UDS

ANTOLOGÍA

Derecho penal

Licenciatura en Derecho

Segundo cuatrimestre

Marco Estratégico de Referencia

ANTECEDENTES HISTORICOS

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1979 con el inicio de actividades de la normal de educadoras "Edgar Robledo Santiago", 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 de Primaria 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 tarde.

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 septiembre de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró como Profesora en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de finanzas 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 18 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 nuestras propias instalaciones en la 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, Sedes y Centros de Enlace Educativo, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca a nivel nacional e internacional.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 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 nuestras propias instalaciones en la 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, aplicando altos estándares de calidad Académica, que propicien el desarrollo de nuestros alumnos, Profesores, colaboradores y la sociedad, a través de la incorporación de tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

VISIÓN

Ser la mejor oferta académica en cada región de influencia, y a través de nuestra Plataforma Virtual tener una cobertura Global, con un crecimiento sostenible y las ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

VALORES

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

ESCUDO

El escudo de la UDS, 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

"Mi Universidad"

ALBORES

Es nuestra mascota, un 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.

Derecho penal

Objetivo de la materia: El alumno analizará los fundamentos conceptuales del Derecho Penal, los aspectos esenciales de su evolución y los rasgos que los distinguen, qué es la ley penal y las cuestiones técnicas que se relacionan con ella, qué es el delito desde el aspecto jurídico, sus elementos y los sistemas que a él se refieren.

INDICE

UNIDAD I Derecho Penal **pag.**
1.1Surgimiento y evolución del derecho penal…….8
1.2 Derecho penal y la ley penal……..12
1.3 Caracteres del derecho penal……13
1.4 Principios del Estado democrático de derecho……14
1.5 Los derechos humanos para la existencia del derecho democrático …….....16
1.6 Principios propios del Estado democrático ……..18
1.7 La ley penal…….....22
1.8 Definición y tipo penal…….....…24
1.9 Clasificación de los tipos penales……..…..25
1.10 Punibilidad, punición y pena……...……..29
1.11Fuentes del derecho penal……....…….30
1.12 Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal……31

UNIDAD II Interpretación, validez y concurso de leyes
2.1Ambitos de aplicación de la ley penal……..……36
2.2 Ámbito de validez de la ley penal……..……..36
2.3 Ámbito material……..……37
2.4 Ámbito personal……..……38
2.5 Ámbito espacial……..……40
2.6 Ámbito temporal……42
2.7 Concurso aparente de leyes……..…..……43
2.8 Principio de especialidad, consunción y subsidiaridad ……..…….43
2.9 Sujetos del delito……45
2.10 Objeto del delito……..47
2.11Formas de manifestación del delito ……..49

UNIDAD III Delito
3.1Noción jurídica de delito y presupuestos del delito……....……55
3.2 Elementos del delito: positivo y negativo……..……...56
3.3 Delito instantáneo, permanente continuo, eventualmente permanente y continuado..57
3.4 Delitos consumados y de tentativa……58
3.5 Tipos de autoría y participación ……59
3.6 Delitos de acción y de omisión……...60

3.7 Conducta y su aspecto negativo……..……62
3.8 Tipicidad y su aspecto negativo……...……67
3.9 Antijuricidad y su aspecto negativo…….69
3.10 Culpabilidad y su aspecto negativo……...…….79
3.11Punibilidad y su aspecto negativo…….…..84
3.12 Imputabilidad y su aspecto negativo……..85
3.13 Excusas absolutorias ……87
3.14 Condiciones objetivas de punibilidad……...…….....88
3.15 Reglas para el concurso de delitos……....……89

UNIDAD IV Teoría del delincuente y de la pena
4.1Generalidades del delincuente……91
4.2 Frecuencia del comportamiento delictivo……..93
4.3 Identificación del delincuente ……94
4.4 Concurso de personas……....95
4.5 La pena……....97
4.6 Medida de seguridad ……..99
4.7 Prisión y otras formas de privación de libertad ……..100
4.8 Pena de muerte, sanción pecuniaria y reparación del daño……101
4.9 Sistemas doctrinales relacionados con el delito……...104
4.10 Extinción de la responsabilidad penal……106
4.11Sistema penitenciario en México……..108

UNIDAD I Derecho Penal

1.1 Surgimiento y evolución del 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.

1) **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". Ahí se aprecia claramente la venganza individual, en la que se inflige un mal por otro recibido.
2) **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.
3) **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 fi gura 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.
4) **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 golpeare 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 "impone" 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.

1.2 Derecho penal y la ley penal

*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**.

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.

1.3 Caracteres del derecho penal

El Derecho Penal es rama del Derecho Público interno, aunque ahora por la internacionalización de ciertos delitos, un Derecho Penal tanto sustantivo como adjetivo cada vez adquiere mayor vigencia y necesidad internacional como ejemplo los convenios internacionales para luchar contra la trata de blancas, el terrorismo, narcotráfico, etc., y los tribunales internacionales como el Tribunal Permanente de Justicia de La Haya, la Interpol o Policía Internacional. En líneas generales podemos decir que los caracteres o notas distintivas más connotadas del Derecho Penal son:

- **Derecho Público**
- **Dogmático**
- **Normativo, Valorativo y Finalista.**

De Derecho Público.- El Derecho Penal es público porque sólo lo puede ejercer con carácter exclusivo y excluyente el Estado, evidentemente por intermedio del Poder Judicial, y que crea las normas, con que define o tipifica los delitos y las sanciones.

Por ello la Escuela Clásica tiene como máxima absoluta que no admite limitación "nullum crimen, nulla poena sine lege". Regula las relaciones del individuo con la sociedad, mas propiamente dicho con el Estado en cuanto se refiere a la calificación de una conducta como delito y la pena que se le asocia como consecuencia de ello.

Dogmático.- La dogmática es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. La ciencia penal se expresa a través de la dogmática como sistema, aspira a establecer las bases para una administración de justicia igualitaria y justa.

La dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza, todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente. La dogmática cumple funciones fundamentales a favor del individuo frente al poder ilimitado del Estado. Sirve como instrumento de control, de seguridad, previsibilidad, certeza, y de límites. Por ej. el principio de legalidad es realidad del Estado de Derecho que indica «... que las normas que regulan la convivencia sean conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento de un modo racional y seguro, que evite el acaso y la arbitrariedad en su aplicación...».

Es de naturaleza normativa, porque intenta regular la vida social, no sólo conocerla; es valorativo puesto que valora para asignar la pena a algunos de los numerosos hechos descritos como ilícitos por el ordenamiento jurídico; es finalista, porque persigue la protección de los individuos componentes de la sociedad, garantizándoles el goce de los bienes jurídicos.

1) Normativo: El Derecho Penal es normativo, en el sentido de la división ontológica que hace el neokantismo que clasifica las ciencias en las del ser y las del deber ser. Estas últimas tratan de reglamentar o normar la conducta para que se adecúe a los fines perseguidos por el Estado de Derecho. Por ello es que sólo en la norma se halla la definición de la conducta correcta y en su caso legal. Las ciencias del ser nos presentan la realidad tal cual es para someterla al análisis y estudio, en ellas están todas las ciencias naturales, mientras que las del deber ser son las ciencias culturales.

