



DERECHO PENAL

Licenciatura en Derecho

Segundo Cuatrimestre

Enero – Abril

Marco Estratégico de Referencia

Antecedentes históricos

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1978 con el inicio de actividades de la normal de educadoras —Edgar Robledo Santiagol, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor Manuel Albores Salazar con la idea de traer educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tardes.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en julio de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró en la docencia en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de cobranza en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los

jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra universidad inició sus actividades el 19 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a las instalaciones de carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

Misión

Satisfacer la necesidad de educación que promueva el espíritu emprendedor, basados en Altos Estándares de calidad Académica, que propicie el desarrollo de estudiantes, profesores, colaboradores y la sociedad.

Visión

Ser la mejor Universidad en cada región de influencia, generando crecimiento sostenible y ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

Valores

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

Escudo



El escudo del Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

Eslogan

-Pasión por Educarll

Balam



Es nuestra mascota, su nombre proviene de la lengua maya cuyo significado es jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen a los integrantes de la comunidad UDS.

Derecho Penal

Objetivo de la materia:

El alumno analizará el Derecho Penal en lo referente a sus contenidos: límites, teoría de la ley penal, teoría del delito, los presupuestos de punibilidad y sistemas de reacciones penales y su aplicación en el Derecho Positivo Mexicano.

UNIDAD I INTRODUCCION AL DERECHO PENAL

I.1 El derecho penal

I.1.1 Concepto

I.1.2 Fines

I.1.3 Objeto

I.1.4 Limites

I.1.5 Fundamento

I.1.6 Naturaleza y medios de que dispone

I.2 Escuelas penales

I.2.1 Escuela positiva

I.2.2 Escuela clásica

I.2.3 Tercera escuela

I.2.4 Las ciencias penales.

UNIDAD II TEORIA DE LA LEY PENAL

2.1 Principios fundamentales.

2.2 Fuentes de la ley penal.

2.3 Importancia de los dogmas penales.

2.3.1 Nullum crimen, nulla poena sine lege.

2.4 Ámbito de validez.

2.4.1 Temporal

2.4.2 Espacial

2.4.3 Personal.

UNIDAD III. LA TEORIA DEL DELITO

3.1 El delito

3.1.1. Concepto

3.1.2 Sistemas

3.1.3 Clasificación

3.2 La conducta. ausencia de conducta.

3.3 Omisión

3.4 Comisión por omisión

3.5 Tipo. ausencia de tipo

3.6 Tipicidad y atipicidad.

3.7 Antijuricidad- causas de licitud.

3.8 Imputabilidad- causas de inimputabilidad.

3.9 Culpabilidad- causas de inculpabilidad.

3.10 Condiciones objetivas de punibilidad- falta de condiciones objetiva de punibilidad.

3.11 Punibilidad- excusas absolutorias.

3.12 Tentativa.

3.13 Concurso de delitos.

3.14 Autoría y participación penal.

UNIDAD IV CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO.

4.1 Sistema de reacciones penales.

4.2 Teoría de la pena

4.2.1 Teoría absoluta

4.2.2 Teoría relativa

4.3 Individualización de la pena.

4.4 Las medidas de seguridad

4.5 La reparación del daño

Criterios de evaluación:

No	Concepto	Porcentaje
1	Trabajos Escritos	10%
2	Actividades web escolar	20%
3	Actividades Aulicas	20%
4	Examen	50%
Total de Criterios de evaluación		100%

UNIDAD I INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

I.1 El derecho penal

La historia del derecho penal podría ocupar varios volúmenes; sin embargo, en esta obra sólo se presenta un breve panorama de su evolución en el transcurso del tiempo.

El detalle y el análisis de fondo se dejan al estudioso que desee ahondar al respecto. El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del ser humano en sociedad, a fin de controlar sus acciones y proteger al grupo social. El crimen nace con el ser humano; cuando aún no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, el delito ya se manifestaba en su forma más rudimentaria.

El ser humano todavía no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros; por ejemplo, el apoderamiento ilegítimo del animal cazado por otro, la violencia física ejercida sobre una mujer, etc. De ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr orden y una convivencia pacífica. En esta parte interesa destacar, sobre todo, las etapas de evolución por las que ha pasado esta disciplina jurídica y aclarar que la división por etapas o fases, que más adelante se verá, es más didáctica que real, pues éstas no se pueden separar entre sí tajantemente y de manera exacta.

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

Privada. La venganza privada también se conoce como venganza de sangre, y consiste en que el ofendido se hace justicia por propia mano, es decir, el afectado ocasiona a su ofensor un daño igual al recibido. Esta fase se identifica como la ley del talión, cuya fórmula es —ojo por ojo y diente por diente. Allí se aprecia claramente la venganza individual, en la que se inflige un mal por otro recibido. Familiar. En este periodo, un familiar (aun antes del surgimiento del concepto familia) del afectado realiza el acto de justicia y causa un daño al ofensor. Divina. La venganza divina es el castigo impuesto a quien ocasiona un daño, en virtud de creencias divinas, de modo que a veces se entremezclan rituales mágicos y hechiceros.

Generalmente el castigo lo imponen los —representantes‖ de diversas deidades. En esta fase tienen importancia relevante las nociones de tótem y tabú. Tótem era la representación del

bien; estaba representado por una figura de piedra o madera (generalmente en un tronco de árbol), a la que se atribuían poderes mágicos o espirituales. Simbolizaba protección. Tabú era la representación del mal, de lo prohibido. A lo largo de la historia de la humanidad, en todos los pueblos y culturas se advierte la presencia de esta lucha constante del bien contra el mal. Donde cobra más vigencia esta pugna es en las religiones, pero también en tradiciones culturales.

Pública. La venganza pública es un acto de venganza, pero ejercido por un representante del poder público. En este caso simplemente se traslada la ejecución justiciera a alguien que representa los intereses de la comunidad, en su manifestación más primitiva. El interés primordial por castigar con severidad a quien causa un daño caracteriza a esta fase. La semejanza o igualdad en el castigo hacen ver claramente que se trata de una verdadera venganza.

En el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas y el Pentateuco mosaico se encuentran disposiciones relativas a esta fase; de modo evidente, la Biblia plasma la ley del talión en el párrafo siguiente: Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndola parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces, pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal. Cuando el Estado imponen las penas, éstas se caracterizan por su crueldad, de modo que se observan las formas de castigo más variadas e inhumanas, en las que predominan las sanciones corporales y de muerte, las cuales son precedidas por tratos humillantes y aflictivos.

Esta etapa ha quedado fuertemente marcada en la historia del derecho penal; mucho se ha escrito sobre ella y constituye una verdadera época de terror y oscurantismo de la humanidad. Estos tratos inhumanos de exagerada crueldad caracterizaron a la época antigua y a la Edad Media. Por ser nuestro antecedente directo el derecho romano, mencionaré algunas de las penas principales: Penas corporales. No eran la pena principal, sino accesorias o medios de coerción. Algunas eran la flagelación (a los esclavos), golpes con vara (a hombres libres), golpes con palo fustis (a los militares), golpes con un instrumento con bola de plomo en la punta, mutilaciones, inutilización del ojo derecho, amputación del pie

izquierdo. Penas capitales (Supplicium, Poena capitis o capitalis). Crucifixión, saco (culleus), fuego, decapitación con hacha, arrojar al condenado a las fi eras, precipitación desde la roca Tarpeya, entre otras.

Etapa humanitaria Como respuesta a la fase anterior surge una reacción humanista en materia penal, de manera que se pretende dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo. Grandes pensadores, Filósofos y humanistas, con su obra e ideas, han influido en el derecho penal y ciencias afines.

Cesare Beccaria y John Howard, con su valiente y enérgica manifestación de principios humanistas, trataron de devolver al hombre el respeto a su dignidad. En su Tratado de los delitos y de las penas, Beccaria destaca diversos aspectos, como los procedimientos arbitrarios e inhumanos para obtener confesiones; se refiere a la tortura y rompe con ancestrales creencias relacionadas con la eficacia de la pena:

Para que una pena logre su efecto, basta que el mal de la misma exceda del bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe tenerse en cuenta la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que produciría el delito. Los hombres se gobiernan por la acción repetida de los males que conocen, y no por la de los que ignoran... A medida que los suplicios se hacen más crueles, el espíritu de los hombres, al modo de los líquidos, se pone siempre al nivel con los objetos que le circundan, estos espíritus, pues, se irán endureciendo. Estas ideas, expresadas en 1764, se encuentran vigentes, al igual que los principios emanados de la Revolución francesa (1789), con la cual surge la consideración y tutela de los derechos del hombre.

Etapa científica. En ella se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto de la persona del delincuente. Se piensa que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es indispensable conocer el porqué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos.

En esta etapa se estima que el delito y el sujeto son productos de las fallas sociales, con influencia de factores de índole diversa (interna y externa). Desafortunadamente, pese a los

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

1.1.1 Concepto

El Derecho penal es el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado relacionando hechos, estrictamente determinados por la ley con una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia de realizar un determinado acto, su objetivo de asegurar los valores elementales para la sana convivencia de los individuos de una sociedad. Este conjunto de normas jurídicas se refiere siempre al delincuente, al delito y a las penas.

Podemos distinguir una clasificación dentro del derecho penal: El Derecho penal sustantivo, y por otro lado, el Derecho penal adjetivo o procesal penal.

El Derecho penal sustantivo es el que conocemos como código penal o leyes penales, y en este se encuentran las normas promulgadas por el Estado, establece los delitos y las penas, mientras que el Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.

1.1.2 Fines

No es puesto en duda por ningún sector doctrinal que el Derecho penal persigue un fin genérico de protección, si bien en lo que ya no existe consenso es en la cuestión de qué es lo que ha de ser protegido. Dos son las alternativas que dan respuesta a esa cuestión: protección de bienes jurídicos o protección (de la vigencia) del ordenamiento jurídico; modelos del *ius puniendi* que, en cualquier caso, representan sólo una aproximación muy genérica a la caracterización de los fines concretos del Derecho penal, por lo que deben hacerse algunas consideraciones previas, en aras de concretar las razones y los contornos de dicha dualidad. Por un lado, sabido es que la práctica totalidad de la doctrina atribuye al Derecho penal el fin de protección de bienes jurídicos, por lo que parecería superfluo operar con dicha oposición. No obstante, sabido es también que un creciente sector doctrinal persigue ese fin precisamente a través de la protección inmediata del ordenamiento jurídico, operando como medio para el fin ulterior de protección de bienes jurídicos y, no obstante, elevándose a fin mismo, si bien intermedio, del mismo, y que otro sector doctrinal, cada vez

más en auge, prescinde totalmente del fin de protección de bienes jurídicos. En segundo lugar, el modelo de la protección del ordenamiento jurídico responde a una determinada concepción material de la labor que debe cumplir el Derecho penal, por lo que su razón de ser atiende a presupuestos valorativos de legitimación. No obstante, dado ese carácter genérico, no explicita todavía cómo ha de ser llevado a cabo dicho fin de protección, cuáles son los efectos concretos que se predicán de los medios que el Derecho penal tiene a su disposición -norma y sanción- para llevar el mismo a cabo. En este sentido, debe resaltarse que la teoría de la prevención general positiva, que viene a ser el trasunto del modelo de la protección del ordenamiento jurídico, no es un fin unitario, sino que dentro de la misma pueden encontrarse diferentes comprensiones materiales, inferidas, a su vez, de diversas concepciones filosófico-políticas. Por ello, la concreción del propio fin genérico de la protección de la vigencia del ordenamiento dependerá de cómo se conciba ese ordenamiento -si, por ejemplo, como la expresión de los valores ético-sociales de la comunidad social o como un conjunto de expectativas normativas de seguridad- por las diferentes concepciones. Y es dado ese hecho por lo que la oposición genérica de ambos modelos no podrá servir para sentar las bases de la discusión relativa a la legitimación ideológica e instrumental de los fines de la pena, sino que para ello la discusión habrá de orientarse en torno a las concretas teorías de la prevención, desgranando en sus diferentes versiones la de la prevención general positiva. No obstante, entre todas estas versiones se dan también una serie de características comunes que permiten agruparlas bajo esa rúbrica de la «protección de la vigencia del ordenamiento» y distinguir las, a su vez, del modelo de protección de bienes jurídicos. Y ello en especial porque una primera coincidencia mínima es precisamente el que todas esas versiones sitúan en un segundo nivel o directamente rechazan el fin de protección de bienes jurídicos. Pero no es sólo esta característica citada la que permite agrupar las diferentes teorías de la prevención general positiva bajo un modelo unitario. Antes de entrar a destacar sus diferencias, conviene, a modo introductorio, plantear esas similitudes.

1.1.3 Objeto

Pufendorf fue de los primeros en explicar claramente la idea de los derechos subjetivos distinguiéndolos del Derecho objetivo como sistema de leyes, siendo aquéllos la facultad de

hacer alguna cosa, concedida o permitida por las leyes. En este sentido, Binding estableció el concepto de derecho penal subjetivo del Estado como la facultad o derecho de castigar; aunque algunos autores como Manzini, negaran la existencia del derecho penal en sentido subjetivo, arguyendo que éste no es más que un atributo de la soberanía de los Estados.

Sin embargo, ha surgido la necesidad de responder a la cuestión de cuál es el fundamento por el cual puede el Estado imponer una sanción a los que han incurrido en la comisión de una acción que el mismo Estado ha determinado como delito, por lo que han aparecido diversas explicaciones:

Teoría	Fundamento
TEORIAS ABSOLUTAS	El fundamento de castigar está en la justicia absoluta. El delito es un mal, sino se castiga con otro mal sería una injusticia, la pena es una justa consecuencia.
ABSOLUTA: teoría de la expiación	La pena calma la irritación divina por el sufrimiento del autor del delito, por lo tanto la pena trata de borrar la falta mediante la represión, sin pretender readaptar al delincuente.
ABSOLUTA: teoría de la retribución	La pena compensa el mal sufrido, mediante la represión sin que importe la regeneración del delincuente.
TEORIAS RELATIVAS O UTILITARIAS	Se castiga para que no se vuelva a cometer delitos y, de acuerdo con el fin que persigue se tiene las siguientes teorías: de la prevención, de la enmienda, y de la defensa social.
TEORIAS MIXTAS	Pretende conciliar a las teorías absolutas con las relativas, por lo que la pena tiene un fin

	retributivo pero también utilitario, por lo que el delito es la razón de la pena y su esencia es la retribución, pero sin dejar de lado el mantenimiento del orden y la defensa de la sociedad.
--	---

I.1.4 Limites

Si la pena (el derecho penal: *ius puniendi*) se somete a los tres principios mencionados (Derecho penal: *ius poenale*) puede quedar justificada, es decir, resulta legítima. De lo contrario (*ius puniendi* no sometido al *ius poenale*), la pena y cualquier otra restricción de la libertad (multa, prisión preventiva, inhabilitaciones...) se convierten en un abuso de poder. Más aún, en cuanto el ejercicio de *ius puniendi* da lugar –por definición– a restricciones de derechos y libertades, ha de estar justificado en todo caso. Cuando el *ius puniendi* es ejercido sin restricciones o límites, se convierte en abuso de poder. De ahí la necesidad de establecer límites al ejercicio del derecho penal. Estos límites han de provenir de normas que establezcan restricciones a quien ejerce el *ius puniendi*. ¿De qué normas se trata? No nos referimos a las normas en cuanto leyes, que también existen (a fin de cuentas, los excesos de derecho penal constituyen un delito, delito de torturas, por ejemplo), sino a la fuente de donde surgen esas mismas leyes. Se trata de identificar cuáles son los límites que ejercen influencia sobre el legislador cuando elabora y aprueba leyes (cuando, por ejemplo, decide castigar el homicidio con pena de diez años y no con la de veinte). Y algo semejante cabe decir para las actuaciones del poder ejecutivo (cuando autoriza o deniega una petición de ejercicio de la libertad de expresión, por ejemplo), o de la Administración de Justicia (cuando investiga unos hechos y no otros, por ejemplo). En todos estos casos mencionados, los tres poderes – legislativo, ejecutivo y judicial– ejercen *ius puniendi* en la sociedad: que esas manifestaciones sean Derecho y no mero ejercicio de poder depende de que quien las adopta se mueva con arreglo a principios orientadores que le sirven de límite e impiden tomar ciertas decisiones, por muy eficaces que parezcan. Se trata de los llamados principios jurídicos básicos que inspiran las concretas disposiciones legales (el código penal, por ejemplo), o los actos administrativos (la clasificación de los reclusos en un grado concreto de

cumplimiento penitenciario, por ejemplo), o las resoluciones judiciales (las sentencias, por ejemplo). Todas ellas son decisiones para conductas humanas; en nuestro caso, para delitos susceptibles de comisión o ya cometidos, y a sancionar: ¿con arreglo a qué pautas o criterios se toman esas decisiones? –los principios jurídicos, y en concreto, en nuestra materia, los principios de política criminal. Por política criminal se entiende aquel saber que tiene por objeto la acción humana, con el fin de evitar las que son gravemente lesivas para la subsistencia de la sociedad (delitos)I. Incluye por tanto las decisiones del legislador, pero también de otras instancias (Ministerio Fiscal, Policía, Judicatura, Administración penitenciaria), y de la población misma (en qué medida se ve afectado el ciudadano por las leyes y demás medidas adoptadas).

