derecho Penal.

En tal virtud podemos decir de éstos dos subprincipios lo siguiente:

1) El del carácter fragmentario del Derecho Penal, que constriñe este a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y ;

2) El de subsidiariedad, que entienda el Derecho Penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, y otros subsistemas de control social jurídico.

¹⁵⁷ Cfr. González-Salas Campos, Raúl. Ob. cit., pp. 103-105

En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria).

Cuando se afirma que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario, se quiere indicar que este solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten a las reglas mínimas de la convivencia social (esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, además, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma especialmente graves.

Cuando se afirma que el Derecho Penal es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención del delito a través de la pena) sólo es lícita en aquellos supuestos en los que el estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación (...) ¹⁵⁸

En resumen, atendiendo al principio de mínima intervención, el Derecho Penal protege únicamente los Bienes Jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión.¹⁵⁹ Esto es, el Estado va a reconocer en la ley penal aquellas conductas antisociales de mayor gravedad y las leyes las conocerá una autoridad distinta a la judicial, esto es una autoridad administrativa, por ejemplo los oficiales o jueces conciliadores o calificadores.

En el carácter fragmentario del Derecho Penal “(protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las conductas mas lesivas a los mismos), aparece en una triple forma:

- 1) defendiendo al Bien Jurídico solo contra ataques de especial gravedad.
- 2) tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento Jurídico se considera antijurídico,

¹⁵⁸ Leyva Estupiña, Manuel, y Lugo Ortega, Larisbel. Ob. cit.

¹⁵⁹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco citado por Uriza Razo, Rubén Principios del Derecho Penal. Derecho Penal I, ITAM. http://dereho.itam.mx/facultad/materiales/prof%20asig/Uriza%20openal%20I_Toc9624324

3) dejando sin castigo las acciones de naturaleza puramente civil”.¹⁶⁰

El principio de Mínima Intervención –como ya se dijo- se encuentra plasmado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala “(...) Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”, así como en el artículo 4º Código Penal para el Distrito Federal, que respectivamente en su parte conducen señala: “(Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad). 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”.

Con relación al principio de subsidiariedad, el Derecho Penal tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás ramas del derecho, es decir, cuando la protección otorgada por las demás ramas del Derecho no satisface en su totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal, -como ya se dijo- tiene su fundamento en el artículo 17 Constitucional y 4º del Código Penal para el Distrito Federal.

En este sentido, “deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales (nulidad, pago de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias) solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimada la intervención del derecho Penal”.¹⁶¹

Al respecto, la doctrina establece que el Bien Jurídica en el Derecho Penal debe ser:

- 1) necesitado de protección,
- 2) capaz de protección y
- 3) merecedor de protección.¹⁶²

¹⁶⁰ Idem

¹⁶¹ Idem

¹⁶² Idem

Por lo que si el Derecho Penal no cumple a cabalidad con lo anterior, no está cumpliendo con su misión: la protección de Bienes Jurídicos. Bienes Jurídicos que no pueden ser protegidos de otra forma, más que a través del Derecho Penal, traducida a través de una sanción o medida de seguridad.

3.4 EL SUJETO PASIVO DEL DELITO COMO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

3.4.1 Concepto del sujeto pasivo, víctima y ofendido.

El sujeto pasivo del delito al igual que al Bien Jurídico, se ubican como presupuestos de la tipicidad y como elementos del tipo.¹⁶³ “En el terreno abstracto general podemos hablar desde determinados presupuestos del delito y en el campo concreto, esos mismos temas los vamos a considerar en el estudio de la tipicidad o de la culpabilidad según sea el caso”.¹⁶⁴

En principio podemos decir, el sujeto pasivo del delito es el titular del Bien Jurídico, la persona o entidad a cual le pertenece un Bien Jurídico, que se va a lesionar con un delito. Carrara lo define “como el hombre o la cosa sobre que recae los actos materiales del culpable”.

Para Cuello Calón es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito”.¹⁶⁵

Mientras, Raúl González-Salas, “es el titular del Bien Jurídico el interés jurídicamente protegido. El sujeto pasivo de los delitos puede ser otra persona distinta, como es el caso del delito de robo. La persona en quien recae la acción de una infracción puede ser también el titular del Bien Jurídico o el sujeto pasivo, pero puede ser una persona distinta, como sucede en los delitos de fraude cometidos en perjuicio de una persona moral”.¹⁶⁶

¹⁶³ También dentro de los presupuestos de la tipicidad, se encuentra el deber jurídico penal, el sujeto activo y el objeto material. Y sin entrar a la polémica si son aceptados o no los presupuestos del delito estos han sido divididos en presupuestos materiales y presupuestos materiales de hecho, otros en materiales y especiales, estudiándose en los presupuestos dentro de la teoría de la ley penal.