2) Valorativo: El Derecho Penal es valorativo en el sentido que la conducta para nuestra ciencia tiene una significación que cae en un valor o en un antivalor, en lo jurídico o antijurídico. Cuando apreciamos una conducta para calificarla de delictiva o no, estamos haciendo un juicio de valor que se refiere a lo valorativo que en última instancia califica la conducta y su resultado. En el fondo la norma es un deber ser, un juicio de valor y la ley es ser, realidad;

3) Finalista: Además el Derecho Penal es finalista en el sentido de que el Derecho Penal Tiene un fin. El fin concreto es prevenir la ilicitud de la conducta delictiva para que se evite en incurrir en ella y el fin de la sanción puede ser retributivo, de enmienda, corrección, de expiación, de defensa social, etc.

1.4 Principios del Estado democrático de derecho

El término de "Estado de derecho" empieza a ser utilizado por la ciencia jurídica y política alemana del siglo pasado para designar una relación específica entre la forma política llamada "Estado" y el derecho, relación que va más allá de un gobierno limitado que envuelve su actuación en el ropaje de las normas jurídicas. La doctrina alemana llega a fundar el Estado sobre la "legalidad administrativa", sobre los "derechos públicos subjetivos", sobre la "justicia en la administración"; en otros términos, subordina el poder administrativo al presupuesto de la atribución mediante la ley, justifica (a través de complejos "dispositivos" teóricos) la subsistencia de derechos de los ciudadanos frente al Estado, predispone medios jurisdiccionales para su tutela.

El Estado aparato (de gobierno y administración) se presenta con el rostro del poder de supremacía del que la acción estatal se vale frente a los ciudadanos. El principio de legalidad, eje del nuevo

Estado, junto a la separación de poderes, es ante todo la subordinación a la ley de la acción administrativa (en sentido formal: atribución legislativa del poder, y material: eventual limitación "interna" de los modos y medios de ejercicio), y símbolo de la persecución, subordinada a cualquier otro, del interés general, por lo demás constitutivamente prefigurado y determinado por la ley.

El Estado de derecho aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas o, sencillamente, identificado con ese sistema de normas, así que se convierte en solo norma o procedimiento.

En realidad, el Estado de derecho, pese a toda la juridicidad y normatividad, sigue siendo un Estado, y contiene siempre otro elemento específicamente político, a más del elemento específico del Estado de derecho. Es por ello, que necesariamente al hablar sobre la temática de la obligación de cumplir las leyes nos remitimos a realizar algunas consideraciones de carácter histórico sobre el origen y la supremacía de las leyes y, por lo tanto, a la del derecho de gobernar que éstas definen. Platón en las Leyes afirmó que se presentaba como ideal el "gobierno de las leyes", como forma opuesta al "gobierno de los hombres", de sus arbitrariedades y abusos. Dichas leyes no serían otras que las dictadas por la razón. Aristóteles, en su obra La política, habló de las leyes como principios provenientes del raciocinio humano y lo relaciona con las distintas formas de gobierno definidas según los distintos tipos de Constitución posibles.

Por su parte, los filósofos llamados "estoicos" propusieron explícitamente que las leyes no tenían otro antecedente que un acuerdo contractual entre los hombres que luego las obedecerían; mientras, los llamados "sofistas" habían propuesto en su momento que toda verdad política, incluidas desde luego las leyes, surgía de una retórica cuyo objetivo último era conseguir el consentimiento de los ciudadanos. Pese a sus diferencias, todos ellos coincidieron en sostener el dominio de la ley frente al ideal despótico, es decir, la supremacía del "gobierno de las leyes" sobre el "gobierno de los hombres". Según el pensamiento cristiano escolástico que predominó durante la Edad Media, toda ley, natural o humana, era una expresión de la voluntad de Dios y, de existir en el mundo algún tipo de orden, éste habría de provenir no de los hombres, sino de Dios.

La fuerza de esta concepción del poder y del derecho a gobernar ha sido una de las más poderosas de la historia. La crisis de esta concepción de la ley, como la de muchas otras ideas medievales, habría de venir con el Renacimiento (siglo XVI). Basta recordar que fue Maquiavelo, en El príncipe, quien hizo una severa crítica a la idea de que el soberano último en cuestiones políticas es Dios. La descripción que realiza de las relaciones de poder como resultado de las virtudes (no morales, sino

prácticas) y estrategias de los hombres reales preparó el camino para pensar que las leyes derivaban de la voluntad de los hombres y no de la de Dios. Maquiavelo, al laicizar la política, abrió las puertas a la modernidad política. Ciertamente, la pérdida de Dios como criterio de justicia obligaba a buscar nuevos fundamentos para el poder político y sus leyes. Algunos de ellos fueron postulados por autores como Hugo Grocio y Thomas Hobbes.

En resumen, el Estado de derecho es aquel Estado en el que autoridades e individuos se rigen por el derecho, y éste incorpora los derechos y las libertades fundamentales, y es aplicado por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre.

1.5 Los derechos humanos para la existencia del derecho democrático

De la anterior definición se logra identificar claramente que se requieren requisitos para conformar un Estado de derecho. Entre los elementos necesarios podemos señalar que esta "la división de poderes", como base de la distribución del poder en diferentes funciones garantiza que el poder del Estado no se concentre en una sola institución, sino que se distribuya permitiendo mayor eficiencia y los debidos controles evitando arbitrariedades y abuso del mismo. Ya en la Antigüedad se consideraba la conveniencia del control y equilibrio del poder a través de la confrontación y cooperación de varias fuerzas. Cicerón (y antes de él, Polibio) atribuía el éxito y la estabilidad de la República romana a la sabia combinación, en una "constitución mixta", de elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos.

Otro elemento es **"el imperio del derecho"**, que otorga certidumbre y seguridad jurídicas, esto es, la posibilidad de calcular las consecuencias de sus actos respecto de otros particulares o en relación con el poder público. Con este elemento debemos entender la obediencia a las normas establecidas, ya que las normas deben ser expresión de la voluntad popular y deben someterse a ella tanto gobernantes como gobernados, el principio de legalidad: "Todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor". Es decir, que todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma legal vigente y, más allá, dicha norma legal debe encontrar su propio sustento en una norma superior. El principio de legalidad responde a la contraposición entre "el gobierno de los hombres" y "el gobierno de las leyes", según la cual, en el

primer caso, los gobernados se encuentran desprotegidos frente al arbitrio del gobernante y, en el segundo, los súbditos cuentan con elementos para conocer los límites y alcances del ejercicio de la autoridad. Esta dicotomía encierra un juicio de valor: donde impera la legalidad los gobernados gozan de certeza y seguridad jurídica y disfrutan, en principio, de igualdad frente a la ley (ideal griego de isonomía); donde la legalidad es un principio ausente, los gobernantes cuentan con un margen discrecional absoluto para afectar la vida de sus súbditos.

También encontramos a otro elemento que es que existan **"garantías institucionales de certidumbre, imparcialidad y acceso"**, que significa que el aspecto dinámico del derecho (aplicación de normas a casos concretos) es ejecutado por instituciones imparciales y accesibles (tribunales previamente establecidos) que generan certidumbre, mediante procedimientos accesibles para todos (equidad en el acceso a la justicia) y que tienen por objeto garantizar que todas las penas se encuentran fundadas y motivadas en derecho. Es decir, las autoridades nada pueden hacer que no esté pre visto en las leyes; cualquier posible afectación de los derechos del individuo debe estar debidamente fundada y justificada por una norma, a la vez que el afectado debe contar con la posibilidad de defenderse y ser escuchado (garantía de audiencia o principio del debido proceso legal). Cabe resaltar que esta característica es, sin duda, el corazón de todo Estado de derecho moderno ya que, en la aplicación de las leyes, se materializa la relación cotidiana y efectiva del cuerpo normativo con los sujetos sometidos a su imperio.