I.1.5 Fundamento

La sociedad, para realizar su progreso y mejoramiento, necesita del orden, sin el cual todo intento de convivencia resulta inútil. Esto es un elemento indispensable para la organización y desarrollo de la vida en común. Las relaciones sociales no siempre se desenvuelven de un modo natural y armónico, la vida de los hombres en comunidad determina, en ocasiones, choques o conflictos entre los intereses de los propios hombres. De allí que, para –evitar esto, surge la necesidad de establecer un ordenII, el cual no puede imponerse mediante la intervención del Estado para mantener el control social por medios formalizados o informalizados.

El Estado para mantener su poder político y económico, establece medios de control social tendientes a lograr el desarrollo de la comunidad, por ende, se han constituido el llamado control social primario. Por su parte, la comunidad en su inercia diaria ha constituido de facto otro control denominado secundario. El denominado control social primario, –pretende alcanzar sus fines mediante el procedimiento de amenazar con sancionar la realización de ciertas conductas prohibidas o la no realización de acciones mandadasIII. En la parcela penal se actualiza este instrumento de control primario, cuando el Estado establece en las normas jurídicas imponer sanciones –penas— si las personas ejecutan acciones prohibidas, incluso aún cuando no se perfeccione la conducta, delictiva o se vea interrumpida por actos ajenos al propósito, es decir la tentativa.

I.1.6 Naturaleza y medios de que dispone

-El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales, con un carácter de control jurídico altamente formalizado. Como todo medio de control social (también la familia, la escuela, la profesión), éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho penal se caracteriza por prever las sanciones más graves (penas y medidas de seguridad) como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos

-los delitos-.

-Por tanto, se trata de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la época de la Revolución Francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales, a aprobar por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, que constituyen el Derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito y que penas pueden sufrir quienes las realicen. Esto es lo que se conoce bajo la expresión de "principio de legalidad", y en ello consiste el carácter eminentemente formalizado que distingue al Derecho penal de otras formas de control social.

Caracteres del Derecho Penal objetivo:

1.- Rama del Derecho Público pues todo delito implica una relación de derecho entre el delincuente y el poder público, siendo su fin último la protección de la comunidad.

2.- Carácter positivo, es decir, sólo es Derecho Penal vigente aquél que el Estado ha promulgado legalmente con el carácter de tal. Es el Derecho establecido por las leyes.

3.- Está influenciado por el Derecho Natural, entendido éste como conjunto de principios, fijos e inmutables, fundados en la naturaleza humana, acerca del bien y del mal.

4.- Es fundamentalmente sancionador.

Contenido

-el contenido del Derecho Penal, girará siempre sobre tres puntos principales o ideas:

- Delito: es el núcleo de esta rama del ordenamiento jurídico. El delito es desobediencia a los imperativos contenidos en las normas de derecho. Las sanciones se establecen como reacción a la infracción de normas.
- Pena: es la sanción específica del Derecho Penal, la cual viene concretada dentro de las sanciones jurídicas por tres condiciones:
- Aflictiva: imponer al que la sufre la pérdida de un bien individual (libertad, patrimonio, etc.).
- Competencia judicial: su imposición es competencia exclusiva de los Jueces integrantes del Poder Judicial.
- Sentencia: ha de imponerse en una sentencia, tras un proceso jurisdiccional con garantías.

Sólo las sanciones que reúnen estos tres requisitos son penas.

Destacan también las llamadas "medidas de seguridad", que son también consecuencia del delito, pero no tienen un fin sancionador o de castigo del hecho cometido, sino preventivo o evitador de su repetición.

Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal, exteriorizada en la comisión de un hecho delictivo., manifestada en la probabilidad de riesgo de comisión de nuevos delitos.

I.2 Escuelas penales

En relación estrecha con el apartado anterior, en éste se ofrece un panorama referente a la concepción que diversas corrientes tuvieron respecto de los problemas fundamentales que plantea el derecho penal, cuyo conocimiento es vital para entender las actuales figuras e instituciones jurídico-penales. Lo sobresaliente de cada escuela son las conclusiones concretas o postulados a que llegaron sus seguidores, pues en ellos se resume su postura y filosofía.

I.2.1 Escuela positiva

Surge como reacción a la escuela clásica y se fundamenta en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales. Sus seguidores son varios, pero los principales son Enrico Ferri, Rafael Garófalo y Cesare Lombroso. Los postulados de la escuela positiva constituyen la negación de los señalados por la clásica, y son los siguientes: Niega el libre albedrío. Esta escuela afirma que el hombre no escoge libre y conscientemente el mal sobre el bien; puesto que es un ente natural y, en algunos casos, con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Al respecto, cabe destacar la influencia de Cesare Lombroso, con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato (de ello se hablará en el capítulo correspondiente a la teoría del delincuente).

Dicha escuela afirma que hay hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, de acuerdo con sus características biológicas, antropológicas y psicológicas. Responsabilidad social. A diferencia de la escuela clásica, la positivista manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento determinado, defenderse. El delincuente, punto central. El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es sólo la consecuencia. Método empleado. Los positivistas utilizaron el método inductivo (de lo particular a lo general), conocido también como experimental. A partir de estudios acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto llegaron a determinadas conclusiones y desarrollaron hipótesis, con lo que postularon tesis relacionadas con el comportamiento

criminal. Pena proporcional al estado peligroso. En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener alguna proporcionalidad directa con el delito y se asegura que ha de ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y la gravedad del delito. Prevención. De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de la represión. Los positivistas creen que, al igual que en la medicina, es más conveniente prevenir que curar. La medida de seguridad es más importante que la pena. En vez de castigar es necesario prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Tales medidas de seguridad se clasifican según diversos criterios y se afirma que debe aplicarse la más adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto. Clasificación de delincuentes. A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de delitos como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones. Sustitutivos penales. Éstos se proponen como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Los positivistas consideran ineficaces las penas y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, etcétera.

La Escuela Positiva de derecho penal, a través de Ferri, Lombroso y Garófalo, principalmente, ya había establecido como uno de sus postulados el sancionar a quien resultara peligroso incluso antes de que cometiera un delito, precisamente como medida de prevención. No vemos factible la aceptación oficial de esta corriente, que, aunque tiene algún punto aceptable, se prestaría, sobre todo en nuestro país, a la corrupción en el ámbito de la justicia penal, a excesos y más violaciones a las garantías individuales, lo que significaría una involución en materia de derechos humanos.

1.2.2 Escuela clásica

Podría decirse que la obra de Beccaria suele ser el antecedente inmediato más importante que impulsó a la corriente clásica del Derecho Penal. Esta corriente de pensamiento jurídico-penal se inicia a principios del siglo XIX en la –Escuela de juristas‖ como originalmente se denominó a la Escuela Clásica de Derecho Penal, siendo sus más destacados representantes Giandoménico Romagnosi, Luigi Luchini, Enrico Pessina y Francesco Carrara.

La Escuela Clásica es la que en aquella época subrayó el carácter eminentemente científico del Derecho Penal, cuya idea fundamental era la tutela jurídica.

Francesco Carrara y el Pensamiento Carrariano

Sin embargo, en el Derecho Penal Clásico, su más grande, prodigioso y genuino representante fue el maestro de la Real Universidad de Pisa, Francesco Carrara, a quien pueden atribuirse algunos de los más importantes logros de aquella escuela. Según lo explica el Doctor Sebastián Soler (Prólogo a la traducción de la obra Programa del Curso de Derecho Criminal de Francesco Carrara (Parte General)), con la doctrina de Carrara alcanza el Derecho Penal un punto en el cual ya no solamente el juez, sino el legislador mismo no puede apartarse sin incurrir en tiranía, es decir, en la negación misma del Derecho.

Con la construcción de Carrara quedan separadas las esferas de responsabilidad tradicionalmente confundidas por la religión, por la moral y por el Derecho; éste es tal vez, el significado histórico-político más importante de la obra Carrariana, pues si bien, el movimiento de liberación del Derecho Penal comienza con la obra del Marqués de Beccaria, la total construcción de un sistema completo no fue realizada sino por Carrara, recogiendo la doctrina de las fuerzas del delito, enunciada por Carmignani, su maestro inmediato, en quien faltó, tal vez, esa solidez de pensamiento y firmeza de ideas que caracteriza la grandeza del discípulo. Lo decisivo para el acierto de la construcción fue el hecho de que Carrara situara el delito en la esfera ontológica correcta, como un ente jurídico, y no como un puro hecho natural. La circunstancia de que se manejen como ideales los objetos jurídicos, reconociendo en ellos la preexistencia de ciertas cualidades, independientemente del hecho de que ellas sean o no, efectivamente pensadas por quien las considera, quizás eleva el pensamiento Carrariano al nivel de una ontología jurídica ideal, dotándola de conexiones, incluso, con puntos de vista jurídicos modernos alcanzados por la aplicación del método fenomenológico al estudio de los conceptos jurídicos.

Para la Escuela Clásica y la doctrina carrariana, el fundamento del Jus Puniendi es la sola justicia. Viene a decir que se equivoca el que ve el origen del derecho de castigar en la sola necesidad de la defensa, desconociendo el primer origen de ella en la justicia. Yerra –

asimismo, según esta corriente de pensamiento – quien ve el fundamento del derecho de castigar tan sólo en el principio de justicia, sin restringirlo a los límites de la necesidad de la defensa. De ahí, pues, que tal fundamento debe buscarse en la justicia, pero restringido por la necesidad de la defensa. La ley penal no puede entrar a considerar sino aquellos hechos que se han realizado por un hombre, en violación de la ley, con plena conciencia. Es decir, con pleno discernimiento, voluntad y libertad. Para que una acción pueda por la autoridad social, ser legítimamente declarada imputable a su autor como delito son indispensablemente necesarios: que le sean imputable moralmente, que pueda imputarse como acto reprochable; que sea dañosa a la sociedad; y, precisamente que esté promulgada la ley que los prohíbe.

Luego de haber desarrollado un exhaustivo estudio de los postulados anteriormente enunciados, dándole así un carácter puramente científico al Derecho Penal, Francesco Carrara consideró que el Derecho Penal había alcanzado su más alto grado de perfeccionamiento, al extremo que aconsejaba a sus discípulos dedicaran sus investigaciones al juicio penal (Derecho Procesal Penal).

Ciertamente para esa época (el año 1850), la construcción carrariana había establecido las estructuras para un nuevo Derecho Penal, cuyas semillas germinaron y florecían por toda la Europa del siglo XIX, haciendo alarde de su nombre —Derecho Penal Clásico], que se ha reservado siempre para aquellas actividades del hombre que aparecen ya como definitivamente consagradas y que pueden servir como arquetipo para nuevas realizaciones.

Postulados de la Escuela Clásica

Con los criterios planteados, la corriente clásica del Derecho Penal sentó las bases para construir una importante línea de pensamiento jurídico que se alzó sobre todas las construcciones penales alcanzadas hasta esa época, cuyos postulados más importantes podemos resumirlos de la manera siguiente:

- Respecto al Derecho Penal. Se consideró como una ciencia jurídica que debía estar incluida dentro de los límites que marca la ley, sin dejar nada al arbitrio del juez, cuyo fundamento debía ser la justicia limitada a las necesidades de defensa, buscando con ello la tutela jurídica, a través del estudio de tres temas fundamentales: el delito, la

pena y el juicio penal. Fuera de Italia debe mencionarse a Feuerbach, autor del Código de Bavaria (Alemania) de 1813 quien realizó aportaciones sobre el principio de legalidad y sobre la fundamentación de la prevención general y a Bentham (Inglaterra), quien realizó estudios sobre la concepción utilitaria de la pena, pero especialmente en el campo penitenciario.

- Respecto al método. Consideraron que el método más apropiado para el estudio de su construcción jurídica era el —Racionalista o Especulativo‖ del cual sirven las ciencias jurídico-sociales.
- Respecto al delito. Sostuvieron que no era un ente de hecho, sino un —Ente jurídico‖, una infracción a la ley del Estado; considerando que, al definir el delito como un ente jurídico, quedaba establecido, de una vez para siempre, el límite perpetuo de lo prohibido, distinguiéndolo, además, de lo que podía ser una infracción a la ley moral o a la ley divina, que no son delito.
- Respecto a la pena. La consideraron como un mal, a través del cual se realiza la tutela jurídica, siendo la única consecuencia del delito. Se consideró que el delito es la infracción de la ley del Estado pero que ésta debe adaptarse a la ley natural, con lo que se evidencia —que el objeto de análisis no es el derecho positivo sino un derecho ideal que debe ser elaborado con ayuda de la razón y del que las leyes estatales han de extraer un contenido. —(Berdugo I., y Arroyo Z. L. ob. Y pág. Cit.)
- Respecto al delincuente. No profundizaron en el estudio del delincuente, más que como autor del delito, afirmando que la imputabilidad moral y el libre albedrío son la base de su responsabilidad penal. A decir del penalista Juan P. Ramos, la Escuela Clásica no ignoraba al delincuente, sino que lo excluía porque no lo necesitaba para su construcción jurídica. Al Derecho Penal Clásico le interesa el acto del delincuente mismo. Y ni siquiera el acto sólo del delincuente, sino el acto relacionado con una violación al Derecho, que lo convierta en ente jurídico.

I.2.3 Tercera escuela

Escuelas eclécticas. En realidad, en estas escuelas se agrupan varias corrientes. Como respuesta a las dos anteriores, surge esta tercera postura, que llega a ser una fusión de

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

a) Tercera escuela. La principal surge en Italia (terza scuola) y sus representantes más destacados son Alimena y Carnevale. En Alemania hubo una tercera escuela que coincide con los postulados de la italiana. La tercera escuela sustenta los postulados siguientes: Negación del libre albedrío. El delito es un hecho individual y social. Se interesa por el delincuente, más que por el delito. Señala las ventajas del método inductivo. Adopta la investigación científica del delincuente. Considera la responsabilidad moral. Distingue entre imputables e inimputables. Plantea la reforma social como deber del Estado.

b) Escuela sociológica. Surgida en Alemania, también se conoció como la joven escuela. Su representante principal es Franz von Liszt y sus postulados son los que se detallan a continuación: La pena tiene como fin conservar el orden jurídico. Emplea los métodos jurídico y experimental. Concibe al delito como fenómeno jurídico y natural. Considera que los factores criminógenos son individuales, físicos, sociales y económicos. Afirma que la pena es una necesidad. Estima la imputabilidad y la peligrosidad del delincuente. 8Deben existir penas y medidas de seguridad.

c) Escuela técnico-jurídica. También de origen italiano, tiene como representantes fundamentales a Manzini, Battaglini y Rocco. Los postulados de dicha escuela son los siguientes: Eleva a primer grado el derecho positivo. Destaca que el ordenamiento jurídico debe prevalecer sobre otros criterios.

I.2.4 Las ciencias penales.

Algunos catedráticos aseguran categóricamente que la materia que imparten carece de relaciones con otras. Esto equivale a considerar que esa materia es una isla, rodeada de algo que la separa y aleja de otras asignaturas. Nada resulta tan criticable como esa afirmación, proveniente de criterios estrechos que ponen fronteras insalvables al conocimiento. Cualquiera que sea la materia, todas guardan relación con otras; en algún momento existe un vínculo o cercanía y, a veces, incluso se conjugan de tal manera que, aparentemente, se funden entre sí. De lo anterior se deduce que el

derecho penal guarda relación con todas las ramas jurídicas. Con algunas ese nexo resulta más fuerte, mientras que con otras es menor, pero con todas tendrá conexión en algún momento. Además, existen relaciones entre el derecho penal y otras áreas del conocimiento que, sin ser jurídicas, resultan indispensables en un momento dado para resolver los problemas del derecho penal. De manera sucinta, a continuación, se indicará cómo se dan dichas relaciones con las distintas ramas jurídicas, así como con otras ciencias y disciplinas. Sin embargo, cabe aclarar que la división del derecho obedece sólo a propósitos de índole didáctica y de orden práctico, ya que en realidad es indivisible. Al respecto, se sugiere consultar la definición de cada rama del derecho en cualquier libro de introducción al estudio del derecho.