¹⁶⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit., p. 160.

¹⁶⁵ Marqués Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Ed. Trillas, México, 1986, p. 152.

¹⁶⁶ González-Salas, Campos. Ob. cit., p. 113.

De lo antes dicho, el sujeto pasivo puede ser:

a) Persona Física, sin distinción de sexo, estado mental, edad, posición social o económica, cualquiera que sea la condición jurídica.

b) Persona jurídica o moral si son titulares de Bienes Jurídicos, que suelen ser bienes patrimoniales.

c) El Estado, igualmente también es titular de bienes jurídicos; es sujeto pasivo de los delitos, por ser el último sujeto de todos los delitos (siempre que dañe los propios intereses del Estado). Además puede ser sujeto pasivo inmediato por ser titular de Bienes Jurídicos.¹⁶⁷

Se discute si son sujetos pasivos algunas colectividades o grupos a los que el Estado reconoce una cierta independencia, pero sin llegar a alcanzar una personalidad jurídica completa. En este caso habrá que ceñirse a la ley penal y lo que esta diga, y frente a determinados delitos se le concede cierta personalidad jurídica. Tal es el caso de los delitos que atentan contra la salud pública de daños ecológicos, seguridad pública y delitos electorales.

De la misma manera, no podemos confundir a sujeto pasivo con el objeto material, aunque la mayoría de las veces el sujeto pasivo y el objeto material normalmente coinciden. Pero puede ser que un delito no sólo dañe a un sujeto pasivo sino que además dañe a un tercero, siendo este el lesionado, y no es precisamente el titular del bien dañado. Es decir, el sujeto pasivo, es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica, mientras el objeto material está constituido por la persona o cosa sobre la cual se realiza, recae o se produce el delito.¹⁶⁸

Sólo puede darse el objeto material en los delitos de Resultado, que son los que la acción del sujeto activo del delito modifica el mundo exterior. El objeto material puede coincidir con el sujeto pasivo (delito de homicidio, la misma persona es titular del Bien Jurídico, sujeto pasivo y objeto material sobre el que recae la acción delictiva). Hay delitos

¹⁶⁷ Cfr. Íbidem, pp. 152-153.

¹⁶⁸ Cfr. Íbidem, p. 153; en el mismo sentido Barragán SalvaTierra, Carlos. Derecho Procesal Penal, Serie Jurídica, Ed. McGraw-Hill, México, 2002, p.93

dónde no coinciden estos dos conceptos, como en los delitos de robo el objeto material es el objeto robado y el sujeto pasivo el titular de lo robado.

No debemos pasar desapercibida la existencia de la diferencia del sujeto pasivo con la víctima y el ofendido. Respecto al concepto de víctima se identifica con el sujeto pasivo del delito, esto es, la persona física o moral que resiente el daño, incluyéndose a los incapaces, menores de edad; por otro lado, el ofendido es aquel a quien se le va a resarcir el daño causado por el delito y en ocasiones puede recaer en la persona del sujeto pasivo o víctima o en una tercera persona. Siendo entonces el ofendido la persona física o moral que resiente el daño ya sea de manera directa o indirecta y tienen derecho a que se resarza el daño, sin embargo el sujeto pasivo del delito puede revestir los tres aspectos: sujeto pasivo, ofendido y víctima.

3.4.2 El titular del Bien Jurídico

Ya hemos indicado en el punto anterior, que el titular del Bien Jurídico, no solamente es la persona física sino también moral y entre esta se encuentra el Estado. “La Doctrina Penal Española ha señalado que el portador de los Bienes Jurídicos puede ser el particular o la comunidad. Dado el carácter público del Derecho Penal, la lesión de los Bienes Jurídicos faculta exclusivamente al Estado a imponer una pena o aplicar una medida de seguridad.”¹⁶⁹

Con base en lo anterior, en nuestro sistema jurídico mexicano es el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales del orden penal quienes tienen la facultad de sancionar o imponer medidas de seguridad a aquellos sujetos que con sus conductas ilícitas vulneren el Bien Jurídico previsto en la norma penal.