También como elemento esencial del Estado de derecho está "**El reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como el establecimiento de garantías que aseguren su tutela efectiva".** El Estado de derecho alude a un particular diseño institucional que, con el objeto de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas, intenta guiar, controlar y limitar el ejercicio del poder público a través de normas de carácter general, que conformen un sistema claro y conocido por todos.

Como hemos visto la situación de los derechos humanos esta en boga y no es para menos, ahora este respeto y garantías se dan a través del ordenamiento jurídico respectivo el cual también contempla los mecanismos o recursos que se pueden interponer en caso de atropello o violación de alguno de estos derechos. Para los revolucionarios franceses y americanos la protección de los derechos del hombre era el fundamento y la finalidad de las instituciones sociales. Se trata de derechos innatos, anteriores y superiores al Estado, que éste sólo puede reconocer. Sin embargo, para asegurarlos y como forma de "garantía", estos derechos se proclaman solemnemente en una declaración "a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Ejecutivo, pudiendo ser en cada

instante comparados con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos".

Si estos requisitos se cumplen aumentan las posibilidades de que los gobernados cuenten con niveles aceptables de certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, todavía podemos ir más lejos: para algunos estudiosos el Estado de derecho necesariamente implica al "principio democrático" y a la noción de "derechos fundamentales". Desde esta óptica, el concepto adquiere una dimensión más amplia: se trata de un "Estado democrático de derecho", ya que no basta con la existencia de normas con ciertas características sino que las mismas deben ser la manifestación indirecta de la voluntad popular. Así pues, leyes generales, estables, claras y públicas que son emitidas por un Poder Legislativo electo popularmente y que contemplan a los derechos fundamentales del hombre, en adición a un sistema judicial imparcial, cuyos jueces (aplicadores del derecho) se apegan a los procedimientos legales y fundan y motivan sus sentencias, es la fórmula que da como resultado a un Estado democrático de derecho.

1.6 Principios propios del Estado democrático

***ESTADO DE DERECHO**. Se refiere al principio de gobernanza por el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente y se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Las instituciones políticas regidas por dicho principio garantizan en su ejercicio la primacía e igualdad ante la ley, así como la separación de poderes, la participación social en la adopción de decisiones, la legalidad, no arbitrariedad y la transparencia procesal y legal.*

Conceptualmente el Estado de derecho contempla los siguientes puntos:

1) la estructura formal de un sistema jurídico y la garantía de libertades fundamentales a través de leyes generales aplicadas por jueces independientes (división de poderes);

2) libertad de competencia en el mercado garantizada por un sistema jurídico;

3) división de poderes políticos en la estructura del Estado; y

4) la integración de los diversos sectores sociales y económicos en la estructura jurídica.

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.

En el Derecho positivo mexicano, existe el deber de conformar un Estado social democrático de Derecho, en el que se respeten los principios de intervención mínima, legalidad, culpabilidad, etc., como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado.

- ✓ **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**: consistente en que el Estado a través de los operadores jurídicos no podrá aplicar pena alguna que no se encuentre en la ley y que sea anterior al hecho que se le impute al ciudadano, principio que se encuentra establecido en el artículo 14 del Pacto Federal. Por otra parte, el fundamento legal para señalar que es un Estado democrático se encuentra en el ordinal 25 del cuerpo de leyes citado, que en la parte interesa a la letra dice:

…la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Situación de la que se pone de relieve que el Derecho está al servicio del ciudadano; argumentación que se hace extensiva al Derecho penal con apoyo en el artículo 133 de la Carta Magna, puesto que es la máxima ley del país. Además, la parte in fine de dicho precepto señala que se persigue, por medio del Estado mexicano, la protección del pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, lo que relacionado con los numerales 39 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se infiere que el Derecho penal

de nuestro Estado es, también, social, como sistema protector exclusivo de bienes fundamentales para la sociedad.

- ✓ **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**: El principio de culpabilidad se expresa simplemente en el apotegma de que no hay pena sin culpabilidad, y en el subsecuente de que la medida de la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad. Hacerse cargo, según la bella expresión de Carrara, de que el delincuente, antes de violar la ley con sus manos, la ha violado en su corazón, es una de las premisas del derecho penal moderno. En nuestra época se ha intentado basar el principio en alguno de los derechos fundamentales, y donde constitucionalmente se incorporan al orden jurídico positivo ciertos valores internacionalmente consagrados, se hace arraigar el principio de culpabilidad en el valor del "libre desarrollo de la personalidad" y en el de la "intangibilidad de la dignidad humana".

El principio de culpabilidad es la aplicación del nullum crimen sine culpa, que puede enunciarse como "NO HAY PENA SIN REPROCHABILIDAD", o sea, no hay delito sin que el autor haya tenido la posibilidad exigible de actuar conforme a derecho. En realidad el principio nullum crimen sine culpa se refiere a dos estratos diferentes: la tipicidad y la culpabilidad. Tiene necesariamente como presupuesto lógico la libertad de voluntad del hombre. Cuando se desconoce este fundamento no es posible construir la culpabilidad, ni es posible un orden jurídico que regule la conducta de entes responsables. Responsabilidad y libertad son conceptos inseperables. Podemos definir, a la culpabilidad como el juicio por el cual se reprocha a un sujeto haber efectuado un comportamiento típico y antijurídico, cuando la era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

- ✓ **PRINCIPIO PROTECCION A BIENES JURIDICOS**: El Derecho penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos. En todas las normas jurídico-penales subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales que son indispensables para la convivencia humana en la comunidad y deben ser protegidos, consecuentemente, por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública. Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el derecho penal otorga su protección. Protección significa que mediante normas jurídicas se prohíben con amenaza de pena las acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso los intereses vitales de la comunidad. Bien jurídico es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

- ✓ **PRINCIPIO EL DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO**. El Derecho Penal es la última ratio, debiendo ser el último recurso que debe de utilizar el Estado cuando se carece de otros menos lesivos. Aunque el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos, esto no quiere decir que todo bien jurídico tenga que ser protegido por el Código Penal, así como, tampoco que en todas las violaciones a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba de tener intervención el Derecho Penal.

- ✓ **PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MINIMA DEL DERECHO PENAL**: Según el principio de intervención mínima, el Derecho penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible.

Siempre que existan otros medios, distintos al Derecho penal, que sean menos lesivos que éste y que logren la preservación de los principios, que en teoría sustentan un Estado de Derecho, éstos serán deseables, pues lo que se busca es el mayor bien social con el menor costo social.

- ✓ **PRINCIPIO NE BIS IN IDEM:** "Non bis in ídem", o "Ne bis in ídem" en latín significa "No dos veces hacia la misma Cosa". Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando existan en contra de la misma persona y por la misma conducta, por lo que una segunda orden de visita domiciliaria es inconstitucional por violar la garantía de seguridad jurídica consagrada en los artículos 23, 14 y 16 de la Carta Magna. Guillermo Cabanellas, define non bis in idem como un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo. En otras palabras, el ne bis in idem, garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

Como se dijo, la constitución mexicana es el instrumento jurídico en el cual se consagra la garantía de que los procedimientos para evitar que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito, sin embargo, para saber cuándo opera esta garantía, es necesario partir de lo que se entiende por "ser juzgado" o "haber sido juzgado". Por juzgado se entiende a un individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme e irrevocable, o sea, contra la que no procede legalmente ningún recurso. De lo anterior, se deduce que - única y exclusivamente - cuando en

un juicio penal se haya dictado una sentencia en los términos anteriormente señalados, y establecidos en los ordenamientos procesales penales, se actualizará la garantía de seguridad jurídica que se comenta. En otras palabras, el individuo de esta manera condenado o absuelto será el titular de la garantía. En caso de que la sentencia dictada no tenga ese carácter de irrevocabilidad, es perfectamente factible la posibilidad de un nuevo proceso. Otro de los puntos a aclarar es el alcance de la expresión "delito". Cuando se habla de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, la referencia Constitucional es al hecho material de la misma. Dicho más claramente, la prohibición subsiste, aunque en el segundo proceso se tipifique o denomine a los hechos en distinta forma.