Derecho romano. El derecho romano es el antecedente directo del actual derecho mexicano, de modo que diversas instituciones contemporáneas provienen de aquél y ambos guardan una relación estrecha.

Derecho civil. Perteneciente al derecho privado, diversas figuras y nociones del derecho civil forzosamente van aparejadas al derecho penal, pues éste implica conocer nociones civiles; por ejemplo, para entender el adulterio, el incesto y la bigamia se debe saber qué son el matrimonio, el parentesco y la noción de persona física. Asimismo, para entender cualquier delito patrimonial se requiere conocer la noción civilista de patrimonio y la clasificación de los bienes, etcétera.

Derecho mercantil. El derecho mercantil, como rama del derecho privado, tiene una relación estrecha con el derecho penal, pues en materia de sociedades mercantiles y títulos de crédito se presentan diversas figuras típicas.

Derecho procesal. Como se vio en líneas anteriores, las normas procesales constituyen el complemento indispensable del derecho penal sustantivo, pues el procedimiento penal es la consecuencia directa que ocurre una vez cometido un delito. Jamás estarán aislados el derecho penal y el procesal penal.

Derecho constitucional. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se establecen las bases a que debe sujetarse el derecho penal (como todo el derecho mexicano). Además, es la norma suprema de la que se derivan los demás ordenamientos legales de nuestro país.

- ❖ **Derecho administrativo.** Diversos delitos acontecen en el ámbito administrativo; por otra parte, esta rama del derecho público prevé la organización de diversos organismos que atañen al derecho penal.

- ❖ Derecho agrario. En materia agraria pueden cometerse innumerables delitos, por ejemplo, el despojo de parcelas, otros ilícitos en materia de ejidos, etc. Derivado de conflictos agrarios se cometen delitos como lesiones, homicidio, etcétera.
- ❖ Derecho del trabajo. Las relaciones laborales dan origen al surgimiento de diversos delitos, como fraude en materia de salario, de ascensos, plazas y prestaciones diversas, además de lesiones, homicidio, etc., entre trabajadores y patrones.
- ❖ Derecho fiscal. En materia impositiva, es frecuente la defraudación fiscal y otros delitos especiales contemplados en el Código Fiscal de la Federación.
- ❖ Derecho internacional. Existen delitos en materia internacional que son objeto de estudio de esta rama del derecho; incluso, los norma el Título Segundo del CPDF. También se habla de un derecho penal internacional, lo mismo que de un derecho internacional penal.
- ❖ Derechos humanos. Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.
- ❖ Filosofía. En esta área del conocimiento humano, no jurídica, existen fundamentos que dan luz al derecho penal, como la valoración de determinados bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, argumentaciones acerca de la pena de muerte, etc. La axiología, la ética y la deontología profesional son esenciales para el derecho penal.
- ❖ Antropología. Esta ciencia aporta conocimientos de incalculable valía para el derecho penal, que pueden servir tanto para la doctrina penal como dentro de la procuración y administración de justicia. En México existen diversos grupos étnicos que hablan lenguas distintas del español, y cuyas costumbres y tradiciones hacen que a otros sectores de la población les parezcan comportamientos criticables, anticuados o inaceptables, aunque para dichos grupos son conductas reconocidas y aceptadas. De ello pueden derivarse muchas injusticias. Sería muy útil que a los agentes del Ministerio Público se les dieran, dentro de los cursos de capacitación, nociones sobre esta materia, y del mismo modo a los jueces penales, a quienes les resultaría de una valiosa ayuda, sobre todo para efecto de una verdadera individualización judicial. Ello,

independientemente de la antropología criminológica, que tiene otras funciones y aplicaciones en el terreno de la criminología y de la antropología forense, tan útil en el campo de la criminalística.

- ❖ Sociología. El comportamiento criminal, el delito y la pena tienen en su explicación un fundamento sociológico. Con base en la sociología es posible entender y quizá prever el delito y ciertas conductas que, sin llegar a ser delictivas, afectan seriamente a la sociedad. El estudio del grupo social y su comportamiento es vital para el derecho penal y ciencias afines. En muchas ocasiones una conducta asocial, parasocial o antisocial puede ser el antecedente de una conducta delictiva; detectar éste es de gran importancia en materia de prevención.
- ❖ Biología. En esta ciencia, actualmente hay descubrimientos y adelantos que resultan de incalculable valor para el derecho penal y procesal penal, amén de otras ramas jurídicas como el derecho civil. Tal es el caso de los avances que existen en materia del genotipo, los cromosomas, el ADN y la nanotecnología.
- ❖ Psicología. Mediante las aportaciones de la psicología es posible analizar el comportamiento humano para entender el porqué del delito. En materia procesal, el estudio de la personalidad del delincuente se basa en la psicología. El estudio del carácter, del temperamento y de la personalidad resulta esencial para comprender al ser humano en su manifestación externa de comportamiento. Los arts. 51 y 52 del CPF contemplan la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias personales del sujeto, como los aspectos psicológicos. Igual ocurre con los arts. 70 a 74 del CPDF.
- ❖ Psiquiatría. La aportación de esta ciencia en materia penal es sumamente valiosa, pues ayuda al juez a resolver los problemas derivados de la comisión de delitos por parte de inimputables. Ocasionalmente, el privado de libertad por una sentencia pierde la razón, por lo que se requiere la intervención de especialistas en esta área.
- ❖ Medicina forense. Esta rama de la medicina general coadyuva en la investigación de determinados ilícitos, como lesiones, aborto, infanticidio, homicidio, violencia familiar y algunos delitos sexuales, principalmente, con lo cual se logra una adecuada y más justa administración de justicia, pues esclarece las dudas que se le presentan al derecho penal.

- ❖ Criminalística. Al igual que la medicina forense, esta disciplina, basada en conocimientos técnicos y científicos, presta una ayuda invaluable en la investigación del delito.
- ❖ Balística, dactiloscopia, retrato hablado, química forense y planimetría son algunos ejemplos de las valiosas áreas de dicha disciplina.
- ❖ Química. Los avances logrados por esta ciencia son extremadamente útiles para las necesidades que plantea el derecho penal y el procesal penal, sobre todo en el terreno de la investigación criminal.
- ❖ Criminología. Esta ciencia, no jurídica, perteneciente al mundo del —serl y que estudia la conducta antisocial y el delito, así como al autor de éste, desde un punto de vista distinto del normativo, se considera básica en el análisis del derecho penal, pues permite examinar las causas del delito, la personalidad del delincuente y sobre todo la peligrosidad. Es común la confusión entre derecho penal y criminología: el primero es una ciencia jurídica (normativa), en tanto que la segunda no lo es; aquél se ocupa del delito y de la pena como entidades jurídicas, mientras que la segunda adopta un enfoque sociológico, antropológico, biológico y psicológico del sujeto y de su comportamiento, así como de su prevención y readaptación.
- ❖ Derechos humanos. Como sabemos, los derechos humanos han sido punto de controversia desde tiempos muy remotos. La discusión adquirió vigencia a raíz de la pugna entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, y la necesidad de que sean considerados y respetados se establece con más intensidad después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Actualmente, vemos con profunda pena que entre la gente (aun con instrucción) existe un gran desconocimiento de lo que son los derechos humanos. La opinión pública y algunos sectores de la población rechazan y critican la existencia de los organismos dedicados a salvaguardar esos derechos. La gente común y corriente niega categóricamente que los —delincuentesll y presuntos delincuentes tengan derechos humanos. Incluso considera que la existencia de las comisiones de derechos humanos es un obstáculo para que se procure o administre justicia adecuadamente; pero una cosa nada tiene que ver con la otra. Cuando un probable responsable queda en libertad, la gente opina que se debe a la intervención de las comisiones protectoras de derechos humanos. Sin embargo, pasa

por alto que toda persona, aun un delincuente, tiene derecho a que se respeten sus derechos humanos. Sobre todo, habría que destacar que la intervención de estas comisiones no impide que el agente del Ministerio Público lleve a cabo las acciones que la ley le permite, ni que un juez penal imponga la sanción que conforme a derecho corresponda. Una aprehensión efectuada sin los requisitos legales, la aplicación de tortura, la retención indebida de un detenido, etc., constituyen violaciones a los derechos humanos, independientemente de que la persona sea o no responsable de la comisión de un delito; circunstancia ésta que muchos se niegan a aceptar. Como puede advertirse, la relación entre el derecho penal y los derechos humanos es muy estrecha. Ahora más que nunca están relacionadas, quizá porque precisamente donde más violaciones se cometen es en materia penal. Algo muy importante sería que existiera una verdadera información, a fin de que, lejos de atacar sin conocimiento ni fundamento la existencia de organismos protectores de derechos humanos, se haga conciencia en la gente para que conozca sus derechos y los exija, y que los medios de información no insistan en afirmar que la tutela de los derechos humanos es lo que —deja libres— a los delincuentes.

Política criminológica. Actualmente, cuando uno de los principales problemas que afronta nuestro país es la inseguridad, esta disciplina ofrece una rica gama de posibilidades, sobre todo en materia de prevención de conductas antisociales y delictivas. Lamentablemente los servidores públicos y funcionarios, por desconocimiento o falta de verdadero interés, desdeñan a los especialistas en estas áreas y dan —soluciones— que no tienen base ni fundamento, por lo que no se logran resultados satisfactorios. Debe insistirse en la necesidad de que autoridades y todos quienes intervienen en los ámbitos de la procuración y administración de justicia y sobre todo los legisladores, conozcan y apliquen los conocimientos que ofrece la política criminológica a fin de darle más atención a la prevención que a la represión, al aumento de penalidades y a la exagerada elaboración de leyes.

UNIDAD II TEORIA DE LA LEY PENAL

2.1 Principios fundamentales.

La ley penal es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad. La creencia de que la ley penal es sólo el conjunto de normas contenidas en el código penal resulta falsa; es un espejismo, pues existen diversas normas penales insertas en distintos cuerpos legales, como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código Fiscal de la Federación, la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Legislación Aduanera, la Ley General de Salud, etcétera. También es común pensar erróneamente que sólo existe un código penal para toda la República, cuando en realidad, como ya señalamos, aunque el Código Penal Federal (CPF) se aplica en toda la República en el caso de los delitos federales, hay uno para cada entidad federativa, debido al sistema federal mexicano, y el Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) es el aplicable a esta entidad en materia común. Los delitos federales son los que afectan a la Federación (véase el art. 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Lo anterior nos lleva a concluir que en México tenemos 33 códigos penales. Artículo 50. Los jueces federales penales conocerán: I. De los delitos del orden federal. Son delitos del orden federal: a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los incisos b) a l) de esta fracción; b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal; c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos; d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras; e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo; f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, así como los cometidos contra el Presidente de la República, los secretarios del despacho, el Procurador General de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros, magistrados y jueces del Poder Judicial Federal, los miembros del Consejo de la Judicatura Federal, los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los miembros del Consejo General de Instituto Federal Electoral, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los directores o miembros de las Juntas de

Gobierno o sus equivalentes de los organismos descentralizados; h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación; k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal; l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 40I del Código Penal, y m) Los previstos en los artículos 366, fracción III; 366 ter y 366 quáter del Código Penal Federal, cuando el delito sea con el propósito de trasladar o entregar al menor fuera del territorio nacional.

2.2 Fuentes de la ley penal.

Por fuente se entiende todo lo que da origen o hace posible el surgimiento de algo. De este modo, fuente del derecho será aquello que origina la creación de esta disciplina. En general, las fuentes del derecho pueden ser reales, formales o históricas.

Reales. Las fuentes reales son la causa que hace necesaria la creación de la norma; constituyen un acontecimiento que, en un momento dado, propicia el surgimiento de una norma jurídica, por ejemplo: el aumento en delitos sexuales (como la violación) ha hecho que el legislador incremente su punibilidad, aunque ello no resulte eficaz. Otro ejemplo es el incremento en la violencia dentro del seno familiar, lo que ha hecho que se incluya en algunos códigos penales el tipo de violencia familiar (aunque sin éxito en la práctica, ya que la inclusión de este tipo penal no ha logrado disminuir la comisión de este delito).

Formales. Las fuentes formales —son los procesos de creación de las normas jurídicas¹, de modo que en el derecho mexicano son fuentes formales la ley, la jurisprudencia, la costumbre y, para algunos, también la doctrina y los principios generales de derecho.

Históricas. Las fuentes históricas son los medios objetivos en los cuales se contienen las normas jurídicas, por ejemplo: los pergaminos o códices en que se encuentran antiguas normas o los bloques de piedra en que se hallan labradas las disposiciones legales

correspondientes. Por la naturaleza especial y delicada del derecho penal, sólo la ley puede ser fuente de él. Es común escuchar que la doctrina y la jurisprudencia son fuentes del derecho penal, pero ambas únicamente sirven para profundizar en él, para desentrañar el sentido de la norma, para aclarar las lagunas de la ley y, en general, para llevar a cabo una correcta interpretación de aquéllas.

Las investigaciones de los doctrinarios y la jurisprudencia son útiles para que, en un momento dado, el legislador eleve a ley su contenido, con lo cual reformará las normas penales; pero, en cualquier caso, sólo la ley es fuente del derecho penal. Lo anterior es una consecuencia de lo que dispone la Carta Magna, en cuyo art. 14 establece la garantía de legalidad, conocida a través de las expresiones latinas *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley) y *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley). Estos dogmas penales resumen la esencia del principio de legalidad.

2.3 Importancia de los dogmas penales.

2.3.1 Nullum crimen, nulla poena sine lege.

Principios judiciales: *nulla poena y nemo iudex* La legalidad penal, expresada en el dogma *nullum crimen nulla poena sine lege*, tiene correspondencias en la legalidad judicial y procesal. Se resume en los dogmas *nulla poena sine iudicio* y *nemo iudex sine lege*. El principio mencionado en primer término tiene que ver con el carácter necesario del proceso penal, especialmente las prevenciones de los artículos 14, 17 y 21: sólo procede la privación de bienes o derechos mediante juicio ante tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; y la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. No obsta la existencia de fenómenos compositivos, ya referidos, que no desembocan en la imposición de pena, sino en la satisfacción de un interés disponible para el particular. El principio *nulla poena sine iudicio* se acoge, junto a una atribución de competencia, en el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: corresponde a los juzgadores de esta circunscripción conocer de los hechos delictivos, resolver sobre la responsabilidad de los participantes y aplicar a éstos las sanciones pertinentes. Conciernen a la ley la creación de los órganos jurisdiccionales, por establecimiento directo o por determinación del sistema para constituirlos. La Constitución se refiere a los juzgadores federales (artículos 94 y ss.). Con esta base, la materia se detalla

en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en los acuerdos de la Suprema Corte, actuando en pleno, que crean circuitos judiciales, tribunales y juzgados (artículo 12, fracciones I a IV de la Lopjf.). Otro tanto se puede decir de los estados, según su fuero doméstico, y del Distrito Federal. A éste son aplicables el artículo 73, fracción VI, base Sa., de la Constitución; la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Distrito Federal (Lotjdf) y los acuerdos del Tribunal Superior, en pleno, que aumentan el número de juzgados (artículo 28, fracción VIII, de la Lotjdf). La norma sobre tribunales previamente establecidos se refiere al orden jurisdiccional general, más que a la fecha de constitución del tribunal en relación con el momento de inicio del proceso. Es posible -y frecuente- que nuevos juzgados, federales o estatales, asuman el conocimiento de causas radicadas ante otros órganos jurisdiccionales del mismo fuero, aun cuando la comisión del delito fuese anterior a la fundación del nuevo juzgado

2.4 Ámbito de validez.