Por otra parte, podemos decir que el Derecho Penal debe asegurar la coexistencia de las condiciones humanas, y para ello, es necesario el aseguramiento del funcionamiento del Estado, pero con ello no queda satisfecho de que su misión sea la descripción del aseguramiento y la delimitación de la esfera de sus intereses estatales únicamente, puesto que el Estado es un sistema político para la estabilidad de la

¹⁶⁹ González-Salas Campos, Raúl. Ob. cit., p.114

organización de la sociedad, pero no es en sí titular de intereses propios, sino de los individuos y los de la sociedad.

“La importancia de establecer al estado como titular de Bienes Jurídicos estatales denominados como Bienes Jurídicos, es que en todos los Bienes Jurídicos, tanto los individuales como los de la sociedad o colectivos, se les concibe desde la perspectiva de la importancia que tiene para el Estado de tal manera que, por ejemplo, los Bienes Jurídicos individuales se les considera simples atribuciones derivadas a las funciones del Estado”.¹⁷⁰

3.4.3 la sociedad y el individuo como titulares de los Bienes Jurídicos

En la actualidad, se protegen Bienes Jurídicos que atentan contra la sociedad, por ello, el Derecho Penal tiene el carácter delimitador del mínimo ético-social necesario para proteger a la sociedad, de tal manera que quien atente la potestad punitiva debe usar la misma con el objetivo de emplearla para ese fin.

Cabe hacer mención que la Teoría del Bien Jurídico distingue entre los Bienes Jurídicos individuales (la vida, libertad, salud, propiedad) y Bienes Jurídicos colectivos (seguridad del Estado, Administración de Justicia, derecho político, etcétera).

Por lo tanto, los Bienes Jurídicos están destinadas a la protección de la sociedad y del individuo en aquellas áreas que se estiman fundamentales, esto es, el legislador deberá regular aquellas conductas antisociales cuando no se pueda solucionar de otra forma, la protección de bienes o valores sociales o individuales, es el principio de la mínima protección.

Asimismo, hay tipos penales en donde el sujeto pasivo no se particulariza, tal es el caso de los bienes colectivos, en la cual pueden disfrutarlo todos los componentes de la sociedad; es decir, atendiendo al sujeto pasivo no siempre recae en la persona o en el Estado, sino que en ocasiones recae en la sociedad, o colectividad tal es el caso de los delitos electorales en donde la sociedad y el Estado son sujetos pasivos del delito.

¹⁷⁰ Íbidem. P. 124

Al respecto, Sergio García Ramírez –haciendo alusión a Olga Islas- señala “en cuanto al sujeto pasivo, titular del Bien Jurídico protegido en el tipo y por lo tanto elemento de este en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad, la autora sostiene una opinión muy interesante: la materia electoral es propia del pueblo soberano juega el papel de sujeto pasivo, en todos los tipos penales que describe conductas lesivas de Bienes Jurídicos inherentes a la soberanía (...)”.¹⁷¹

Lo anterior lo fundamenta Olga Islas en los artículos 39 y 40 de la Carta Magna, relativos de la soberanía y organización política y 35 fracciones I y II y 36 fracción III de la propia ley invocada, referente a prerrogativas y deberes ciudadanos.

Además al examinar el concepto de pueblo, cuatro veces mencionado en el artículo 39, observa que la primera, la segunda y la cuarta referencias que hace este precepto aluden al “pueblo soberano”, en tanto la tercera se dirige al “pueblo beneficiario” que “es lisa y llanamente la sociedad”. Aquél, el soberano, es el sujeto pasivo de los delitos electorales, sin perjuicio de que en algunos casos los menos- también lo sean otros sujetos jurídicos, como los ciudadanos, los votantes, el conjunto de éstos, los candidatos, los partidos políticos o el Instituto Federal Electoral. De esta suerte la soberanía y el pueblo –el pueblo soberano subraya la autora- son el telón de fondo del régimen penal y como lo son el sistema electoral en su conjunto”.¹⁷²

Otro ejemplo tenemos a los delitos ecológicos en donde el sujeto pasivo del delito lo es esencialmente la sociedad y el Estado cabe señalar que en lo que respecta a éstos delitos, el Bien Jurídico protegido principal es el medio ambiente, pues, se ha dicho que al protegerlo se está tutelando la vida humana, porque sin un medio ambiente adecuado no podría existir vida, no habría sociedad y sin sociedad no existiría el Derecho.