1.7 La ley penal

*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.1 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 401 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.

1.8 Definición y tipo penal

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.

El tipo tiene diversos significados, uno de éstos es el conjunto de los caracteres del delito (generales o especiales, positivos o negativos, escritos o no escritos) descritos en la ley, no como condiciones de penalidad sino como condiciones exteriores de punibilidad, de entre las cuales el delito mismo permanece intocable.

Mientras que para Welzel, el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana, la norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. En tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida.

En palabras de Maurach, el tipo es la descripción terminante de una determinada conducta humana antijurídica. El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal. Debe comprender las características integrantes de la acción: voluntad dirigida en una determinada dirección y manifestación de esta voluntad, atento a esto, el tipo no se limitará a la descripción de un suceso objetivo, perceptible por los sentidos, sino que engloba, también, a la voluntad dirigida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo cual permite establecer la idea en torno a los elementos subjetivos característicos del tipo penal.

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, fi gura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquier otra idea similar.

1.9 Clasificación de los tipos penales

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.

Por la conducta

En relación con el comportamiento del sujeto activo, el tipo puede ser:

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.

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.

a) **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.

b) **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:

De daño o lesión. Cuando se afecta realmente el bien tutelado, por ejemplo, robo, homicidio y violación.

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:

a) **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).

b) **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:
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.

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:

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).

Culposo, 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).

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:

Simple. Cuando el delito producido sólo consta de una lesión.

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 su procedibilidad o perseguibilidad

Se refiere a la forma en que debe procederse contra el delincuente:

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.

De querella necesaria. A diferencia del anterior, éste sólo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querella 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 querella de la parte ofendida.

La regla para saber si un delito se persigue de oficio o por querella es la siguiente: cuando se persigue por querella 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 querella:

De oficio	Por querella
Homicidio	Lesiones levísimas (cpf)
Estupro	Abuso de confianza
Lesiones graves	Aborto
Violación	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.

Según determinadas circunstancias, el delito puede ser:

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.

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.

Complementado. Es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifi can 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 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.

1.10 Punibilidad, punición y pena

Punibilidad

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.1 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 reinserción social correspondiente. Aquí se está ante la etapa ejecutiva (administrativa).

1.11 Fuentes del derecho 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 jurídicas", 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.

1.12 Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal

Las normas penales no consisten en un puro "recetario" o en meras " fórmulas" que simplemente se apliquen al caso concreto. Por el contrario, las normas penales, antes de poderlas aplicar a un caso específico -al igual que las normas constitucionales, civiles, mercantiles, familiares, laborales, etc.- necesitan ser interpretadas fijando el alcance de los textos en que se hallan formuladas

La necesidad de la interpretación de la ley no es un problema que dependa de si el texto es "poco claro" , "oscuro" o "contradictorio", sería un error aceptar que sólo en esos casos los textos jurídicos necesitan ser interpretados. Si ese fuera el meollo del asunto, bastaría con que tales "defectos" pudieran definitivamente remediarse por medio de una reforma en la que se hiciera una redacción "clara" o "no contradictoria"; pero, es que, aun cuando se realizara ese remedio, siempre seguiría existiendo la necesidad de interpretar el texto corregido. Pues, como veremos, todos los textos jurídicos siempre son susceptibles de interpretación, porque la necesidad de interpretación surge no sólo de la abstracción de la ley sino, esencialmente, de la obligación de poder subsumir dentro de ella situaciones concretas de aplicabilidad.

Comencemos por señalar que interpretación deriva del latín interpretarionem y significa "acción o efecto de interpretar", y este verbo viene de interpretari que, entre otras acepciones, quiere decir: "explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad".

En la Ciencia del Derecho, en general, se entiende por interpretación la actividad que consiste en comprender y en hacer comprensible el sentido jurídico de un texto y con la interpretación se fija el sentido y alcance del espíritu de la ley frente al caso por resolver. Entre algunos conceptos sencillos de lo que en doctrina penal se entiende por la actividad de interpretar están, por ejemplo, el de Mezger que señala: "Interpretar la ley significa averiguar su sentido determinante, a fin de aplicarlo a los casos particulares de la vida real".

Clasificación de la interpretación.

Existen diversos criterios de clasificación respecto de la interpretación de la ley, los cuales se resumen de la manera siguiente:

a) **Por su origen.** La interpretación puede ser doctrinal, auténtica o judicial.

- **Doctrinal.** También se le conoce como interpretación privada, porque la realizan los particulares. Otros la llaman científica, cuando la llevan a cabo los estudiosos del derecho y los doctrinarios por medio de su obra escrita o de la palabra oral (conferencias, discursos, cátedras, etcétera).

- **Auténtica.** También se le conoce como legislativa y es la que realiza el legislador para precisar o aclarar la significación de la norma jurídica.

- **Judicial**. También conocida como jurisdiccional o forense, es la que llevan a efecto los juzgadores (juez, magistrado o ministro) con el fin de aplicar la norma jurídica a los casos concretos y con justicia, de manera que desentrañen el verdadero sentir del legislador cuando creó la norma.

b) **Por el método**. La interpretación puede ser histórica, gramatical, lógica, sistemática o analógica.

- **Histórica.** La interpretación histórica consiste en que la norma debe entenderse en relación con el momento en que se creó, considerando las circunstancias sociales, políticas y económicas prevalecientes en el lugar y el momento de su creación y, por último, entender el porqué y para qué de su origen. Si se quiere interpretar el art. 308, segundo párrafo, del CPF, que

señala el duelo como circunstancia atenuante en los delitos de lesiones y homicidio, se deberá partir de la época en que se creó dicha norma y las características de la sociedad en ese periodo.

- **Gramatical.** La interpretación gramatical, conocida también como interpretación filológica o literal, consiste en esclarecer la norma, según el sentido estrictamente literal de la disposición. Se trata de encontrar el significado de la norma por medio de las palabras empleadas, precisando su significación y connotación dentro de la gramática. En los arts. 318 del CPF y 138, fracc. III, del CPDF se señala a la asechanza como uno de los medios para atacar a una persona, lo cual constituye la circunstancia agravante de alevosía en los delitos de lesiones y homicidio. Una correcta interpretación gramatical llevará a entender por qué el legislador empleó el término asechanza y no acechanza (el primero significa usar artificios o engaños para causar perjuicio a alguien, mientras que acechar significa vigilar u observar cautelosamente). Nótese cómo en el CPF el legislador emplea el vocablo asechanza y, en el CPDF, acechanza. Hay que insistir en la necesidad de que dentro de la formación de licenciados en derecho, como para cualquier otra área del saber y, a fin de lograr una correcta forma de comunicarse, es recomendable la consulta constante de un diccionario de la lengua española. Para todo estudiante y para quien ejerza la profesión en cualquier ámbito, es indispensable acudir en forma constante al Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, o al Diccionario de uso del español, de María Moliner. Es muy penoso advertir la manera inadecuada en que muchos estudiantes, abogados, legisladores e incluso profesores escriben, máxime cuando, como es sabido, una letra, un signo de puntuación o simplemente un acento puede cambiar radicalmente el sentido de una expresión. En nuestra profesión, éste es un asunto muy delicado.