Ámbitos de validez de la ley penal Con este tema se trata de precisar los alcances y límites de la ley penal. Primero, ante un problema concreto, se debe saber cuáles son las normas aplicables (ámbito material); después, precisar desde qué momento y hasta cuándo está vigente la norma (ámbito temporal); luego, determinar en qué demarcación geográfica o espacio físico tiene aplicación la norma (ámbito espacial) y, por último, saber a quién o a quiénes se aplica (ámbito personal).

Material Para entender el problema referente a este ámbito de validez de la ley penal, hay que distinguir tres órdenes desde los cuales puede contemplarse la aplicación de la norma:

Común, local u ordinario.

Federal o excepcional.

Militar o castrense.

Orden común. También se conoce como local u ordinario. Como se ha expresado, debido al sistema federal mexicano cada entidad federativa legisla en materia penal; así, existirán delitos y normas procesales con diversas características, según el estado donde

ocurran aquéllos. Por regla general, puede decirse que pertenece al fuero común lo no reservado especialmente a la Federación.

Dicho de otra manera, todos los delitos son comunes, menos los que expresamente y, por excepción, la ley determina como federales. Federal. Aquí quedan comprendidos los delitos que afectan directamente a la Federación. Se llaman delitos federales los establecidos en el art. 50 de la LOPJF. El art. 1o. del CPF establece que dicho código se aplicará en toda la República para los delitos de orden federal. Militar. También se llama castrense y rige las relaciones del cuerpo armado. Existe una legislación especial, que es el Código de Justicia Militar (CJM), en el cual se señalan los delitos y las penas correspondientes a los miembros del ejército. Algunos delitos del fuero militar son: desobediencia, abuso de autoridad, insubordinación, falsa alarma, traición a las fuerzas armadas mexicanas, desertión e insumisión, sedición, espionaje, rebelión, asonada, abandono de servicio, pillaje, devastación, merodeo, contrabando y duelo, entre otros. Cabe mencionar que la pena de muerte estuvo prevista en el art. 143 del CJM, precepto que fue derogado el 29 de junio de 2005. Por su parte, la Constitución Política otorga dichas facultades y reconoce esa autonomía al fuero militar (arts. 5o., 10 y 13, entre otros).

2.4.1 Temporal

Temporal ¿Cuándo es aplicable una norma penal? La respuesta más concreta consiste en afirmar que es aplicable sólo durante su vigencia, lo cual implica que lo es desde el inicio de ésta (publicación en el Diario Oficial de la Federación, gaceta oficial de la entidad o fecha señalada expresamente) y hasta que se deroga la norma o se abroga la ley, de modo que ni antes ni después podrá aplicarse. Un problema controvertido en torno a dicho punto es la retroactividad de la ley. En principio, ninguna ley puede aplicarse retroactivamente, o sea, ninguna ley puede aplicarse respecto de un hecho ocurrido antes del surgimiento de la norma. Sin embargo, debe entenderse que tal prohibición, de conformidad con el art. 14 constitucional, se impone siempre que sea —en perjuicio de persona alguna. De esa manera, la ley podrá aplicarse retroactivamente cuando resulte en beneficio del inculpaado o sentenciado. Fundamentación de ello es el art. 56 del CPF, así como los preceptos 10 y 121 del CPDF, los cuales señalan que será aplicable la ley más favorable al inculpaado o sentenciado.

2.4.2 Espacial

Espacial La ley debe aplicarse en el espacio territorial donde fue creada, pues emana en virtud de la soberanía de cada Estado; por tanto, debe tener aplicabilidad en su propio territorio, y no en otro.

Principios. En cuanto al ámbito espacial de la ley penal, existen varios principios: de territorialidad, extraterritorialidad, personal, real y universal.

De territorialidad. El CPF establece en su art. 1o. este principio, al señalar que se aplicará en toda la República, por los delitos del fuero federal. El art. 7o. del CPDF, por su parte, recoge este principio en lo referente al ámbito local.

De extraterritorialidad. Este principio supone que, en ciertas situaciones, la ley mexicana puede aplicarse fuera del territorio nacional, como en el caso previsto por los arts. 2o., fracc. II, 4o. y 5o. del CPF. A tal principio hace referencia el art. 8o. del CPDF.

Personal. Este principio atiende a la persona en sí, aspecto que determinará la aplicación de la ley, como lo dispone el art. 4o. del CPF cuando hace referencia a la nacionalidad de los sujetos activo y pasivo, y en el CPDF es el art. 12 el que prevé este principio, haciendo referencia a la noción de imputabilidad, pues establece la edad de 18 años como mínima para fincar responsabilidad penal.

Real. Tal principio se refiere a los bienes jurídicamente tutelados; en atención a ellos, se determina el Estado que debe sancionar al delincuente. **Universal.** Según este principio, todas las naciones deben tener el derecho de sancionar al infractor de la ley.

El principio que rige en el sistema jurídico mexicano es el de territorialidad, y sólo excepcionalmente sigue otros. Dentro del ámbito espacial surgen dos figuras de gran interés: la extradición y la expulsión. **Extradición.** Es la entrega que hace un Estado a otro de un acusado o condenado que se ha refugiado en aquél. Al respecto, suele hacerse una clasificación, más didáctica que real, pero que muestra con claridad la función de la extradición: **Activa.** Se refiere al que solicita la entrega del delincuente. **Pasiva.** Tiene lugar según el país que hace la entrega del delincuente (país donde se refugió el sujeto). **Espontánea.** La aplica el país donde se encuentra el delincuente, sin ser requerido. **Voluntaria.**

El propio delincuente se entrega a su Estado de origen. De paso o tránsito. Es el permiso que otorga un Estado por el hecho de que el delincuente pase por su territorio, al dirigirse al Estado donde cometió el delito, en virtud de la extradición. Por último, cabe aclarar que la extradición ocurre en el plano tanto interno (nacional) como externo (internacional). En este último caso se rige por los tratados internacionales en que los Estados son parte y por las disposiciones de la Ley de Extradición Internacional. Expulsión. Consiste en que un Estado puede expulsar a los extranjeros bajo determinadas circunstancias. El art. 33 constitucional, en su párrafo segundo, establece: –El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.‖ Como se advierte, la extradición y la expulsión son figuras diferentes, aunque suelen confundirse, lo que conduce a serios errores.

2.4.3 Personal.

Personal En este aspecto, la validez de la ley penal atiende a la persona a quien va dirigida; por supuesto, parte del principio de igualdad de todos los hombres ante la ley. Igualdad de todos ante la ley.

Antiguamente no prevalecía esta consideración, de modo que se efectuaban distingos absurdos e incluso injustos, cuando se examinan épocas en que existía la servidumbre, la esclavitud, etc. En épocas pretéritas, las desigualdades ocurrían en función de criterios diversos: por la condición natural (sexo, edad, color, raza, etc.); en ciertas civilizaciones, las deformaciones físicas hacían que la ley se aplicara con mayor rigor a quienes habían tenido la desgracia de padecerlas o según las condiciones sociales (castas, siervos, esclavos; cargos públicos, títulos nobiliarios, etcétera).

En la literatura española se percibe claramente lo anterior: en Fuenteovejuna, de Lope de Vega, el pueblo unido ocultó la identidad del asesino del comendador, por haber considerado que la muerte de éste era un acto justo. Sin embargo, ante la maldad de aquél y su prepotencia, los reyes españoles manifestaron su disgusto, no tanto porque el pueblo le hubiera privado de la vida, sino por haberlo hecho en forma y condiciones que no correspondían a las calidades de un comendador, pues se le mató de la manera que solía

hacerse cuando se trataba de plebeyos, de gente vulgar del pueblo y no de acuerdo con su rango. Estos distingos provenían de la ley, que señalaba formas diversas de tratamiento, según la persona de quien se tratara. Con la Revolución francesa, concretamente a raíz de la Declaración de los Derechos del Hombre, fue universal considerar en estado de igualdad a todos los seres humanos, de modo que pocos pueblos aún conservan aquellos distingos lamentables. La Constitución mexicana, en el art. 2o., establece ese principio de igualdad, prohíbe la esclavitud y considera libre al esclavo extranjero que entra en el país. Por su parte, en el art. 12 constitucional se declara que no se considerarán títulos de nobleza, prerrogativas ni honores hereditarios, e incluso se desconocen los concedidos en otros países. Otro precepto relacionado con este tema es el art. 13 constitucional, que prohíbe la creación de leyes privativas y de tribunales especiales, con lo que establece un trato igual a los ciudadanos. Excepciones al principio de la igualdad.

Existen situaciones especiales en las que este principio deja de tener aplicación, las cuales, como se verá, se justifican plenamente:

- a) en el derecho interno, la declaración de procedencia, y
- b) en el derecho internacional, la inmunidad.

a) En el derecho interno. Se presenta un caso en el que, a determinados servidores públicos, ante la comisión de un delito, se les da un tratamiento especial, derivado de su función ante el Estado. Antes de la reforma constitucional de 1982 se le llamaba fuero. La responsabilidad de los servidores públicos da lugar al castigo correspondiente, previo juicio político, en vez de seguirse el procedimiento que correspondería a cualquier ciudadano. Para precisar dicha figura es necesario recurrir a los preceptos de la Constitución siguientes: 108, 109, 110, 111 a 114, así como a los relativos del CPF por cuanto hace a los delitos cometidos o a la ley especial infringida.

b) En el derecho internacional. Existe la institución de la inmunidad, prerrogativa que se concede a los diplomáticos de otros países que se encuentran en el territorio nacional en el desempeño de sus funciones. Su razón de ser consiste en garantizar el debido cumplimiento de dichas funciones y evitar obstáculos, impedimentos e incluso falsas acusaciones, que trascenderían en desprestigio internacional. En tal aspecto, se debe estar a

lo dispuesto en tratados internacionales. Si el delito de que se trata no se halla previsto en la legislación penal interna, pero sí en un tratado internacional, se estará al señalamiento del art. 6o. del CPF, que prevé la aplicación de un tratado internacional en el que México haya sido parte y lo haya ratificado.

UNIDAD III. LA TEORIA DEL DELITO

3.1 El delito

Para hacer un estudio completo del delito, hay que empezar por tratar un tema que algunos identifican como elementos típicos, esto es, elementos que contiene el tipo penal, y que otros conocen como presupuestos del delito. De esta manera tenemos que elementos típicos son cada uno de los elementos contenidos en la descripción típica. Básicamente son los sujetos (activo y pasivo), la conducta típica, los medios de ejecución de dicha conducta (cuando el tipo los exige), los objetos (material y jurídico), y en ocasiones el tipo contempla un elemento típico normativo (es la antijuridicidad expresada en fórmulas como: –a quien indebidamentell, –injustamentell, –sin derecholl, etc.) y un elemento subjetivo (es la intención específica o el conocimiento de una circunstancia, expresado en frases como: –a quien con la intención de...ll, –a quien con conocimiento de...ll). Los autores que conocen estos elementos como presupuestos del delito los subdividen en: Presupuestos básicos generales. Son circunstancias o situaciones que deben existir antes de la comisión del delito. Son: la norma penal, el sujeto activo, el pasivo, el bien jurídicamente tutelado y el objeto material. Presupuestos básicos especiales. Son elementos específicos que en ocasiones exige la norma, para la debida integración del tipo penal. Por ejemplo, en el delito de aborto, el presupuesto básico especial es el embarazo, pues de no haber un embarazo no podrá cometerse un aborto.

3.1.1. Concepto

Delito: Es toda conducta típica, antijurídica y culpable sancionada por la ley penal.

Existen tantas definiciones de delito como corrientes, disciplinas y enfoques. Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, etc. En realidad, en este libro se maneja fundamentalmente la noción jurídica del delito.

Desde un punto de vista jurídico, el delito atiende sólo a aspectos del derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole. Por el contrario, la criminología sí se ocupa de estos aspectos. El delito, como noción jurídica, se contempla en dos aspectos: jurídico-formal y jurídico-sustancial. Jurídico-formal Se refieren a las entidades

típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una sanción. La definición contenida en el art. 7o. del CPF es jurídico-formal. Dicho de otra manera, la definición legal se equipara a la jurídico-formal. En este sentido, delito es el acto o la omisión que sancionan las leyes penales. El CPDF, por su parte, preceptúa lo que debe entenderse por delito en los arts. 15 al 18, pero no ofrece una definición precisa. Jurídico-sustancial Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar el delito, de manera que existen dos corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica. Unitaria o totalizadora. Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones. Atomizadora o analítica. Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al mismo. De acuerdo con esta corriente, algunos penalistas estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos; unos consideran que se conforma con dos elementos, otros aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con siete elementos. Así, habrá una teoría bitómica, tritómica, etc.

Una definición de delito jurídico-sustancial sería: es la conducta típica, antijurídica y culpable, según la noción que proporciona Jiménez de Asúa. En mi opinión, el delito es la conducta típica y antijurídica realizada por una persona imputable y culpable, que dará por consecuencia la punibilidad.

3.1.2 Sistemas

Sujetos del delito En derecho penal se habla constantemente de dos sujetos que son los protagonistas del mismo: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Sujeto activo Es la persona física que comete el delito; se llama también delincuente, agente o criminal. Este último vocablo es el que maneja la criminología. Es conveniente afirmar, desde ahora, que el sujeto activo es siempre una persona física, independientemente del sexo, la edad (la minoría de edad da lugar a la inimputabilidad, que se verá en capítulo aparte), la nacionalidad y otras características. Cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calidades o características especiales que se requieren para ser sujeto activo; sólo la mujer embarazada podrá ser activo de aborto procurado; únicamente del descendiente o

ascendiente consanguíneo en línea recta, los cónyuges, la concubina, concubinario, hermanos, adoptante o adoptado, pueden serlo en homicidio en razón del parentesco o relación, etcétera.

Los demás aspectos relativos al sujeto activo se verán al abordar la teoría del delincuente. Nunca una persona moral o jurídica podrá ser sujeto activo de algún delito; cabe mencionar que, en ocasiones, aparentemente es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y, en todo caso, ejecutó el delito. Sólo la persona física puede ser imputable y culpable. Los arts. 13 del CPF y 22 del CPDF señalan quiénes pueden ser responsables de los delitos. Sólo lo son las personas físicas, en ambos códigos, aunque en el local (art. 32) se introduce la noción –consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas morales, pero ello no quiere decir que se trate de una pena para la persona jurídica. (Analícese detalladamente todas las fracciones del referido precepto, para precisar por qué una persona jurídica o moral nunca podrá ser sujeto activo.)

Sujeto pasivo Existe una clasificación del sujeto pasivo en: impersonal y personal. Sujeto pasivo impersonal. Tiene lugar cuando el delito recae en una persona jurídica o moral. Por ejemplo: robo a una sociedad anónima. Sujeto pasivo personal.

Ocurre cuando el delito recae en una persona física.

Por ejemplo: lesiones. Sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente.

Por lo general, se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la nación, entre otros.

Estrictamente, el ofendido es quien resiente el delito en forma indirecta; por ejemplo, los familiares del occiso. En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quién puede serlo y en qué circunstancias; por ejemplo, en el aborto, sólo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

3.1.3 Clasificación

Algunos autores incluyen esta clasificación en la parte relativa al estudio de la noción del delito, de modo que hacen una clasificación de tipos y otra de delitos, mientras que otros sólo clasifican el tipo. Por considerarlo más apropiado y para facilitar el estudio del tema, se incluyen en una sola clasificación tanto los tipos como los delitos.

La clasificación que en seguida se detalla atiende a diversos criterios y varía según el autor. Cabe destacar que la utilidad de clasificar el tipo consiste en facilitar la identificación de sus rasgos característicos, para diferenciar un delito de otro e incluso resolver problemas prácticos que se abordarán en la segunda parte de este libro.