Estamos entonces, en presencia de lo que los autores ha dado por llamar Bienes Jurídicos supralegales o de la generalidad.¹⁷³

¹⁷¹ García Ramírez, Sergio. Delitos en materia Electoral. <http://www.bibliojuridico.org./libros/2/756/24.pdf>

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Jachin Hirsch, Hans. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de Bien Jurídico. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Anales de Jurisprudencia. Sexta Época, noviembre-diciembre, México, 2002, p.303.

“Cobra especial relevancia la caracterización del Bien Jurídico Medio Ambiente. En este punto la doctrina parece estar de acuerdo en que se trata de un Bien Jurídico de carácter colectivo, se dice que es múltiple “y el delito en tal sentido pluriofensivo”, por lo que se procede a su definición a partir de la enumeración de sus elementos”.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Hernández Pozo, Msc. Israel. El Bien Jurídico Medio Ambiente en Cuba y la necesidad de su Protección sede Penal. <http://www.gestiopolis.com/administración-estrategia/protección-legal-del-medio-ambiente-cuba.htm>

CONCLUSIONES

Con base en los temas desarrollados hemos llegado a las siguientes:

PRIMERA. Las lagunas en la Ley se refieren a la falta de hipótesis normativa correcta, implicando con esto la imposibilidad de aclarar la misma por medio de la interpretación, aplicando el propio criterio del juzgador. No se debe confundir la interpretación con la integración de la ley, ya que la interpretación le da a la ley el precepto de búsqueda y el sentido de desentrañar algún supuesto, mientras la integración se encarga de llenar una laguna a través de la aplicación de alguna norma.

SEGUNDA. Al establecer en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el principio de legalidad traduciéndose: en los juicios del orden criminal queda prohibido, 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 quiere decir que los hechos punibles son regulados por los legisladores, prohibiendo al juez crear delitos, penas y medidas de seguridad, constituyéndose así una garantía del principio de legalidad para los individuos y otorgando una absoluta seguridad jurídica.

TERCERA. Que la ley la crea el hombre y desde el momento que nace a la vida jurídica, la interpreta en todo momento. La ley penal también es interpretable como cualquier otra y nadie niega su licitud, siempre y cuando no pase por alto lo preceptuado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Podemos afirmar que la ley siempre necesita ser interpretada, ya que es indispensable desentrañar el sentido de las palabras que usaron para redactarla y así encontrar su verdadero sentido.

CUARTA. La tarea interpretativa no puede realizarse por simple interpretación, sino porque ésta siempre versa sobre los hechos puestos a consideración del juez y con la finalidad de que seguido el procedimiento, la norma abstracta se materialice a través de una sentencia, aunque también la norma se puede interpretar con fines docentes

(doctrinarios, científicos, particulares) como además es posible interpretarla refiriéndose a hechos hipotéticos o supuestos.

QUINTA. En la aplicación conjunta de los métodos gramatical, lógico y sistemático, entendido este conjunto de métodos como un sistema, podemos considerar el importante papel que tienen los órganos jurisdiccionales penales, quienes en ejercicio de su competencia para mantener el Estado de Derecho, se tiene que ceñir a lo estrictamente establecido en la ley; aunque podrán realizar una interpretación sistemática.

SEXTA. Los preceptos de todo ordenamiento jurídico-penal no son independientes, ni aislados entre sí, sino por el contrario, conforman un sistema de normas que se coordinan en su estructura orgánica, la cual se encuentra ligada con diferentes métodos como son el lógico, teleológico, sistemático y el gramatical aunque la mayoría de las veces el órgano jurisdiccional no puede diferenciarlos en el momento que está concretando la norma para emitir la resolución.

SEPTIMA. Es indudable que el juez tiene la facultad de interpretar la ley penal y emplear cualquier método, para tomar una decisión respecto de la misma. Sin embargo, su ámbito de interpretación está limitado, ya que debe garantizar el principio de legalidad, reserva y de seguridad jurídica a diferencia de otras ramas del Derecho, en donde se puede crear la norma ante su ausencia, aplicándose la costumbre y los principios generales del derecho.

OCTAVA. El fin del Derecho Penal es la protección de los valores fundamentales, como son la vida, la propiedad, la salud, la libertad sexual, desarrollo sexual, entre otros. En efecto, estos bienes fundamentales van a constituir el Bien Jurídico protegido Derecho Penal, a través de la prohibición de las conductas que dañen o pongan en peligro la protección de dichos bienes. En este sentido, cuando una conducta no daña o no pone en peligro un Bien Jurídico es irrelevante para el Derecho Penal.