- **Lógica.** La interpretación lógica, también llamada interpretación teleológica o racional, parte de un análisis histórico, de modo que, de cierta manera, se funden la interpretación histórica y la lógica. Consiste en revisar las circunstancias imperantes en el momento en que se creó la norma, conocer

la exposición de motivos respectiva y saber qué factores influían en la sociedad en aquel momento. Así podemos entender, por ejemplo, por qué surgió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada o el tipo penal de violencia familiar.

- **Sistemática.** La interpretación sistemática implica conocer y comprender todo el cuerpo legal a que pertenece la norma por interpretar, para no considerarla aisladamente. Sin embargo, erróneamente los códigos penales establecen la regla de interpretar un vocablo "sólo para efectos" de ese código, de un capítulo o de un artículo; véanse los arts. 144, segundo párrafo, del CPDF y 265, segundo párrafo, del CPF, a manera de ejemplo. En dicha interpretación deben tenerse en cuenta las doctrinas, corrientes y escuelas que ejercieron influencia en la norma y la orientación jurídica del Estado.

- **Analógica.** La interpretación analógica consiste en interpretar la norma, de manera que se recurra a normas o casos similares entre sí, a fi n de desentrañar su sentido. Es importante no confundir la interpretación analógica con la aplicación analógica

En principio, se sabe que la ignorancia de la ley no es excusa su cumplimiento; así será merecedor de una pena quien incurra en un delito aun cuando ignorase que existía. Sin embargo, el código penal federal establece lo siguiente:

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

UNIDAD II Interpretación, validez y concurso de leyes

2.1Ambitos de aplicación de la ley penal

Aplicar la ley consiste en materializar el contenido de una norma jurídica determinada al caso concreto. Aplicación de la ley penal. Como se mencionó, existe confusión entre la interpretación analógica y la aplicación analógica. Esta última la prohíbe el art. 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), no así la interpretación analógica, conforme al principio de legalidad. Aplicación analógica. Aplicar analógicamente una pena consiste en imponer una sanción

por un delito no previsto en la ley simplemente por analogía (semejanza) con otro delito, lo cual es violatorio de la garantía constitucional de legalidad aludida.

Para una mejor comprensión del tema se transcribe el artículo 14 constitucional:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.
En los juicios del orden criminal ***queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón****, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.*

2.2 Ámbito 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).

2.3 Ámbito 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, deserción 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 Ámbito 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. 1o., 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.

2.5 Ámbito espacial

La ley debe aplicarse en el espacio territorio 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.

2.6 Ámbito 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 inculpado o sentenciado. Fundamentación de ello es el art. 56 del CPF, así como los preceptos 3, 5 y 6 del CPCh, los cuales señalan que será aplicable la ley más favorable al inculpado o sentenciado.

Artículo 3.- Ámbito Temporal de Aplicación.- Es aplicable la ley penal vigente en el momento de la consumación del hecho punible

Artículo 5.- En los juicios del orden penal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, sanción alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Artículo 6.- Cuando entre la comisión del delito y la sentencia que deba pronunciarse, se promulguen una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en la ley vigente al cometerse el delito, se aplicará la nueva ley. Cuando pronunciada una sentencia en que se hubiese impuesto una sanción privativa de libertad, se dictare una ley que dejando subsistente la sanción señalada al delito, sólo disminuya su duración, se reducirá la sanción impuesta en la misma proporción en que estén el máximo de la fijada en la ley anterior y el que señala la posterior. En caso de que cambiare la naturaleza de la pena, se substituirá la señalada en la ley anterior por la señalada en la posterior.

2.7 Concurso aparente de leyes

En ocasiones, respecto de un mismo comportamiento humano que transgrede algún bien jurídico tutelado, parecen coexistir varias normas que podrían ser aplicables. Esto se conoce como concurso aparente de normas, tipos o leyes o concurrencia de normas incompatibles entre sí. Lo expresa con mucha claridad Francisco Pavón Vasconcelos, cuando dice: "Se afirma la existencia de un concurso aparente de normas penales cuando a la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o más normas de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo." Esta situación es frecuente cuando en un hecho delictivo parecen coincidir varias normas penales semejantes.

El problema consiste, en estos casos, en elegir cuál norma o ley es la exactamente aplicable. Para resolver esta problemática se han elaborado determinados principios que pretenden, cada uno, dar

solución. Estos principios son el de especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y alternatividad.

2.8 Principio de especialidad, consunción y subsidiaridad

Principio de especialidad.

Resuelve el problema basándose en el carácter de la norma con prevalencia de su calidad especial; la ley especial está por encima, prevalece y excluye a la general.

Un ejemplo podría ser el siguiente: si una persona se apodera de un órgano humano de manera indebida, esto es, sin tener derecho, podría presentarse el concurso aparente de leyes; por un lado parecería que se está en presencia del tipo penal de robo previsto en el CPF o en algún código penal local, pero también podría tratarse de una violación a disposiciones previstas en la Ley General de Salud (LGS). De acuerdo con este principio, la ley aplicable sería la LGS.

Principio de consunción o absorción.

Resuelve el problema aplicando la regla que establece que la norma más amplia absorbe a la de menor amplitud.

Un ejemplo sería que cuando una persona herida muere, la norma aplicable será la correspondiente a homicidio y no la que prevé el delito de lesiones.

Principio de subsidiaridad.

Consiste en establecer que la norma principal excluye a la subsidiaria. Existen varias opiniones al respecto, pues en ocasiones no es fácil determinar cuál es la norma principal y cuál la subsidiaria. El criterio que prevalece es el que considera el menor o mayor daño causado al bien jurídicamente tutelado. Por ejemplo, en el robo, la mayor o menor cuantía, o en lesiones, la más grave respecto de una menos grave.

Principio de alternatividad.

Se presenta cuando las normas en conflicto tutelan idéntico bien jurídico, pero los elementos típicos son distintos.

Un ejemplo podría ser el delito de lesiones con el de violencia familiar. Debe aclararse que hay códigos penales que ubican a la violencia familiar dentro del título de delitos contra la vida, mientras que otros lo colocan dentro de tipos contra la familia. Como bien señala Francisco Pavón Vasconcelos en la obra referida, el art. 13 del CPDF hace referencia al concurso aparente de normas. Pese a que este artículo podría ser la solución a esta problemática, en ocasiones resulta muy difícil determinar cuál es la norma que debe prevalecer. Incluso, considero que a veces, de manera injusta aunque legal, el legislador señala en la propia norma que será aplicable la pena señalada en dicho artículo "independientemente" de la que corresponda por otro delito (aquí estaríamos en presencia de una acumulación, que en lo personal considero injusta). Tal es el caso de lo que previene el art. 200 del CPDF, que establece: "… Se le impondrá de seis meses a seis años de prisión, … independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito." Debe tenerse cuidado de no confundir el concurso aparente de normas con el concurso de delitos (ideal o formal y real o material).