- ❖ Por la conducta En relación con el comportamiento del sujeto activo, el tipo puede ser:
 - a) De acción. Cuando el agente incurre en una actividad o hacer; es decir, cuando la conducta típica consiste en un comportamiento positivo, por ejemplo, robo por apoderamiento u homicidio por estrangulamiento.
 - b) De omisión. Cuando la conducta consiste en un —no hacer!, en una inactividad, o sea, un comportamiento negativo. A su vez, la omisión se divide en simple y de comisión por omisión, como se vio en el capítulo anterior.
 - c) Omisión simple. Consiste en no hacer; es decir, no se realiza lo que la ley prohíbe, sin que se produzca un resultado material, sino formal; un ejemplo es la portación de armas prohibidas.
 - d) Comisión por omisión. Consiste en no hacer; en una inactividad, pero que tiene como resultado un daño o afectación al bien jurídico; por ejemplo, privar de la vida por no administrar un medicamento.
- ❖ Por el daño Se refiere a la afectación que el delito produce al bien tutelado, y puede ser como sigue:
 - a) De daño o lesión. Cuando se afecta realmente el bien tutelado, por ejemplo, robo, homicidio y violación.
 - b) De peligro. Cuando no se daña el bien jurídico, sino que únicamente se pone en peligro el bien jurídico. La ley castiga por el riesgo en que se colocó dicho bien. Así, el peligro puede ser:

- c) Efectivo. Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación, por ejemplo, con un disparo de arma de fuego y un ataque peligroso (contemplados todavía en algunos códigos penales estatales, no así en el CPDF ni en el CPF).
 - d) Presunto. Cuando el riesgo de afectar el bien es menor, por ejemplo, el abandono del cónyuge e hijos, la omisión de socorro, el abandono de atropellados y el abandono de personas, en el CPF y la omisión de auxilio o de cuidado, en el CPDF.
- ❖ Por el resultado Según la consecuencia derivada de la conducta típica, el delito puede ser:
- a) Formal, de acción o de mera conducta. Para la integración del delito no se requiere que se produzca un resultado, pues basta realizar la acción (omisión) para que el delito nazca y tenga vida jurídica; por ejemplo, portación de arma prohibida.
 - b) Material o de resultado. Es necesario un resultado, de manera que la acción u omisión del agente debe ocasionar una alteración en el universo de las cosas; por ejemplo, homicidio, lesiones y fraude.
- ❖ Por la intencionalidad La intención del activo determina el grado de responsabilidad penal; es algo subjetivo y en ocasiones difícil de probar. Así, el delito puede ser:
- a. Doloso, intencional. Cuando el sujeto comete el delito con la intención de realizarlo. Se tiene la voluntad y el dolo de infringir la ley (arts. 9o., CPF, y 18, párrafo segundo, CPDF).
 - b. Culposos, imprudencial o no intencional. El delito se comete sin la intención de cometerlo; ocurre debido a negligencia, falta de cuidado, imprevisión, imprudencia, etc.; por ejemplo, homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena con motivo del tránsito de vehículos (arts. 9o., párrafo segundo, CPF, y 18, párrafo tercero, CPDF).
 - c. Preterintencional o ultraintencional. El agente desea un resultado típico, pero de menor intensidad o gravedad al producido, de manera que éste ocurre por imprudencia en el actuar; por ejemplo, el sujeto activo quiere lesionar a alguien, pero su actuar produce la muerte. La

preterintención fue derogada del CPF y no se incluye en el CPDF, pero existe en varios códigos penales estatales. Cabe aclarar que tanto el CPF como el CPDF se refieren a delitos dolosos, en alusión a los intencionales, sin usar esta terminología, y a delitos culposos (imprudenciales), en alusión a los no intencionales, vocablo empleado por la doctrina.

- ❖ Por su estructura Este criterio se refiere a la afectación producida al bien tutelado. De esta manera, el delito puede ser:
 - a. Simple. Cuando el delito producido sólo consta de una lesión.
 - b. Complejo. Cuando el delito en su estructura consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un ilícito distinto y de mayor gravedad; por ejemplo, la violación tiene una penalidad como delito simple, pero si la comete un ascendiente será agravada (algunos creen, erróneamente, que existe concurso de violación e incesto, cuando en realidad se trata sólo de violación agravada, pues el incesto implica la voluntad de ambos sujetos, activo y pasivo, para su realización).
- ❖ Por el número de sujetos De acuerdo con la cantidad de activos que intervienen en el delito, éste puede ser:
 - a. Unisubjetivo. Para su integración se requiere un solo sujeto activo. Ejemplo: homicidio, lesiones, robo, violación y prácticamente cualquiera que no exija la concurrencia de dos o más sujetos activos. Debe aclararse que el hecho de que el tipo penal sea unisubjetivo, no significa que no puedan ser varios los sujetos activos; por ejemplo, dos o más personas pueden robar, lesionar o violar, pero en estos casos surge una pluralidad de agentes; todos responderán ante el derecho penal.
 - b. Plurisubjetivo. Para su integración se requiere la concurrencia de dos o más sujetos, por ejemplo, adulterio (está previsto sólo en algunos códigos penales estatales), incesto, delincuencia organizada, asociación delictuosa, etc.; un solo sujeto activo no puede incurrir en ninguno de estos delitos.
- ❖ Por el número de actos Dependiendo de la cantidad de actos de la conducta delictiva, el delito puede ser:

- a. Unisubsistente. Requiere, para su integración, de un solo acto.
 - b. Plurisubsistente. El delito se integra por la concurrencia de varios actos; cada conducta, por sí sola, de manera aislada, no constituye un delito.
- ❖ Por su duración Desde la realización de la conducta hasta el momento en que se consuma, transcurre un tiempo. De acuerdo con esa temporalidad, el delito puede ser:
- a. Instantáneo. El delito se consuma en el momento en que se realizaron todos sus elementos: en el mismo instante de agotarse la conducta se produce el delito; por ejemplo, homicidio (arts. 7o., fracc. I, CPF, y 17, fracc. I, CPDF). Instantáneo con efectos permanentes. Se afecta instantáneamente el bien jurídico, pero sus consecuencias permanecen durante algún tiempo; por ejemplo, lesiones.
 - b. Continuado. Se produce mediante varias conductas y un solo resultado; los diversos comportamientos son de la misma naturaleza, ya que van encaminados al mismo fin. Así, se dice que hay pluralidad de conductas y unidad de resultado; por ejemplo, la vendedora de una casa de modas que cada día roba alguna prenda, hasta completar un ajuar de novia (arts. 7o., fracc. III, CPF y 17, fracc. III, CPDF).
 - c. Permanente. Después de que el sujeto realiza la conducta, ésta se prolonga en el tiempo a voluntad del activo, por ejemplo, secuestro (arts. 7o., fracc. II, CPF, y 17, fracc. II, CPDF). Tanto el CPF como el CPDF se refieren al delito permanente, que también llaman continuo
- ❖ Por su procedibilidad o perseguibilidad Se refiere a la forma en que debe procederse contra el delincuente:
- a. De oficio. Se requiere la denuncia del hecho delictivo (presumiblemente delictivo) por parte de cualquiera que tenga conocimiento del mismo; incluso si la autoridad se entera de la existencia del delito cometido y no existe una denuncia, la autoridad está obligada a proceder. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no sólo el ofendido puede denunciarla. La mayor parte de los delitos se persigue de oficio, en cuyo caso no procede el perdón del ofendido.
 - b. De querrela necesaria. A diferencia del anterior, éste sólo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos

representantes. La situación anterior se presenta en función de la naturaleza delicada y personal del delito. La ley deja a criterio de la propia víctima proceder o no contra el delincuente, pues en algunos casos la consecuencia llega a tener una afectación casi tan grave como el propio delito, a veces incluso mayor. Por su naturaleza, procede el perdón del ofendido, y cabe destacar que son menos los delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida. La regla para saber si un delito se persigue de oficio o por querrela es la siguiente: cuando se persigue por querrela de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo donde se define el delito o en otro; en cambio, los delitos perseguibles de oficio no tienen dicho señalamiento, de manera que al ser omisa esa prescripción, se entiende que son perseguibles de oficio. Ejemplos de delitos perseguibles de oficio o por querrela: De oficio Por querrela Homicidio Estupro Lesiones graves Lesiones levísimas (cpf) Violación Abuso de confianza Aborto Hostigamiento sexual Violencia familiar hacia los menores Violencia familiar entre cónyuges En algunos delitos, la perseguibilidad o procedibilidad se da en función de la persona que los comete y de su nexo o relación con el pasivo del delito en el caso de los patrimoniales. Consúltense los arts. 399 bis del CPF y 246 del CPDF.

- ❖ Por la materia Se trata de seguir el criterio de la materia a que pertenece el delito (ámbito material de validez de la ley penal), de modo que el ilícito puede ser:
 - a. Común. Es el emanado de las legislaturas locales. Como se vio en líneas anteriores, cada Estado legisla sus propias normas. Desde agosto de 1999 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal está facultada para legislar en materia penal para la capital del país.
 - b. Federal. Es el emanado del Congreso de la Unión, en el que se ve afectada la Federación.
 - c. Militar. Es el contemplado en la legislación militar, o sea, afecta sólo a los miembros del ejército nacional. Su fundamento se encuentra en la CPEUM.
 - d. Político. Es el que afecta al Estado, tanto por lo que hace a su organización como en lo referente a sus representantes, como es el caso de la sedición, la rebelión, el motín y la conspiración para cometerlos (art. 144, CPF). Contra el derecho internacional. Afecta bienes jurídicos de derecho internacional, como piratería, violación de

inmunidad y violación de neutralidad. Por el bien jurídicamente protegido Conforme a este criterio, los delitos se agrupan por el bien jurídico que tutelan, criterio que siguen los códigos penales. Ocasionalmente se advierte que el criterio adoptado por el legislador es otro; pero, en términos generales, en la legislación mexicana prevalece el del bien jurídico. Así, existen delitos contra la libertad sexual, patrimoniales, contra la vida, contra la salud, etcétera.

- ❖ Por su ordenación metódica Según determinadas circunstancias, el delito puede ser:
 - A. Básico o fundamental. Es el tipo que sirve de eje o base y del cual se derivan otros, con el mismo bien jurídico tutelado. El tipo básico contiene el mínimo de elementos y es la columna vertebral de cada grupo de delitos; por ejemplo, robo y homicidio.
 - B. Especial. Se deriva del anterior, pero incluye otros elementos que le dan autonomía o vida propia; por ejemplo, homicidio en razón del parentesco o relación, infanticidio, feminicidio y aborto, los cuales derivan del homicidio, pues de hecho son homicidios, pero con características en los sujetos activo y pasivo que los hacen diferentes del básico. Dichos delitos pueden ser agravados (calificados) o atenuados (privilegiados). El aborto es privilegiado, mientras que el homicidio en razón del parentesco o relación es agravado.
 - C. Complementado. Es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su punibilidad, de manera que lo agravan o atenúan; además, no tiene vida autónoma como el especial; por ejemplo, robo en casa habitación, con una pena agravada, según el lugar donde se cometa.
- ❖ Por su composición Se refiere a la descripción legal que hace referencia a sus elementos, los cuales pueden ser objetivos, subjetivos o normativos. Así, el delito puede ser: Normal. La descripción legal sólo contiene elementos objetivos; por ejemplo, homicidio. Anormal. Se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos; por ejemplo, homicidio en razón del parentesco o el abandono de personas (sin causa justificada). Por su autonomía o dependencia Hay delitos que existen por sí solos, mientras que otros necesariamente dependen de otro.

Autónomo. Tiene existencia por sí; por ejemplo, robo y homicidio. Dependiente o subordinado. Su existencia depende de otro tipo; por ejemplo, homicidio en riña o duelo y robo de uso. Por su formulación Por la forma en que se hace la descripción del tipo, el delito puede ser: Casuístico. El tipo plantea diversas hipótesis o posibilidades para integrarse el delito, el cual puede ser: Alternativo. Cuando basta que ocurra uno de los supuestos que plantea la norma; por ejemplo, en el despojo, que se integrará cuando se realice por alguno de los medios de ejecución previstos en el tipo penal (violencia, amenaza, furtividad o engaño); en este caso, el CPF ofrece cuatro medios de ejecución y será necesario que se haya realizado mediante alguno de ellos, no por los cuatro. Acumulativo. Para la integración del delito se requiere que ocurran todas las hipótesis planteadas; por ejemplo, estupro. Amplio. El tipo no precisa un medio específico de comisión, por lo que puede serlo cualquiera; por ejemplo, homicidio, lesiones y robo, entre otros. Por la descripción de sus elementos Se refiere justamente a cómo el legislador lleva a cabo la descripción legal, de modo que el delito puede ser: Descriptivo. Describe con detalle los elementos que debe contener el delito. Normativo. Hace referencia a lo antijurídico; generalmente va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se reconoce por expresiones como sin derecho, indebidamente, sin justificación, sin causa justa, etc. Implica lo contrario a derecho; por ejemplo, robo –sin derecho y sin consentimiento

3.2 La conducta. ausencia de conducta.

La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, consecuencias como son la responsabilidad culposa o preterintencional), activo (acción o hacer positivo) o negativo (inactividad o no hacer), que produce un resultado. Como antes se precisó, sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; por tanto, se descartan todas las creencias respecto de si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: de acción y de omisión. Acción La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la

ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.² La conducta puede realizarse mediante un comportamiento o varios; por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa y con una última le da a beber el brebaje mortal. Otras ocasiones, un solo comportamiento es suficiente; por ejemplo, sofocar a alguien colocándole una almohada en la cara. Elementos de la acción. Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado este último también nexo causal. Voluntad. Es el querer, por parte del sujeto activo, cometer el delito. Es propiamente la intención. Se trata de un elemento subjetivo, cuya probanza muchas veces resulta difícil. Actividad. Consiste en el —hacerll o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito. Éste es un elemento objetivo. Resultado. Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal. Nexo de causalidad. Es el ligamen o nexo que une la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Se insiste en que el nexo causal debe ser material, ya que, si es moral, espiritual o psicológico, será irrelevante para el derecho penal. Quien desea matar debe actuar de manera que el medio o los medios elegidos para tal propósito sean objetivos y, por tanto, idóneos; se requiere que los materialice para lograr el resultado típico. Invocar espíritus o rezar para que el sujeto pierda la vida no constituyen medios idóneos de tipo material para causar su muerte. Aun ante la hipótesis de que sobreviniera la muerte, ésta no podría imputarse al —probable sujeto activo, porque fácticamente no realizó ningún acto material idóneo para producir el resultado. Puede haber voluntad y resultado, pero no nexo causal; éste debe ser material y depender de la voluntad del agente. Teorías acerca del nexo causal. Para precisar cuáles son las conductas que causan el resultado, se han elaborado diversas teorías, de las que se enuncian brevemente las siguientes: Equivalencia de las condiciones. Se conoce como teoría de la *conditio sine qua non*, la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y, por tanto, causa de éste. Última condición. También se le llama de la causa próxima o inmediata; considera que de todas las causas, la más cercana al resultado es la que lo origina. Condición más eficaz. Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga una eficacia preponderante. Adecuación.

También llamada de la causalidad adecuada, consiste en afirmar que la causa del resultado será la más adecuada o idónea para producirlo. En mi opinión, la más aceptable es la última, pues atiende a la idoneidad de la causa, la cual, en última instancia, debe prevalecer. En la práctica, deben tenerse en cuenta las condiciones y circunstancias en que se manifestó la conducta y se produjo el resultado en cada caso concreto, a fin de comprobar indubitablemente el nexo causal. En la segunda parte del libro, al estudiar el homicidio, se abordará concretamente el nexo causal, cuyas reglas prevén los arts. 303 al 305 del CPF y 124 del CPDF. En el capítulo 13 de la parte especial, al analizar el delito de homicidio, se profundizará sobre este tema que ofrece una multiplicidad de problemas en la vida real, como puede ser, por ejemplo, el caso de la –temporalidad; esto es, que existen códigos penales que establecen un requisito de tiempo para que haya nexo causal en homicidio, esto es, que la muerte debe producirse dentro de un tiempo determinado a partir de la lesión, que en unos casos es de 60 y en otros de 90 días. En éstos, pasado este término, aunque se produzca la muerte, no se considera que exista nexo causal, por lo que no se estaría ante la presencia del delito de homicidio. La tendencia actual es la desaparición de dicha temporalidad como requisito para la existencia del nexo causal.

3.3 Omisión

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o la forma negativa del comportamiento. La omisión puede ser simple o puede haber comisión por omisión. Omisión simple. También conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o culposamente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva; por ejemplo, portación de arma prohibida. Comisión por omisión. También conocida como comisión impropia, es un no hacer doloso o culposo, cuya abstención produce un resultado material; por ejemplo, abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se puede causar una lesión o la muerte de éstos. Elementos de la omisión. Tales elementos son la voluntad, la inactividad, el resultado y el nexo causal. Para su explicación, consúltese lo expuesto acerca de los elementos de la acción, ya que se trata de los mismos; sin embargo, hay que aclarar que en los delitos de simple omisión no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado. En la comisión por

omisión, en la cual se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe presentar y comprobar el nexo causal; por ejemplo, la madre que, con el fin de procurar su aborto, deja de tomar el alimento, suero o el medicamento que indicó el médico para proteger la vida del producto, de manera que causa la muerte de éste y comete el delito de aborto. En este caso deberá comprobarse el nexo causal a partir del dictamen médico y las pruebas de laboratorio que establezcan que la causa de la muerte del producto fue no alimentar o no administrar el suero o medicamento.