NOVENA. A medida que la sociedad ha ido evolucionando, ha requerido de la ampliación de los Bienes Jurídicos y por ende, no hay un concepto único que puede abarcar todos los problemas que se plantean.

DÉCIMA. Entendemos por Bienes Jurídicos aquellos valores de la sociedad que el legislador, mediante la creación de la norma penal, busca proteger. Atendiendo a esto, solo deben ser descritas como delito aquellas conductas antisociales que impliquen ataques graves a la convivencia en sociedad y a un individuo en particular.

DÉCIMA PRIMERA. El principio de mínima intervención le ofrece al legislador un criterio aceptable de política legislativa, en su labor de elaboración de los tipos penales.

Con el Principio de mínima intervención los Bienes Jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho Penal, sino además ante el Derecho Penal, esto es, para la conservación del orden jurídico, en su caso si son suficientes las medidas administrativas, son estas las que deben de aplicarse y no las penales.

DÉCIMO SEGUNDA. En suma, pese a las variadas operaciones que conceptualmente pueden distinguirse, la **actividad judicial** es esencialmente **actividad interpretativa** y **actividad probatoria**.

BIBLIOGRAFIA

Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Temis, 8ª edición, Bogotá-Colombia, 1988.

Argibey Molina, José. Derecho Penal. Parte General, Ed. Editor, Argentina, 1972.

Arilla Bas Fernando. Derecho Penal. Parte General, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 2001.

Basigalupo Z. Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Temis, 3ª edición, Santa Fe de Bogotá, 1996.

Barragán Salva Tierra, Carlos. Derecho Procesal Penal, Serie Jurídica, Ed. McGraw-Hill, México, 2002.

Burgoa, Ignacio. El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, 5ª edición, México, 1962.

Bremauntz, Alberto. Interpretación de la Ley. Anales de Jurisprudencia. Enero-Febrero, 2003, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.

Carmelutti, Francesco. Teoría General del Delito. Sin editorial y sin año.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 43ª edición, México, 2002.

Castillo Sandoval, Jesús. La Interpretación de la Fórmulas Legales, Cárdenas Editor Distribuidor, 1ª edición, México, 2003.

Castro y Castro, Juventino. Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, 9ª edición, México, 1992.

Cisneros Frías, Germán. La Interpretación de la Ley, Ed. Trillas, 3ª edición, México, 2004.

Covarrubias Dueñas. Derecho Constitucional Electoral, Ed. Porrúa, 3ª edición, México, 2003.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 19ª edición, 4ª reimpresión, México, 2004.

Daza Gómez, Carlos. Teoría del Delito, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, Porrúa, 2ª edición, México, 1998.

Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Introducción a la Retórica y la Argumentación, 3ª edición, México, 2006.

Díaz Palos, Fernando. Culpabilidad Jurídico-Penal. Separado de Nueva Enciclopedia Jurídica, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.

Fontán Balestra, Carlos. Trata de de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Ed. Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

Frank, Reinhard. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Colección: Maestros del Derecho Penal, Editorial IB de F, 2ª edición, no. 1, Montevideo, Buenos Aires, 2004.

Freudenthal, Berthold. Culpabilidad y Reprochabilidad en el Derecho Penal. Colección: Maestros del Derecho Penal, Editorial IB de F, no. 11, reimpresión, Buenos Aires, 2006.

García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 44ª edición, México, 1992.

Goldschmidt, James, "La concepción normativa de la culpabilidad", Colección: Maestros del Derecho Penal, Editorial IB de F, no.7, 2ª ed., no.7, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Parte General, Ed. Porrúa, 4ª edición, México, 1997.

González de la Vega, René. Derecho Penal Electoral, Ed. Porrúa, 5ª Edición, México, 2001.

González-Salas Campos, Raúl. La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Perezniето Editores, México, 1995.

Jachin Hirsch, Hans. Acerca del Estado actual de la discusión sobre el concepto de Bien Jurídico. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Anales de Jurisprudencia, Sexta época, noviembre-diciembre 2002.

Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

---- Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ed. Losada, S.A., 4ª edición, 1964.

Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. III. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal Anales de Jurisprudencia. Colección Clásicos del Derecho, México, 2003.

López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad, Ed. Porrúa, 3ª edición, México, 2002.

---- Introducción al Derecho Penal, Ed. Porrúa, 1ª edición, México. 1997.

Maggiorre, Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I, Ed. Témis, 2ª reimpresión, 1989.

Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1998.

Mariscal Vásquez, César A. La Analogía en el Derecho Penal. Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1984.

Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal, Ed. Trillas, 1ª edición, México, 1986.

Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004.

Modugno, Franco. Teoría de la Interpretación Jurídica. Colección FUNDAP Derecho, Administración y Política, México, 2004.

Muñoz Conde, Francisco. Teoría del Delito, Ed. Témis, 2ª edición, Bogotá, Colombia, 2001.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 2001.

----- Teoría del Delito. Ed. Porrúa, 6ª edición, México, 1998.

Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho penal Mexicano, Ed. Porrúa, 17ª edición, México, 2004.

Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del Delito. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

Polaina Navarrete Miguel. Fundamentos Dogmáticos del moderno Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 2001.

DICCIONARIOS

De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1965.

Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, Tomo II, 1ª edición, México, 1989.

Quintino Zepeda, Rubén. Diccionario de Derecho Penal, Ed. Magister, 2ª edición, México, 2006.

El Pequeño Larousse, Ilustrado. Diccionario Enciclopédico. Ed. Agrupación Editorial, S.A., 5ª edición, México, 1999.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo II, 2ª edición, México, 2000.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa-Calpe, 21ª edición, Madrid, 1992.

OTRAS FUENTES

Bobbio, Norberto. Plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación.

<http://descargas.cervantesvirtual.com>

Borja Jiménez, Emiliano. Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y España.

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Borja2.pdf>

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. Interpretación Judicial Constitucional.

<http://www.bibliojuridica.org./libros/2/867/6pdf>

Castillo González, Francisco. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. “La exclusión dolosa de la tipicidad y la analogía *in malam partem*” Anuario de Derecho Penal. 2005.

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/05/10Francisco%20Castillo.pdf>

Castro Cuenca, Guillermo Carlos. Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. Universidad de Salamanca.
<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1197/2875>.

Franco de la Cuba, Carlos Miguel. La Interpretación de la Norma.
<http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/interpretaciondelanormajuridica/default5.asp>

García Ramírez, Sergio Delitos en Materia Electoral.
<http://www.bibliojuridico.org./libros/2/756/24.pdf>

Gimeno Presa, Concepción. Teoría y Doctrina de la Interpretación Jurídica en la Propuesta de Ricardo Guastini.
<http://www.cervantesvirtual.com./servlet/sirveobras>

Hernández Pozo, Msc. Israel. El Bien Jurídico Medio Ambiente en Cuba y la necesidad de su Protección sede Penal.
<http://www.gestiopolis.com/administracion-estrategia/proteccion-legal-del-medio-ambiente-cuba.htm>

Hernández Ramírez, José Luis. Análisis de la fórmula: -interpretación jurídica- del Párrafo cuarto del artículo 14 constitucional, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, no. 5, 2001/2002, pp. 73-87.
<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/6-5.pdf>

Houed V., Mario. Algunos aspectos importantes en el estudio y aplicación de la teoría del delito.
www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/houed15.htm

Leyva Estupiña, manuel y Lugo Ortega, Larisbel. El derecho Penal mínimo y el Bien Jurídico Protegido.
www.monografias.com/trabajos37/derecho

Mendonca Bonnet, Juan Carlos. Argumento de Analogía.
http://www.pj.gov.py/tercera/revista_js/analogi.html

Ortega, Ramón. Sobre la Interpretación del Derecho de Manuel Segura Ortega.

<http://descargas.cervantesvirtual.com>

Parma, Carlos. La Teoría del Delito: “ideas de este siglo”.

http://www.legalmania.com/derecho/teoria_delito.htm

Paucer Armando, Gerson Bladimir. Lecciones de Derecho Penal Parte General (Perú).

<http://www.monografias.com/trabajos40/derecho-penal-peru2.html>

Pierre Matus, Jean A. Sobre la necesidad Constitucional de la existenciade un bien jurídico a proteger por los tipos penales, Revista Universum, año 11-1996

<http://universum.otalca.cl/contenido/index-96/matus.html>

Poveda Perdomo, Alberto. Reseña sobre la Teoría el Delito y las Escuelas Dogmáticas.

<http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/resea-sobre-la-teora-del-delito-y-las.html>

Pozo Hurtado, José. Nociones básicas de Derecho Penal. Interpretación.

<http://www.anif.ch/derechopenal>

Prunotto Laborde, Adolfo. Recepción de la Analogía en el Derecho Penal.

<http://www.cartapacio.edu.ar>

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo

Código Penal Federal

Código Penal para el Distrito Federal