Por último, considero oportuno destacar la opinión del tratadista español Miguel Polaino Navarrete en relación con la norma jurídico-penal y la función del Estado, cuando afirma: "… la función de los Estados modernos no puede ser imponer una determinada conducta a sus ciudadanos, muchas veces convertidos en (o tratados como) súbditos. Para explicar la esencia de la norma es preciso acudir a su estructura dinámica y a su esencia funcional." Afirma también que la norma jurídica debe ser un "criterio orientador de conductas" y ser un medio asegurador de expectativas sociales.

2.9 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.

NOTA IMPORTANTE: ***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. (Analícense 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.

También, en algunos delitos como el robo se puede establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito.

De la conducta. Es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo; es a quien le quitan el dinero.

Del delito. Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado, por ejemplo: si un empleado lleva al banco una cantidad de dinero de su jefe para depositarlo y es robado en el autobús, el sujeto pasivo de la conducta será el empleado y el pasivo del delito el jefe, quien es el afectado en su patrimonio. También existe el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del proceso; este último es el enjuiciado.

Actualmente, la victimología se ocupa de estudiar a la víctima y llega a conclusiones muy importantes, que son de interés invaluable para el derecho penal, como su clasificación, el grado de "participación" o provocación, las características psicológicas, la cifra negra (o sea, la cantidad de delitos que realmente se cometen pero que no se denuncian y, por tanto, la autoridad no tiene conocimiento de ellos), el tratamiento, la ayuda institucional y muchos otros aspectos que han

despertado el interés de los estudiosos del derecho penal y de las autoridades. Si se ahonda en el estudio de la víctima del delito, se advertirá hasta qué punto ha sido olvidada, tanto por el Estado como por la sociedad en general y, a veces, incluso por su propia familia.

En una breve mirada a la legislación (CPEUM) se observará cómo existen más derechos y beneficios para el inculpado que para la víctima. Elías Neuman, Hilda Marchiori, María de la Luz Lima Malvido y Luis Rodríguez Manzanera son algunos de los especialistas que con más interés se han ocupado del tema de atención a la víctima del delito.

2.10 Objeto del delito

En derecho penal se distinguen dos tipos de objetos: el material y el jurídico.

Material. El objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa. Cuando se trata de una persona física, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material; esto ocurre en delitos como homicidio, lesiones, difamación, violación y estupro, entre otros. En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, es al mismo tiempo el sujeto pasivo del delito. Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material es la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc.; por ejemplo, en el robo, la cosa mueble ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales y en el daño en propiedad ajena y fraude, los muebles o los inmuebles, indistintamente. Es muy común, cuando se comienza a estudiar derecho penal, confundir el "objeto material" del delito con el "instrumento" del delito; este último, por ejemplo, es el arma con la cual se privó de la vida en homicidio, o bien, el psicotrópico transportado, en el delito contra la salud pública en su modalidad de transportación.

Jurídico: El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. El derecho penal, en cada fi gura típica, tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos. Al derecho le interesa tutelar o salvaguardar la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos de homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidio en razón del parentesco o relación, con lo cual pretende proteger la vida humana. Se ha cuestionado si en el producto de la concepción hay

una vida que proteger, para así justificar o no la tutela penal en el aborto o su completa despenalización. Los avances en la ciencia médica han demostrado que sí hay vida humana desde la formación de un nuevo ser al fecundarse el óvulo por el espermatozoide, e incluso, por medio de estudios de ultrasonido, se pueden detectar los latidos cardiacos y determinar signos vitales en el feto.

Para el CPDF la tutela penal inicia a partir de la decimosegunda semana de gestación. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. Recuérdese que justamente en razón de este criterio, los códigos penales clasifican los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídicamente tutelado).

Cada título de los códigos agrupa los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado. Algunos de los principales bienes jurídicos son la vida humana, la libertad física; la libertad, la seguridad y el normal desarrollo psicosexual, la integridad física o corporal (salud individual), el patrimonio, la salud pública, la seguridad de la nación, etcétera.

Delito	Objeto material	Objeto jurídico
Homicidio	Persona física	La vida
Robo	Cosa mueble ajena	El patrimonio
Abuso sexual	Persona física	La libertad seguridad y el normal desarrollo psicosexual
Abuso de confianza	Cosa mueble ajena	El patrimonio
Abandono del cónyuge o hijos	El cónyuge, los hijos, o ambos	La vida o la integridad personal (en peligro)
Aborto	Producto de la concepción	La vida
Despojo	Inmuebles, aguas y derechos reales	El patrimonio
Lesiones	Persona física	La integridad física

2.11 Formas de manifestación del delito

En esta sección se analizarán las formas en que puede darse el delito, es decir, los casos en los cuales surgen varios resultados típicos, de manera que se presenta el problema de determinar si se

produjeron varios delitos o si se trata sólo de uno. En la práctica dicho aspecto es muy importante porque a partir de su conocimiento adecuado se podrá resolver cuándo un delito subsiste solo, aisladamente, y cuándo hay acumulación o absorción. También se estudiará la vida o desarrollo del delito, desde su ideación en la mente del delincuente hasta su consumación.

Concurso de delitos

El concurso es el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y su resultado; es la concurrencia o pluralidad de conductas, de resultados típicos o de ambos.

En principio, una sola conducta produce un solo resultado, pero hay dos casos en los cuales se presentan dos figuras que constituyen el concurso de delitos: a) ideal o formal, y b) real o material. Ideal o formal. El concurso ideal o formal ocurre cuando con una sola conducta se producen varios resultados típicos (delitos), en cuyo caso se dice que existe unidad de acción y pluralidad de resultados.

El art. 18, primera parte, del CPF, y el 28, primer párrafo, del CPDF, contemplan el concurso ideal o formal. Un ejemplo de ese tipo de concurso sería el de quien con la única conducta de colocar un explosivo en un banco, produce lesiones, homicidios y daños en propiedad ajena. Regla para sancionar el concurso ideal o formal.

El art. 64 del CPF señala: "En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero [...]."

El art. 79 del CPDF se refiere a la aplicación de la sanción en caso de concurso ideal.

Real o material. El concurso real o material se presenta cuando con varias conductas se producen diversos resultados. En este caso existen pluralidad de conductas y pluralidad de resultados, por ejemplo: un sujeto entra en un bazar de antigüedades y destruye piezas de gran valor, roba dinero al dueño y lesiona a la empleada. Este tipo de concurso se encuentra previsto en los arts. 18, segunda

parte, del CPF, y 28, segundo párrafo, del CPDF. Reglas para sancionar el concurso real o material. El segundo párrafo del art. 64 del CPF y el 79, segundo párrafo, del CPDF.

Generalmente, cuando se produce ha pasado por diversas fases o etapas, cuya importancia radica en la punibilidad, que podrá variar o, en definitiva, no existir. Dicho desarrollo, camino o vida del delito se conoce como iter criminis. Es un grave error escribir inter criminis, pues inter significa entre, en tanto que iter se refiere a recorrido, camino, etcétera.

Fases del iter criminis. Antes de producirse el resultado, en el sujeto activo surge la idea o concepción del delito. Se ha puntualizado que la ley castiga la intención sólo cuando se exterioriza de forma objetiva en el mundo externo; sin embargo, es necesario conocer ese recorrido del delito, aun esa fase interna, para comprenderlo mejor. El iter criminis consta de dos fases: interna y externa.

A. **Fase interna**. Se constituye por el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo y abarca, a su vez, las etapas siguientes: ideación, deliberación y resolución.