Lugar de la conducta En principio, el lugar donde se comete un delito coincide tanto en la conducta como en el resultado que produce; así, conducta y resultado ocurren en el mismo lugar. Sin embargo, a veces, debido a la naturaleza del delito, la conducta se realiza en un lugar y el resultado en otro, como cuando se profiere una amenaza por la vía telefónica o en forma escrita a través de un correo electrónico, pues la conducta típica verbal o escrita la puede producir el agente en Querétaro y el efecto que viola el bien jurídico del pasivo se produce, por ejemplo, en Mérida; o bien, cuando se envía un paquete o carta —bombardeo de Monterrey a Campeche. El problema radica en determinar la jurisdicción para castigar al responsable. Tanto en derecho interno como en materia internacional, esto constituye un problema grave. Aquí aplican las reglas de los ámbitos de validez.

Actualmente, los delitos cibernéticos son algunos en los que pueden actualizarse las hipótesis aquí planteadas, pues es factible incluso que se pueda producir la muerte dolosa de una persona que está siendo intervenida quirúrgicamente en la Ciudad de México mediante la intervención de un programa computacional que altere o suspenda los mecanismos empleados en la sala de operaciones desde Guadalajara. Otro caso es el de los virus enviados hacia las computadoras.

Tiempo de la conducta Por regla general, el delito produce el daño o peligro en el momento de llevarse a cabo la conducta; sin embargo, a veces varía el tiempo de uno y otra, lo cual puede dar lugar a que en ese lapso la ley haya sufrido reformas. Estimamos que la norma aplicable será la correspondiente al momento de producirse el resultado y no antes, porque podría estarse en un caso de grado de tentativa. Al respecto, Fernando Castellanos plantea el problema de los menores de edad y cuestiona cuál ley será aplicable si un menor de edad realiza una conducta y el resultado se produce cuando ya es mayor de edad. En este caso,

consideramos aplicable la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, según el razonamiento siguiente: debe estimarse la inimputabilidad (falta de capacidad de entender y querer) del menor en el momento de realizar la conducta y no al ocurrir el resultado. La conducta se lleva a cabo cuando el sujeto es menor de edad y, por tanto, incapaz ante la ley, de manera que ese criterio debería seguirse. Los problemas derivados del lugar y el tiempo de la conducta aún se tratan en la doctrina y originan innumerables conflictos.

3.4 Comisión por omisión

En algunas circunstancias surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y, por ende, da lugar a la inexistencia del delito. De facto sí hay una conducta, pero no es una auténtica conducta voluntaria; es como si el sujeto activo fuera un instrumento o autómatas; alguien sin voluntad. Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes: vis absoluta, vis maior, actos reflejos, sueño profundo, sonambulismo e hipnosis.

Vis absoluta La vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

Matar por vis absoluta coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo. Ni desde el punto de vista de la lógica ni desde el jurídico puede ser responsable quien es —usado— como medio para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de alguien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona.

Vis maior La vis maior es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza. Cuando un sujeto —comete un delito— a causa de una fuerza mayor, se presenta el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto —agente—, ni conducta propiamente dicha; de ahí que la ley penal no lo considere responsable. Un ejemplo sería que en un terremoto alguien, impulsado por un movimiento brusco de la tierra, lance al vacío a una persona que tiene cerca.

Actos reflejos. Los actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico.

Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito. Por la acción de un acto reflejo puede cometerse un homicidio, una lesión o daño en propiedad ajena.

Sueño profundo y sonambulismo Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño profundo y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta cuando se realice una conducta típica; para otros, se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad. En lo personal, adoptamos la primera postura. Finalmente, sea cual fuere la ubicación de esta situación, el resultado sería el mismo: no hay penalidad.

Hipnosis Esta forma de inconsciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta si en estado hipnótico se cometiere un delito. Al respecto, existen diversas corrientes: algunos especialistas afirman que una persona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado consciente no fuere capaz de llevarla a cabo. En este aspecto no hay unanimidad de criterios. Al efecto, el CPF, en su art. 15, fracc. I, y el art. 29, fracc. I, del CPDF, consideran circunstancia excluyente de responsabilidad penal que el hecho —se realice sin intervención de la voluntad del agentell. Como se aprecia, la fórmula planteada por estos dos artículos es genérica y no hace alusión a cada hipótesis de ausencia de conducta; esto lo hace la doctrina.

3.5 Tipo. ausencia de tipo

El tipo es la descripción legal de un delito, o, dicho de otra manera, la abstracción legal plasmada en una norma penal de una conducta delictiva. Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquier otra idea similar. La ley penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente la descripción de los tipos, y éstos cobran —vida realll cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos, agotando todos los elementos previstos en la norma. De no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien realice una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas atípicas, asociales o antisociales, pero no de delitos. La

criminología estudia comportamientos que, por no estar contemplados en la ley penal, carecen de punibilidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción y otros.

3.6 Tipicidad y atipicidad.

La tipicidad es la adecuación de la conducta realizada por un sujeto al tipo penal, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Didácticamente se puede decir que los tipos penales son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza ajuste de manera exacta en el lugar que le corresponde, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales. Cada tipo penal señala sus propios elementos, conocidos como elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal; por ejemplo, el art. 395, fracc. I, del CPF señala, entre otros elementos del tipo de despojo, que el medio por el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquiera de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño. Si el agente emplease un medio distinto, aun cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno solo de ellos. El CPDF, en su art. 237, fracc. I, hace referencia a los siguientes medios de ejecución: violencia física o moral, engaño o furtividad. Se ha suprimido la amenaza por considerar, de una manera acertada, que ésta queda comprendida dentro de la violencia moral.

ATIPICIDAD

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito. Noción La atipicidad es la no adecuación de la conducta de la realidad al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del delito. La conducta del agente no se adecua al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las calidades del sujeto activo o pasivo, etc. Por ejemplo, en el robo, el objeto material debe ser una cosa mueble; si la conducta recae sobre un inmueble, la conducta será atípica respecto del robo, aunque sea típica respecto del despojo. Existe confusión en cuanto a otra figura: la ausencia de tipo, que desde luego es distinta de la atipicidad. La fracc. II del art. 15 del CPF se refiere

a la atipicidad, así como la fracc. II del art. 29 del CPDF. Ausencia de tipo La ausencia de tipo es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada. Ejemplo: la vagancia y malvivencia, brujería, blasfemia, injurias, difamación (en varios códigos penales ya no existen los tipos penales de vagancia y malvivencia, injurias y difamación). En la legislación penal mexicana no existe el tipo de blasfemia, a diferencia de algunas legislaciones europeas; por ello, si en México alguien profiere insultos o denostación respecto de algún concepto o imagen religiosa, no cometerá delito, por haber ausencia de tipo. Si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello. El art. 288 del Código Penal del Estado de Sonora contempla el delito de chantaje; en cambio, ni en el CPDF ni en el CPF existe y, por tanto, en ambos códigos hay la ausencia del tipo respecto del chantaje. Durante muchos años, con un criterio anacrónico y homofóbico, el Código Penal del Estado de Tamaulipas consideró delito la relación sexual entre personas del mismo sexo, al que denominaba sodomía; desde su derogación, puede decirse que existe ausencia de tipo respecto de la sodomía en dicho código penal. Recuérdese que en el derecho prehispánico era severamente castigada la relación sexual habida entre personas del mismo sexo.

3.7 Antijuricidad- causas de licitud.

La antijuricidad es lo contrario a derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica, atacando un bien jurídicamente tutelado. Carnelutti señala: –antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuricidad es el sustantivo, y agrega: –Jurídico es lo que está conforme a derecho.¶1 Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra el delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica. La noción, aunque de fácil comprensión a primera vista, ofrece mayores complicaciones cuando se ahonda en el análisis particular de cómo precisar qué criterio o quién está legitimado para determinar qué acto o en qué circunstancias es antijurídico un comportamiento humano. Aunque este tema se estudia con más detalle al analizar el delito de homicidio, aquí sólo se expresará una idea para comenzar a reflexionar en las interrogantes antes formuladas. Cualquier tipo penal que se encuentra previsto en un código o ley especial es considerado delito, en atención a diversas consideraciones, pero

fundamentalmente al criterio que indica que dicho actuar se aparta de lo establecido por el derecho, destruyendo o poniendo en peligro un bien jurídico que previamente la norma legal tutela. Ahora bien, el homicidio, por ejemplo, que consiste en privar de la vida a alguien, es una conducta antijurídica porque daña el bien jurídicamente tutelado que es precisamente la vida humana; pero, ¿cuán antijurídico es matar?, ¿existen grados o niveles de antijuridicidad?, ¿todas las privaciones de vida son igualmente antijurídicas?, ¿puede ocurrir que una muerte sea más grave, otra menos grave y otra de plano ni siquiera sea penada?, ¿el reproche penal, social y moral puede ser distinto?, ¿algunas privaciones de vida —son justificables? Por último, y relacionando las cuestiones anteriores, medítese sobre las hipótesis delictivas siguientes: homicidio en riña, homicidio en legítima defensa, homicidio simple, homicidio con premeditación (CPF), homicidio con saña (CPDF), homicidio por emoción violenta, homicidio culposo, aborto, pena de muerte y eutanasia. Al dar respuesta a cada interrogante, aun sin contar con mayor información o sustento doctrinal y legal (que se verá en la segunda parte del libro: homicidio), seguramente en la mente de cada persona ya existe una respuesta, a la que se llegó tomando en cuenta diversas consideraciones.

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al estimarla lícita, jurídica o justificable. No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación. Este aspecto se destaca porque es muy común la confusión para entender cómo la antijuridicidad (aspecto positivo) puede tener a su vez un aspecto negativo, cuando aquélla es, en sí, una negación o contraposición al derecho. En ese orden de ideas, lo anterior debe entenderse como sigue.

Causas de justificación en particular

La legislación penal mexicana contempla las siguientes:

1. Legítima defensa. 2. Estado de necesidad. 3. Ejercicio de un derecho. 4. Cumplimiento de un deber. 5. Consentimiento del titular del bien jurídico. 6. Obediencia jerárquica.

1. Legítima defensa Antes de entrar al estudio de esta figura, considero oportuno citar la opinión de Juan Andrés Hernández Islas, quien sostiene que es más adecuada la denominación —defensa legítima. Conuerdo con esta opinión, pues en efecto, en nuestra

lengua española la estructura gramatical indica que primero va el sustantivo y después el adjetivo, a diferencia de lo que ocurre en la lengua inglesa. En casi todos los pueblos se ha presentado esta figura, que excluye de pena a quien causa un daño por obrar en virtud de la defensa de determinados intereses previstos en la ley, según ciertas circunstancias. Quizá la legítima defensa sea la más importante de las causas de justificación. En la práctica, esta figura jurídica se presenta con frecuencia y es lamentable su desconocimiento, tanto por parte de autoridades como de abogados, y no se diga de la gente que no estudió ni tiene injerencia en la ciencia jurídica, cuando su conocimiento o debería ser obligación de los primeros, necesidad de los segundos y un deber cívico de los terceros. ¡Cuántos sentenciados saldan una pena que nunca debieron cumplir! Es común escuchar a los abogados que se refieren a la figura como defensa –propia cuando esto es una incorrección, pues dicha defensa es en ocasiones respecto de bienes jurídicos ajenos, no necesariamente propios.

A. Noción. La defensa legítima consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Ésta es la definición legal incluida en la fracc. IV del art. 15 del CPF y en la fracc. IV del art. 29 del CPDF.

B. Bienes amparados. La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguno. Así, al amparo del principio que dice –donde la ley no distingue no se debe distinguir, se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por defensa legítima. Cabe insistir en que se trata no sólo de bienes propios, sino también de ajenos, pues la ley así lo establece; de ahí que se insista en lo incorrecto de la expresión defensa propia.

C. Elementos. Los elementos de la legítima defensa son las partes integrantes de la propia definición legal:

- Repulsa.** Significa rechazar; evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque. Implica que la agresión ejercida por un tercero, sin haberla provocado, se rechace. La repulsa es realizada por el presunto o probable responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la defensa legítima.
- Agresión.** Consiste en atacar, acometer; es un acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien. Es actuar contra una persona con intención de afectarla. Por tanto, dicha agresión tiene que ser: Real. Que sea algo cierto, no imaginado; que no se trate de una simple suposición, presentimiento o temor. Actual. Que ocurra en el mismo instante de repelerla; quiere decir que la agresión y

la repulsa deben darse en un mismo espacio temporal, o que aquélla sea inminente. Inminente. Que sea próxima, esto es, que sea cercana; de no ser actual, que por lo menos esté a punto de ocurrir. c) Sin derecho. La agresión debe ser injusta (carecer de derecho), porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad y no se justificaría la defensa. d) En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. Ya se mencionó que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley. e) Necesidad de la defensa. Significa que la acción realizada (repulsa) para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta. f) Racionalidad de los medios empleados. Quiere decir que el medio no sea extremo, esto es, que la agresión con que se defiende no sea irracionalmente desproporcionada. g) Sin mediar provocación suficiente, dolosa e inmediata. El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ella. Malamente podrá decir y justificar alguien que repelió una agresión –sin derecho‖ quien ha dado motivo suficiente para ella. D. Presunciones. Aparte de la forma genérica, la ley prevé presunciones iuris tantum de legítima defensa en el art. 15, fracc. IV, párrafo segundo del CPF, y en el art. 29, fracc. IV, párrafo segundo del CPDF. E. Exceso. La repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción que sea necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño. El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, rebasando la medida necesaria para defenderse o para defender a otro. Al respecto, Von Liszt indica: —No debe traspasar los límites de la estricta necesidad.‖⁵ En la legislación soviética, para los casos de exceso en la legítima defensa se establecía una responsabilidad atenuada si como consecuencia existían homicidio o lesiones corporales graves o leves.⁶ El análisis del caso concreto revelará si hay o no exceso, conforme al art. 16 del CPF. Cuando exista tal exceso, se castigará por el delito cometido como si hubiera sido culposo. El art. 29, último párrafo, del CPDF, establece que en caso de exceso en legítima defensa se estará a lo previsto en el art. 83, tercer párrafo, que indica la imposición de la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito de que se trate, siempre que en relación con el exceso no exista otra causa de exclusión del delito. F. Problemas que plantea la legítima defensa. Dichos problemas son cuestiones que inquietan al estudioso y que en la práctica maneja el derecho penal; constituyen confusión por falta de uniformidad de criterios al respecto:

a) Contra el exceso. Se plantea si es posible que se presente esta figura de la legítima defensa y que el agresor (primero) obre a su vez en ejercicio de la legítima defensa cuando el atacado se excede en la repulsa a su agresión. Como se apuntó, no existe uniformidad en los autores, quienes tienen opiniones encontradas en cuanto a la respuesta. Consideramos que no puede presentarse dicha figura jurídica, debido a que la ley, entre los requisitos señalados para integrarla, exige que no haya habido provocación y, en esta hipótesis, sí la hay. Por otra parte, la fundamentación de la legítima defensa impide la existencia de un círculo vicioso.

b) Legítima defensa y riña. Estas dos figuras comúnmente se confunden; sin embargo, son diferentes y no hay posible duda al respecto. Si se tiene presente en qué consiste la primera, bastará señalar que la riña es la contienda entre dos o más personas, pero tiene que ser de obra, no de palabra, y constituye una circunstancia atenuante en los delitos de lesiones u homicidio. La riña es una contienda en que ambos sujetos se hallan en igualdad de circunstancias, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay un agresor y un agredido que repele la agresión. En la riña, tácita o expresamente, los rijosos manifiestan su conformidad con las consecuencias, mientras que en la legítima defensa no, porque en ésta existe una excluyente de delito y, por tanto, de pena; en cambio, en la riña sólo ocurre una atenuante, pues los sujetos actúan al margen de la ley. Por último, se niega categóricamente que ambas figuras puedan ocurrir de manera simultánea, pues una excluye a la otra. Éstas son independientes y de naturaleza diversa.

c) Legítima defensa recíproca. No es admisible que cada sujeto realice la misma conducta de legítima defensa, de manera paralela en un mismo comportamiento. Lo anterior se fundamenta en las consideraciones anotadas en los dos problemas anteriores.

d) En el caso de inimputable. Si un inimputable comete una acción —delictuosa— en ejercicio de la legítima defensa, al ser agredido obra en legítima defensa, pero se trata de un inimputable y su actuar se regulará por las disposiciones contempladas en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (LTMIDF). Nada impide que un menor o cualquier otro inimputable obre en legítima defensa. El otro caso es aquel en el que un inimputable agrede, de modo que la cuestión será determinar si procede la legítima defensa contra un agresor inimputable. La respuesta es afirmativa, pues el agredido no tiene obligación de cerciorarse de la edad o padecimiento mental que tenga su agresor, por lo cual actuará

conforme a la tutela de esa circunstancia que exime la antijuridicidad; además, se debe tener presente que la naturaleza de la defensa legítima es objetiva.