Etapa	Concepto
a) Ideación.	Es el origen de la idea criminal, o sea, cuando la concepción intelectual de cometer el delito surge por primera vez en la mente del delincuente.
b) Deliberación.	La idea surgida se rechaza o acepta. El sujeto piensa en ella, de modo que concibe las situaciones favorables y desfavorables. Así, en el interior del sujeto se desata una pugna entre valores distintos.
c) Resolución.	El sujeto decide cometer el delito, o sea, afirma su propósito de delinquir, o bien, rechaza la idea definitivamente.

La fase interna tiene más importancia para la criminología que para el derecho penal, el cual no sanciona esta fase. A la criminología le interesa conocer los antecedentes mediatos del agente, y al derecho penal, los inmediatos. A la criminología le interesa conocer los factores más lejanos en el tiempo a la conducta criminal, y al derecho penal, los factores más cercanos, los detonantes o desencadenantes. A fin de lograr una verdadera prevención, debe darse más importancia a la criminología.

B. Fase externa. Surge al terminar la resolución y consta de tres etapas: manifestación, preparación y ejecución.

Etapa	Concepto
a) Manifestación.	La idea aparece en el exterior, es decir, la idea criminal emerge del interior del individuo. Esta fase no tiene todavía trascendencia jurídica, ya que sólo se manifiesta la voluntad de delinquir; pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.
b) Preparación.	Se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia, no revelarán la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos.
c) Ejecución.	Consiste en la realización de los actos que dan origen propiamente al delito. Ahí se pueden presentar dos situaciones: tentativa y consumación.

Tentativa. Se conforma por los actos materiales tendentes a ejecutar el delito, de modo que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Puede ocurrir mediante actos positivos (hacer) o negativos (abstenciones u omisiones).

La tentativa es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y, puesto que denota la intención delictuosa, se castiga. Al respecto, el CPF ha establecido:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

La propia ley penal precisa que el juez deberá tener en cuenta la temibilidad y el grado a que hubiere llegado el probable activo. El art. 20 del CPDF hace referencia a la tentativa punible. Conforme al art. 63 del CPF, en caso de tentativa se impondrá hasta dos terceras partes de la sanción que debería imponerse de haberse consumado el delito, y si se trata de delito grave, nunca una pena menor del mínimo, y puede llegar hasta las dos terceras partes de la máxima.

El art. 82 del CPCh establece la punibilidad en la tentativa o delito tentado y establece que el juez tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se hubiera puesto al bien jurídico protegido. Es posible distinguir entre tentativa acabada y la inacabada.

Acabada. También se llama delito frustrado y consiste en que el sujeto activo realiza todos los actos encaminados a producir el resultado, sin que éste surja, por causas ajenas a su voluntad.

Inacabada. Conocida igualmente como delito intentado, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual éste no ocurre. Se dice que hay una ejecución incompleta. No todos los delitos admiten la posibilidad de que se presente la tentativa, como por ejemplo el abandono de personas, el derogado delito de disparo de arma de fuego y el abuso sexual, entre otros.

Especialmente interesante resulta el análisis que hace Rodolfo García García cuando explora la problemática que plantea la tentativa del delito imposible. Otras figuras relacionadas con el tema son el desistimiento y el delito imposible.

Desistimiento. Cuando el sujeto activo suspende espontáneamente los actos tendentes a cometer el delito o impide su consumación, por tanto, no se le castiga.

Delito imposible. El agente realiza actos encaminados a producir el delito, pero éste no surge por no existir el bien jurídico tutelado, por no ocurrir el presupuesto básico indispensable o por falta de idoneidad de los medios empleados; por ejemplo, quien desea matar a X le dispara, pero X ya estaba muerto, o bien, alguien pretende hacer abortar a una mujer, pero ésta no se encuentra embarazada.

Delito putativo. También llamado delito imaginario, consiste en actos tendentes a cometer lo que el activo cree que es un delito, pero que en realidad no lo es. Por ejemplo, un joven con ánimo de perjudicar un muro lo pinta con graffiti, sin saber que dicho muro acaba de ser destinado por las autoridades para que los chicos de la zona practiquen sus técnicas de graffiti en él. El art. 21 del CPDF hace referencia al desistimiento y al arrepentimiento.

Consumación. Es la producción del resultado típico y ocurre en el momento preciso de dañar o poner en peligro el bien jurídico tutelado; por ejemplo, en el homicidio la consumación surge en el preciso instante de causar la muerte (por supuesto, es punible).

UNIDAD III Delito
3.1 Noción jurídica de delito y presupuestos del delito

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 refiere 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.

En mi opinión, el delito es la conducta típica y antijurídica realizada por una persona imputable y culpable, que dará por consecuencia la punibilidad.

Corrientes	Elementos del delito
1) Bitómica 2) Tritómica 3) Tetratómica 4) Pentatómica 5) Hexatómica 6) Heptatómica	1. Conducta, tipicidad 2. Conducta, tipicidad y antijuridicidad 3. Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad 4. Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad 5. Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad e imputabilidad 6. Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad, imputabilidad y condiciones objetivas de punibilidad

3.2 Elementos del delito: positivo y negativo

Los elementos del delito son al derecho penal lo que la anatomía es a la medicina. En materia procesal se habla de cuerpo del delito o integración de los elementos del tipo penal para referirse al conjunto de elementos que integran el mismo.

Noción de los elementos del delito

Los elementos del delito son cada una de las partes que lo integran; dicho de otra manera: el delito existe en razón de la existencia de los elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad.

Los elementos del delito son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que constituye la negación de aquél; significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto, al delito. Estos aspectos negativos son (respecto de cada elemento del delito): ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación o licitud, inculpabilidad, inimputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

Elementos positivos	Elementos negativos
Conducta	Ausencia de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de justificación o licitud
Imputabilidad	Inimputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Condicionalidad objetiva	Ausencia de condicionalidad objetiva
Punibilidad	Excusas absolutorias

3.3 Delito instantáneo, permanente continuo, eventualmente permanente y continuado

De acuerdo con esa temporalidad, el delito puede ser:

- ✓ **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.

- ✓ **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).

- ✓ **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.

En el código penal del estado de Chiapas en su artículo 14 se describen de la manera siguiente:

Artículo 14.- Para los efectos de la aplicación de este Código, se entenderá que el delito se comete, se realiza o se consuma en el momento y en el lugar en que se concretan los elementos de su descripción legal. De acuerdo al momento de su consumación.- El delito es:

I. **Instantáneo:** Cuando su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal.
II. **Permanente o Continuo**: Cuando la consumación se prolonga en el tiempo.
III. **Continuado:** Cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se realicen los elementos de una misma descripción legal.

3.4 Delitos consumados y de tentativa

Tentativa. Se conforma por los actos materiales tendentes a ejecutar el delito, de modo que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Puede ocurrir mediante actos positivos (hacer) o negativos (abstenciones u omisiones).

*La **tentativa** es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y, puesto que denota la intención delictuosa, se castiga.*

Al respecto, el CPF ha establecido:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

La propia ley penal precisa que el juez deberá tener en cuenta la temibilidad y el grado a que hubiere llegado el probable activo.

El art. 21 del CPCh hace referencia a la tentativa punible. Conforme al art. 63 del CPF, en caso de tentativa se impondrá hasta dos terceras partes de la sanción que debería imponerse de haberse consumado el delito, y si se trata de delito grave, nunca una pena menor del mínimo, y puede llegar hasta las dos terceras partes de la máxima. El art. 82 del CPCh establece la punibilidad en la tentativa o delito tentado y establece que el juez tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se hubiera puesto al bien jurídico protegido. Es posible distinguir entre tentativa acabada y la inacabada.