2. Estado de necesidad El estado de necesidad es otra causa de justificación o licitud de vital importancia, establecida en el art. 15, fracc. V, del CPF. A. Noción. El estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. En relación con la jerarquía de los bienes (salvado y sacrificado), existe desigualdad de opinión entre los autores. Para unos, el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado; para otros, puede tener la misma jerarquía. El primer caso ocurre cuando para salvar la vida de una tripulación aérea o marítima se sacrifican caballos de pura sangre con un costo económico considerable; el segundo es aquel en el que se sacrifica una vida humana para salvar otra en una catástrofe (terremoto, inundación, guerra, etcétera). Existe un ejemplo de cátedra citado durante años por los profesores de la materia penal, referente a dos marineros que naufragan, quienes, ante la circunstancia de tener que salvar sus vidas, y debido a que sólo existe una tabla que servirá para una sola persona, uno de ellos arroja al mar al otro (igualdad de bienes). Consideramos que los bienes jurídicos pueden ser de igual valía y, sin embargo, existir el estado de necesidad. Esto es lo que aceptan los códigos penales federal y para el Distrito Federal con base en lo previsto en los arts. 15, fracc. V, y 29, fracc. V, respectivamente, que se refieren a un bien de menor o igual valor. B. Elementos. Al analizar la definición legal del estado de necesidad se observa que éste se integra de los elementos siguientes: a) Peligro. Debe existir la amenaza (posibilidad) de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. Al igual que la legítima defensa, el peligro debe ser real, actual o inminente (consúltese lo expuesto en el apartado anterior). b) El peligro no debe haberlo ocasionado dolosamente el agente. La ley precisa que el peligro no debe haber sido ocasionado dolosamente por el agente; si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad. c) El peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Al igual que en la legítima defensa, los bienes,

sean propios o ajenos, son amparados por el estado de necesidad. Tampoco aquí se precisa o distingue cuáles son, por lo que se entiende que cualquiera puede serlo. d) Causar un daño. El agente obrará ante el peligro, de tal forma que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro (propio o ajeno). El daño carecerá de antijuridicidad. e) Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro. Se precisa la ausencia de obligación por parte del agente de afrontar dicho peligro. De existir esa obligación, sería otra causa de justificación, pero no estado de necesidad. f) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Ante el peligro, el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será causa justificada en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o no hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.

C. Casos especialmente tipificados. El CPF, además de la forma genérica con que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: el aborto terapéutico y el robo de indigente o famélico.

a) Aborto terapéutico. Llamado en la doctrina también aborto necesario, consiste, de acuerdo con el art. 334 del CPF, en lo siguiente: —no se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada [...] corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.¶ En tal caso, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro. Para algunos, este caso plantea dos bienes jurídicos de jerarquía diversa, de modo que es mayor el valor de la vida de la madre que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, y para otros más el bien superior es la vida del producto (derecho canónico). Algunos juristas consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

b) Robo de indigente o famélico. Es propiamente el robo producido por un estado de necesidad, contemplado en el art. 379 del CPF de la manera siguiente: —No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.¶ Este precepto ha sido criticado por adolecer de limitaciones y deficiencias. Se trata del robo de cosas que puedan satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo alimentos, sino también objetos que resulten indispensables para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno, ropas e incluso dinero. El análisis y la crítica

correspondientes se harán al estudiar los delitos en particular, en la segunda parte de este libro, al abordar el tema del robo. De antemano se precisa que, de no existir tal precepto (ni el anterior de aborto terapéutico), se recurriría al art. 15, fracc. V, del CPF, el cual ampara de manera genérica ambos casos; por tanto, se concluye que no era necesario erigirlos como casos específicos cuya existencia, por otra parte, resulta muy difícil. El CPDF, a su vez, hace referencia al estado de necesidad en la fracc. V del art. 29 de la manera siguiente: V. (Estado de necesidad.) Se obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. 3. Ejercicio de un derecho El ejercicio de un derecho aparece junto con el cumplimiento de un deber, tal como se dispone en la fracc. VI del mismo art. 15 del CPF. A. Noción. Consiste en causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etcétera. El médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena causa una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de parecer lesiva, no es antijurídica porque actúa en ejercicio de un derecho; a su vez, el abogado y el actuario que toman bienes muebles ajenos por virtud de una orden de embargo no cometen robo, porque también actúan en el ejercicio de un derecho. B. En los deportes. En la actividad deportiva resulta frecuente que los deportistas infieran determinadas lesiones a otros y, a veces, cometan homicidio. Al respecto, existen tres situaciones posibles: a) Deportes en los que la práctica es individual. Una sola persona ejecuta la actividad deportiva, como gimnasia, natación, clavados, etc. No hay equipo o grupo en el que se practique conjuntamente. De lesionarse a otro deportista o resultar muerto, sería imposible fincar responsabilidad penal alguna, ya que se trataría de un mero accidente (salvo que se pruebe que se actuó con dolo). b) Deportes que implican la participación directa de dos o más individuos. Igual que en el caso anterior, tampoco existe un combate, como el fútbol, volibol, etc.; no obstante, su práctica puede ser ruda o por lo menos existe la posibilidad de causar daños a los compañeros. En esta hipótesis, de ocasionarse lesiones u homicidio, quien los infiera se verá beneficiado por la causa de justificación correspondiente al ejercicio de un derecho, con lo cual se elimina la

antijuridicidad del hecho típico resultante, a menos que se pruebe dolo por parte del activo.

c) Deportes que en sí implican combate. Es el caso en que los deportistas contienden, como en el boxeo, las artes marciales, lucha libre, etc. De producirse lesiones u homicidio, existiría la causa de justificación derivada del ejercicio de un derecho. Igual que en el caso anterior, podría probarse dolo o incluso alguna agravante por parte del contendiente que causó la lesión o la muerte. En el caso de los deportes, se presupone que el ejercicio de un derecho implica una autorización oficial por parte del Estado; de no existir ésta, el ilícito resultante puede entrar en el rubro de la responsabilidad penal. El CPDF contempla esta figura en el art. 29, fracc. VI.

4. Cumplimiento de un deber A. Noción. El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El art. 15, fracc. VI, del CPF regula esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades. El CPDF lo prevé en el art. 29, fracc. VI. En ese orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado en el apartado relativo al ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica en que el primer caso consiste en ejercer un derecho, mientras que en el segundo, en cumplir un deber, y muchas veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

5. Consentimiento del titular del bien jurídico En 1994 se adiciona esta circunstancia excluyente del delito. Se encuentra en el art. 15, fracc. III, del CPF, que establece lo siguiente: Artículo 15. El delito se excluye cuando: [...] III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien jurídico sea disponible; b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

En el CPDF se norma esta excluyente en el art. 29, fracc. III. Además, se incluye una presunción en el último párrafo de dicho precepto, que en un caso real presentaría una problemática delicada debido a la subjetividad del caso. Esta nueva circunstancia o excluyente del delito, novedosa en nuestra legislación, hasta cierto punto, contempla una figura que se puede prestar a interpretaciones erróneas. Serán la doctrina, el criterio del juzgador, la

jurisprudencia y una adecuada interpretación las que puedan precisar el verdadero sentido o ratio legis de esta nueva excluyente. 6. Obediencia jerárquica Para algunos estudiosos, la obediencia jerárquica constituye una causa de inculpabilidad; para otros, una causa de justificación. En este libro se estudiará como causa de justificación. A. Noción. La obediencia jerárquica se contemplaba en la fracc. VII del art. 15 del CPF antes de las reformas de enero de 1994. Se definía como causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía. Al respecto, Castellanos Tena expresa: Con motivo de la reforma penal publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica no figura expresamente entre las causas de exclusión del delito; la nueva fracción VIII del artículo 15; la relativa a la actuación del inferior para evitar graves consecuencias hará operar una no exigibilidad de otra conducta (fracción IX); cuando se obedezca la orden por cumplimiento de un deber de obediencia, el caso encuadra en la amplia fórmula de la fracción VI de dicho precepto.

3.8 Imputabilidad- causas de inimputabilidad.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Causas Concretamente, las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad. Trastorno mental. El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Sólo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o culposamente. En la legislación penal mexicana, la fracc. VII del art. 15 del CPF señala: Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo

anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

El art. 29, fracc. VII, del CPDF, hace referencia a esta hipótesis. Desarrollo intelectual retardado. El desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad sólo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer. Miedo grave. Previsto, antes de las reformas del 10 de enero de 1994, en la fracc. VI del art. 15 del código penal vigente entonces, el miedo grave es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar ante un mal inminente y grave. Es de naturaleza interna, a diferencia del temor fundado, que tiene su origen en una situación externa; por tanto, el temor fundado es causa de inculpabilidad. Actualmente se desprende del art. 29, fracc. VII, del CPDF. Minoría de edad. Se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad para entender y querer. De lo anterior se colige que el menor no comete delitos, sino infracciones a la ley. El problema es determinar una edad para ser imputable, considerando que no todos los jóvenes adquieren la capacidad para delinquir o no, a la misma edad. Ello depende en cada caso concreto de una multiplicidad de factores, tanto internos como externos. Antes cada entidad federativa establecía la edad para ser imputable, por lo que había estados en los que la imputabilidad se daba a los 15 o 16 años, mientras que en la mayoría, a los 18. Los menores de edad quedan al margen de la ley penal, de manera que a ellos es aplicable una medida de seguridad, en vez de una pena; se les recluye en el Consejo para Menores, en lugar de enviárseles a una cárcel. Cabe mencionar que en México existe disparidad de edades, dependiendo de las materias que regulan ciertos actos; por lo que la capacidad para delinquir, casarse, trabajar o ser ciudadano mexicano no siempre coincide, cuando debiera ser la misma edad; es absurdo e incomprensible que una persona sea considerada capaz para contraer matrimonio y no lo sea para delinquir, o que tenga capacidad para trabajar, pero carezca de ella para cometer un ilícito. Por último, otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta es el relativo al incremento de delitos cometidos por personas cada vez más jóvenes, así como la forma comisiva en grupo, que afecta seriamente a la sociedad. Actualmente tenemos casos de auténticos niños que cometen –infracciones‖ y muestran una peligrosidad de la que carecen muchos adultos. Esto nos lleva a considerar no sólo la edad de manera aislada, sino

también la peligrosidad del sujeto, ya que la madurez no se presenta necesariamente al cumplir una edad cronológica determinada.

3.9 Culpabilidad- causas de inculpabilidad.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, la cual provocará un juicio de reproche por parte del Estado. Para Vela Treviño, –la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta. Para Luis Jiménez de Asúa, culpabilidad es –el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Se debe insistir en que para ser culpable, antes hay que ser imputable.

Dolo El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. También se conoce como delito intencional o doloso. **Elementos.** Los elementos del dolo son dos: ético, que consiste en saber que se infringe la norma, y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica. Un enfermo mental no puede ser culpable, por carecer de imputabilidad. **Clases.** Fundamentalmente, el dolo puede ser directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado. **Directo.** El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico; por ejemplo, el agente desea violar y lo hace. Hay dolo directo cuando la voluntad va encaminada en forma directa hacia el resultado. **Indirecto o eventual.** El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes; por ejemplo, alguien quiere lesionar a un comensal determinado, para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, sabiendo que podrían resultar afectados otros sujetos. **Genérico.** Es la intención de causar un daño o afectación, o sea, la voluntad consciente encaminada a producir el delito. Hay penalistas que niegan la existencia de este dolo. **Específico.** Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba. Jiménez de Asúa critica esta denominación y considera más apropiada la de dolo con intención ulterior. Para ejemplificar el dolo genérico y el específico, puede servir el caso de homicidio en razón del parentesco o relación: existe un dolo de querer matar y un dolo específico de querer matar al ascendiente, descendiente, cónyuge, etc. En lo

personal, opino que en esta hipótesis el dolo específico absorbe al genérico. Indeterminado. Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado; por ejemplo, colocar una bomba para protestar por alguna situación de índole política: el sujeto sabe que causará uno o más daños, pero no tiene intención de infligir alguno en particular. Cabe insistir en que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico. Celestino Porte Petit elabora una clasificación más amplia al respecto.

Culpa La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, cuando pudo ser previsible y evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional. Ignacio Villalobos sostiene que hay culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo. Elementos. Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra: Conducta (acción u omisión). Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes.

Resultado previsible y evitable. Tipificación del resultado. Nexos o relación de causalidad. Cada elemento de la culpa se explica por sí mismo, de modo que no se detallarán, por ser entendibles. Clases Consciente. También llamada con previsión o con representación, existe cuando el activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá. Inconsciente. Conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico; así, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser lata, leve y levísima: Lata. En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño. Leve. Existe menor posibilidad que en la anterior. Levísima. La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores. Punibilidad en los delitos culposos. Las reglas para punir estos delitos están previstas en los arts. 60, 61 y 62 del CPF, y 76 y 77 del CPDF. Preterintención Este tercer grado de culpabilidad, como ya se ha anotado, fue suprimido en las reformas del 10 de enero de 1994 del código penal aplicable entonces

para el Distrito Federal y de fuera federal. Algunos autores como Jiménez Huerta llaman a la preterintención también ultraintención, la cual consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia. El tercer párrafo del art. 9o. del anterior código penal establecía: —Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.‖ En cada código penal local se establece la noción del delito preterintencional; sin embargo, hay que aclarar que no todas las legislaciones penales estatales lo contemplan. Elementos. En el delito preterintencional se encuentran los elementos siguientes: Intención o dolo. De causar un resultado típico; de manera que el sujeto sólo desea lesionar.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Causas de inculpabilidad Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento: Error esencial de hecho invencible (error de tipo y de prohibición). Eximentes putativas. No exigibilidad de otra conducta. Temor fundado. Caso fortuito. Clases de error. El error puede ser de hecho o de derecho: Error de hecho. Puede ser esencial (vencible e invencible) o accidental: aberratio ictus (en el golpe), aberratio in persona (en la persona) y aberratio delicti (en el delito). Error de derecho. Ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo. No puede decirse que es inculpable quien comete un ilícito por error de derecho, ni puede serlo por ignorar el derecho, ya que su desconocimiento no excusa de su cumplimiento. En el error de derecho no existe causa de inculpabilidad. Error invencible Error. Es la falsa concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto. Ignorancia. Es el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento. a) Error de hecho. El error recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero es un error respecto de los elementos del tipo; en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar. b) Error esencial. Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo. Error esencial vencible. Cuando subsiste la culpa a pesar del error. Error esencial invencible. Cuando no hay culpabilidad. Este error constituye una causa de

inculpabilidad. c) Error accidental. Cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho. *Aberratio ictus*. Es el error en el golpe. De todas formas, se contraría la norma. Por ejemplo: alguien quiere matar a una persona determinada, pero a quien priva de la vida es a otra, a causa de imprecisión o falta de puntería en el disparo. A pesar del error, el delito existe. *Aberratio in persona*. Es el error sobre el pasivo del delito. Igual que en el anterior, se mata, pero en este caso, por confundir a una persona con otra. El delito existe. *Aberratio in delicti*. Es el error en el delito: se produce otro ilícito que no era el querido. Por ejemplo, Juan quiere lesionar a Pedro, pero lo priva de la vida. El delito existe.

3.10 Condiciones objetivas de punibilidad- falta de condiciones objetiva de punibilidad.

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito. Jiménez de Asúa, quien los denomina condiciones objetivas de punibilidad, afirma que –... son presupuestos procesales a los que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras de delito. Cabe mencionar que Franco Guzmán, en sus clases y conferencias, critica esta expresión de perseguir el delito, ya que lo perseguible es el delincuente, crítica con la cual estoy totalmente de acuerdo. En realidad, las condiciones objetivas son elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la conducta, la perseguibilidad, etc. Un ejemplo es el tipo penal de aborto honoris causa, donde el CPF exige la concurrencia de tres requisitos (art. 332).

Ausencia La ausencia de condicionalidad objetiva es el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue. De hecho, constituye una especie de atipicidad. Como comentario final a este gran tema de los elementos del delito, sólo restaría destacar la importancia del adecuado manejo de los mismos. Conocer, identificar y distinguir cada uno de ellos y, sus correspondientes aspectos negativos, harán posible no sólo el conocimiento teórico que servirá para reconocer cuándo estamos en presencia de un delito y no confundirlo con otro, sino también, en la práctica y desde el punto de vista del derecho procesal penal, nos será útil para saber si se presentan

los elementos del tipo penal o cuerpo del delito. Se menciona indistintamente –elementos del tipo penal y –cuerpo del delito, ya que existe una gran indecisión por parte del legislador y constantemente cambia de opinión sobre si debe ser una u otra la expresión adecuada. Antes de 1994 era cuerpo del delito; de 1994 a mayo de 1999 fue elementos del tipo penal y, a partir de esta última fecha, se regresó a cuerpo del delito. Con las reformas constitucionales de 2008 y 2009 el art. 16 cambia dicha terminología por –datos que establezcan que se ha cometido ese hecho (delito), noción esta que me parece más ambigua.

3.11 Punibilidad- excusas absolutorias.

Es la amenaza de una pena que establece la ley, para, en su caso, ser impuesta por el órgano jurisdiccional, una vez acreditada la comisión de un delito. Cuando se habla de punibilidad, se está dentro de la fase legislativa. Por ejemplo: se está ante la noción de punibilidad cuando el CPDF establece que a quien cometa el delito de homicidio simple se le impondrán de ocho a 20 años de prisión.

La punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto. Cuando se está ante la punición, nos encontramos en la fase judicial. Por ejemplo: cuando un juez penal, al dictar sentencia condenatoria, establece que al procesado se le imponen 10 años de prisión (respetando, claro, el mínimo y máximo de la punibilidad establecida en la norma).

Pena es la restricción o privación de derechos que se ejecutan de manera efectiva en la persona del sentenciado; la pena es, entonces, la ejecución de la punición. Ésta será la fase o etapa ejecutiva. Es cuando el sentenciado queda a disposición de las autoridades administrativas para ser internado en el Centro de readaptación social correspondiente. Aquí se está ante la etapa ejecutiva (administrativa).

Sanción De manera genérica, el término sanción se usa como sinónimo de pena, pero, propiamente, ésta corresponde a otras ramas del derecho y es un castigo o carga que se impone al merecedor de ella, quien quebranta una disposición legal no penal. Sin embargo, el Título Tercero del Libro Primero del CPF se refiere a la aplicación de las –sanciones. El CPDF hace referencia a penas y medidas de seguridad. La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa; por ejemplo, multa, clausura, etc. Debe tenerse presente

que no se podrá imponer una pena si previamente no existe una ley que la establezca (nulla poena sine lege). Respecto de la punibilidad como elemento del delito, algunos autores sostienen diversas posturas; así, para unos es un auténtico elemento de delito, mientras que para otros es sólo una consecuencia del delito. Recuérdese que el art. 7o. del CPF enuncia: —Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.‖ Independientemente de la postura que se adopte, se incluye su análisis como elemento, a fin de conocerlo y manejarlo correctamente. En lo personal, no considero la punibilidad como elemento del delito (conducta típica y antijurídica), sino como consecuencia legal del mismo.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad. En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que se presenta una conducta típica y antijurídica realizada por una persona física imputable y culpable; pero, por disposición legal expresa, no es punible, esto es, carecerá de castigo. Excusas absolutorias en la legislación mexicana Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas o razones, como se verá en cada caso concreto. Por estado de necesidad. Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad; por ejemplo: robo de famélico (art. 379, CPF) y aborto terapéutico (arts. 334, CPF, y 148, fracc. II, CPDF). Por temibilidad mínima. En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (art. 375, CPF). Por ejercicio de un derecho. El caso típico se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación (arts. 333, segunda parte, CPF, y 148, fracc. I, CPDF). Por culpa o imprudencia. Un ejemplo de este tipo de excusa absoluta es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada (arts. 333, CPF, y 148, fracc. IV, CPDF). También se encuentra dentro de esta hipótesis el caso de lesiones u homicidio previsto en los arts. 321 bis del CPF y 139 del CPDF, que se refiere a las lesiones u homicidios culposos en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado.

Por no exigibilidad de otra conducta. Uno de los ejemplos más comunes es el encubrimiento de determinados parientes y ascendientes y de otras personas (arts. 400, CPF, y 321, CPDF).

Por innecesaridad de la pena. Esta excusa se presenta cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona por senilidad o por precario estado de salud, que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena (arts. 55, CPF, y 75, CPDF). Este último precepto considera innecesaria la aplicación de la pena en los casos siguientes: a) por haber sufrido el agente consecuencias graves en su persona; b) por senilidad avanzada, y c) por padecer enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado de salud.

3.12 Tentativa.

El homicidio admite la posibilidad de que se presente el grado de tentativa, siempre que el agente realice los actos tendentes a producir el resultado y que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. De este modo se puede presentar la tentativa acabada y la inacabada

3.13 Concurso de delitos.

En el homicidio se pueden presentar tanto el concurso ideal o formal como el real o material. Ideal o formal Dada la naturaleza del homicidio, puede ocurrir que con una sola conducta se produzcan varios resultados típicos y que uno de ellos sea precisamente el homicidio; por ejemplo, con la única conducta de incendiar un local comercial o al lanzar un explosivo, se pueden producir lesiones, daños en propiedad ajena (a la propiedad) y homicidios. Real o material También puede suceder que con distintas conductas se produzcan diversos delitos y que uno de ellos sea el homicidio; por ejemplo, con una conducta, un sujeto roba en un autobús foráneo de pasajeros; con otra, lesiona a algunos; con otra roba a otros, y con otra más priva de la vida al chofer. Al respecto, se seguirán las reglas para imponer las penas correspondientes que se señalaron en la primera parte al estudiar el tema del concurso de delitos.

3.14 Autoría y participación penal.

En el homicidio también pueden presentarse todos los grados de participación: autoría intelectual, material, autoría mediata, coautoría, etcétera.

UNIDAD IV CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO.

4.1 Sistema de reacciones penales.

El sistema punitivo o sistema de aplicación de la pena se desarrollan de acuerdo con la forma de imposición de la pena.

Sistema Unitario: Afirma que en frente al hecho delictivo debe de imponerse, respuesta punitiva, apoyadas en solo un fundamento filosófico.

- a) Sistema Unitario de un Derecho Penal: de culpabilidad que estima que a los infractores de la ley penal ha de aplicarse exclusivamente una pena impuesta como reproche de culpabilidad o su responsabilidad en la comisión del delito.
- b) Sistema unitario de Aplicación de las penas: se funda en el derecho penal de peligrosidad, el cual se afirma que la respuesta social aplicable, denominada como medidas de seguridad, debe ser la necesaria para eliminar y neutralizar la peligrosidad que representa el autor.

Sistema Plural: El sistema pluralista en la imposición de la pena, deriva de aceptar y recoger aspectos de una y otra de las posiciones unitarias. Plantea la posibilidad de la aplicación de las penas, en función de la culpabilidad.

- a) Sistema Dualista de la penas: que tuvo particular aceptación, en el código penal italiano de 1930, Rocco, que incorpora el sistema de la doble vía o sistema doble, en donde se acepta la posibilidad de aplicación de penas en función de la culpabilidad y así mismo en forma simultánea, la imposición de medida de seguridad en función de la peligrosidad manifestada por el autor.
- b) Sistema Vicariante, en donde la pena de acuerdo con las circunstancias puede ser sustituida por la medida y viceversa en manera tal que la sanción coercitiva se presenta de forma vicariante es decir puede ser aplicada la una o la otra, pero en todo caso siempre será impuesta solo una.

4.2 Teoría de la pena

La consecuencia última del delito es la pena. En el capítulo 9 se estableció la diferencia entre nociones similares (punibilidad, punición y pena, sanción y castigo), por lo que en éste se estudiará exclusivamente la pena. Noción Por pena se entiende la ejecución real y concreta de la punición que el Estado impone a través del órgano jurisdiccional correspondiente (juez penal), con fundamento en la ley, al sujeto del cual se ha probado su responsabilidad penal por la comisión de un delito. Tanto la norma que prevé el delito como la pena y el tribunal deben existir previamente. Esta noción significa —el derecho que tiene el Estado de imponer y aplicar penas—. Ello en función de un acuerdo de voluntades entre los gobernantes y los gobernados, contrato social por el que se establece que el derecho a castigar reside en aquél. Esto se debe a la evolución que tuvieron las ideas penales desde la etapa de la venganza hasta nuestros días. La idea de que sea el Estado quien goce de ese derecho debe ofrecer a los gobernados la tranquilidad y seguridad de que, en un verdadero estado de derecho, quien resulte presumiblemente responsable de un delito sea enjuiciado con todos los derechos que la ley le concede para poder defenderse de la imputación, y que se acredite su culpabilidad, partiendo de un principio de inocencia.

4.2.1 Teoría absoluta

Teorías absolutas de la pena: Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "suelta" de él. El primer punto de vista es: La teoría de la justa retribución: Desarrollada por Kant, para quien la pena "debe ser" aun cuando el estado y la sociedad ya no existan, y Hegel cuya fundamentación de la pena pública, fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito, (elaborada a partir de la teoría de las normas de Binding) concibe al delito como al negación del derecho, y a la pena, como al negación de la negación, como anulación del delito, como restablecimiento del derecho, entiende que al superación del delito es el castigo. En coincidencia con Kant, tampoco Hegel reconoce finalidades de prevención, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la pena. Esta construcción gravitó decisivamente en relación a la ulterior evolución del Derecho penal y, debido a que no existen aún alternativas consolidadas, actualmente conservan relativa vigencia. En la

jurisprudencia la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo. Esta concepción recibe su característica de "absoluta" debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del Derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "medio" instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden –no matarás- que precede a la descripción legal –al que matare a otro...se le impondrá una pena de..., cuya existencia es independiente de la sanción. El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Talión. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen función alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la función de realización de justicia. La opinión más generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por ésta teoría como reacción por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la sólida interconexión establecida entre las teorías del delito y la pena: a) El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito. b) El delito, condición de la pena, exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, más, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo. c) El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió. El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante

haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad. d) La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

4.2.2 Teoría relativa

Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico. Teorías de la prevención especial: Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución. Según éste punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; "sólo la pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito". La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocular, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras: a. Corrigiendo al corregible: resocialización b. Intimidando al intimidable c. Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables. La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable. Algunas

objeciones a la teoría de la prevención especial: En cuanto al fundamento y límites del "ius puniendi". - El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena, pero no contiene ninguna justificación del "ius puniendi". - No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas - No posibilitan una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido - Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados – enemigos políticos- o los asociales – mendigos, vagabundos, prostitutas, etc. Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida. Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena. - En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea;

- * delincuentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.
- * delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición
- * delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.
- *delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resociabilizarlos.
- *delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

- En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

Ilegitimidad de la resocialización coactiva: - El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado. - No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. La razón por la

cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema. Teorías de la prevención general: Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad. Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Según Fouerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que...la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

4.3 Individualización de la pena.

La individualización de la pena consiste en imponer y aplicar la pena según las características y peculiaridades del sujeto, así como circunstancias particulares en torno al hecho criminal, para que la pena se ajuste al individuo y sea realmente eficaz. Se trata de adaptar la pena prevista en la norma al caso concreto para que sea realmente justa. Para ello deberán tomarse en consideración los arts. 51 a 55 del CPF y 70 a 74 del CPDF.

En principio puede decirse, a manera de fórmula, que a delito igual corresponde una pena igual. Si A mata, la pena imponible será igual a la que se impondrá a B, quien también mató; sin embargo, existen tres variantes que modifican la penalidad: arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes. Arbitrio judicial El arbitrio judicial deriva de los márgenes señalados por la norma penal que establece una punibilidad, al considerar que ésta tiene una dimensión que va de un mínimo a un máximo, dentro de la cual el juez podrá imponer la que estime más justa y apegada al caso concreto. Lo anterior significa que el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considere más adecuada. Para ello, tendrá en cuenta lo establecido en los arts. 51 a 55, CPF y 70 a 72, CPDF. Al respecto, véase el cuadro 25. Del arbitrio judicial se desprende la individualización judicial.

4.4 Las medidas de seguridad

La medida de seguridad es el medio por el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad; incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena, que sólo podrá imponerse después de cometido y comprobado el delito. La medida de seguridad puede ser educativa, médica, psicológica, pecuniaria, mixta, etc., y se impone tanto a imputables como a inimputables. El art. 24 del CPF enumera las medidas de seguridad mezclándolas con las penas. El art. 31 del CPDF establece las siguientes: supervisión de la autoridad, prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él, tratamiento de inimputables o imputables disminuidos y tratamiento de deshabitación o desintoxicación. Los siguientes son algunos ejemplos de medidas de seguridad que establece la legislación penal mexicana: prohibición de ir a un lugar determinado, caución de no ofender y tratamiento psiquiátrico, tratamiento de menores infractores. Actualmente se piensa en la castración química en el caso de violadores para inhibir su libido. El criterio para imponerlas debe ir de acuerdo con la peligrosidad del sujeto y su duración puede ser indeterminada.

4.5 La reparación del daño

La reparación del daño, última parada en el itinerario del proceso penal, idealmente consistiría en volver las cosas al estado que tenían antes de cometerse el delito. Sin embargo,

en muchos casos la misma naturaleza del delito de que se trate, los efectos que produce en la vida, en la salud o integridad física o psíquica de las personas y otros factores más, imposibilitan que las cosas regresen a su estado original, anterior al hecho delictuoso. La ley en esos casos, reconoce que la reparación del daño debe darse en forma expedita, proporcional y justa y comprender la afectación sufrida por la víctima en su integridad física, así como el daño moral. El resarcimiento de los daños comprende igualmente, el de los perjuicios o ganancias lícitas que no se percibieron por efecto del delito, y otros conceptos que veremos un poco más adelante. El problema contemplado en nuestras constituciones. El panorama que ofrecen nuestras normas constitucionales en las distintas épocas de la vida del país, resulta un claro indicador del papel que en el juicio penal ha desempeñado la víctima del delito, específicamente en cuanto a la reparación del daño. Bastará para ello con dar una ojeada a vuelo de pájaro: La Constitución de Apatzingán promulgada en 1814, cuyo bicentenario conmemoramos en este año, que fue realmente la primera Constitución escrita en México, cimentó los principios políticos que dieron perfil al actual Estado Mexicano e influyó, por su forma republicana y popular, en las futuras Constituciones; dentro del juicio, aseguró el derecho humano de audiencia, la presunción de inocencia y otra serie de derechos humanos como la propiedad, el derecho a la cultura, industria o comercio, a la instrucción, a la inviolabilidad del domicilio, a la libre expresión de las ideas.

Bibliografía básica y complementaria:

- ✓ **JIMENEZ DE ASUA, LUIS.** Introducción al Derecho penal. Editorial jurídica universitaria. México, 2003.
- ✓ **VIDAURRI, MANUEL.** Introducción al derecho penal. Editorial Oxford, México, 2012.
- ✓ **AMUCHATEGUI REQUENA, GRISELDA.** Derecho penal. Editorial Oxford, México, 2016.
- ✓ **GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.** Derecho penal mexicano. Editorial Porrúa, México, 2018.
- ✓ **LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO.** Introducción al derecho penal. Editorial Porrúa, México, 2017.
- ✓ **DÍAZ ARANDA, ENRIQUE.** Manual de derecho penal. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

LINKOGRAFÍA

- <http://v880.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionDerechoPenalVol.I/dos.htm>
- <https://leyderecho.org/escuela-clasica-del-derecho-penal/>
- http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf

LEGISLACION CONSULTADA.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2018
- Código Penal del Estado de Chiapas 2018
- Código Penal Federal 2018.
- Código Nacional de Procedimientos Penales 2018