3.5 Tipos de autoría y participación

Grados de participación. En la participación existen diversos grados, según la forma y la medida en que participe cada sujeto:

a) Autoría. Autor es la persona física que realiza la conducta típica, y puede ser material o intelectual.

1. **Autor material.** Es quien, de una manera directa y material, realiza la conducta típica.
2. **Autor intelectual**. Es quien idea, dirige y planea el delito.

b) Coautoría. En este caso intervienen dos o más sujetos en la comisión del delito.

c) Complicidad. La producen las personas que de manera indirecta ayudan a otras a cometer un delito.

d) Autoría mediata. Existe cuando el sujeto activo se vale de un inimputable para cometer el delito. El autor será el sujeto imputable, mientras que el medio o instrumento del que aquél se valió para cometer el ilícito será el inimputable.

e) Instigación. Consiste en incitar a otra persona a cometer el delito.

f) Provocación o determinación. Consiste en utilizar y aprovechar la idea que otra persona tiene, propiciando el reforzamiento para que cometa el delito.

g) Mandato. Consiste en ordenar a otros que cometan un delito, con beneficio sólo de quien lo ordena.

h) Orden. Es una especie de mandato, en el que el superior ordena al inferior la realización de un delito, en abuso de su autoridad.

i) Coacción. Se ordena la comisión de un delito, pero con algún tipo de amenaza hacia el sujeto.

j) Consejo. Se instiga a alguien para que cometa un delito en beneficio del instigador.

k) Asociación. Es un convenio que celebran varios sujetos para cometer un delito en beneficio de todos**.**

En el código penal de Chiapas se establece lo siguiente:

Artículo 19.- Son autores del delito quienes tienen el dominio del hecho; son partícipes del delito quienes sin tener el dominio del hecho, intervienen en el mismo deliberadamente instigando o auxiliando al autor. Son autores o partícipes del delito:

I. Como autor intelectual, los que planeen o preparen su realización;
II. Como autor material, los que lo realicen por sí mismos;
III. Como coautores materiales, los que lo realicen conjuntamente con otros;
IV. Como autor mediato, el que lo lleve a cabo sirviéndose de otro como instrumento;
V. Como instigador, quienes determinen dolosamente al autor a cometer un delito también doloso;
VI. Como cómplice primario, al que dolosamente preste ayuda o auxilio al autor para la comisión de un delito también doloso;
VII. Como cómplice secundario, al que con posterioridad a la ejecución de un delito, auxilie al autor, propiciando que se evada de la acción de la justicia, oculte los instrumentos, objetos o productos del delito o algún indicio necesario para la investigación del mismo;
VIII. Como cómplice correspectivo, al que intervenga con otros en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada uno produjo.

Para las hipótesis de las fracciones V, VI, VII, y VIII, se impondrán de las tres cuartas partes del mínimo a las tres cuartas partes del máximo de la pena correspondiente al delito de que se trate.

3.6 Delitos de acción y de omisión

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado.

Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer; mientras la omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

Delito de Acción.- *La acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe de darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:*

1. Movimiento;
2. Resultado;
3. Relación de causalidad.

La acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto, esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

Dicho resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según el tipo penal.

Según nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el Código Penal en su artículo séptimo, el delito es "el acto u omisión que sancionan las leyes penales", de donde se desprende el elemento conducta pudiéndose presentar como una acción u omisión.

Así pues, la omisión, dice Cuello Calón, es "la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar".

La omisión tiene cuatro elementos:

a) Manifestación de la voluntad.
b) Una conducta pasiva. (inactividad).
c) Deber jurídico de obrar
d) Resultado típico jurídico.

Estos delitos se clasifican en delitos de omisión simple o propios y delitos de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consisten en omitir la ley, violan una preceptiva, mientras los segundos, en realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley. La primera no produce un resultado material, la segunda sí.

En los delitos de simple omisión, se viola una norma preceptiva penal, mientras en los de comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva penal.

Los delitos de omisión simple producen un resultado típico, y los de comisión por omisión un resultado típico y uno material.

En los delitos de omisión simple, se sanciona la omisión y en los de comisión por omisión, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

3.7 Conducta y su aspecto negativo

*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.

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.

Elemento	Definición
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 "hacer" o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito. Éste es un elemento objetivo.
Resultado.	

Nexo de causalidad.	Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal. 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:

a) **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.

b) **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.

c) **Condición más eficaz**. Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga una eficacia preponderante.

d) **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.

Aspecto negativo: ausencia de conducta

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 autómata; alguien sin voluntad.

Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes: vis absoluta, vis maior, actos refl ejos, 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.

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 agente". 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.

3.8 Tipicidad y su aspecto negativo

*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.

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad. En seguida se detallan dichos principios:

- Nullum crimen sine lege. No hay delito sin ley.
- Nullum crimen sine tipo. No hay delito sin tipo.
- Nulla poena sine tipo. No hay pena sin tipo.
- Nulla poena sine crimen. No hay pena sin delito.
- Nulla poena sine lege. No hay pena sin ley.

Nuestra Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que pudiere imputársele.

Aspecto negativo: 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.

*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 fi gura: 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 mal vivencia, 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.

3.9 Antijuricidad y su aspecto negativo

La antijuridicidad 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 antijuridicidad es el sustantivo", y agrega: "Jurídico es lo que está conforme a derecho." 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.

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"?***

Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad: material y formal:

Material. Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

Formal. Es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera que esta distinción no tiene sentido.

Aspecto negativo: causas de justificación o licitud

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:

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Éstas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de manera que cuando existe alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquel que la contraría (antijuridicidad); pero excepcionalmente la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación o licitud.

De manera genérica, el CPF las maneja como causas de exclusión de delito, como se observa en el art. 15, que mezcla distintas circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue. También suele denominárseles eximentes o causas de licitud.

Hay códigos penales estatales que las consideran circunstancias excluyentes de responsabilidad, en vez de causas de exclusión del delito. En lo personal, estoy más de acuerdo con la noción de circunstancias excluyentes de "responsabilidad", pues el delito, como conducta típica y lesiva de un bien jurídicamente tutelado, sí se presenta y su consecuencia también, lo que ocurre es que el sujeto queda libre de la penalidad.

Los criterios que fundamentan las causas de justificación son el consentimiento y el interés preponderante. Consentimiento. Mezger explica: "El consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles. El consentimiento debe ser serio y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente." Para que el consentimiento sea eficaz se requiere que el titular objeto de la acción y el objeto de protección sean una misma persona.

También puede darse el consentimiento presunto (enfermos). Interés preponderante. Surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos, por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro. Se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia, por ejemplo.

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.

LEGITIMA DEFENSA

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:

1. **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.

2. **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: **a. Real.** Que sea algo cierto, no imaginado; que no se trate de una simple suposición, presentimiento o temor**. b. 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.

3. **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.

4. **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.

5. **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.

6. **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."

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. 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 Nacional del Sistema Integral de Justicia penal para Adolescentes. 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.

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.

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).

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.

EJERCICIO DE UN DERECHO

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.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

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 CPCh lo prevé en el art. 25, fracc. IV apartado B.

CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURIDICO

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; [...].

3.10 Culpabilidad y su aspecto negativo

*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.*

El CPCh establece en su art. 15:

Artículo 15.- Concepto de Dolo y Culpa.- Las conductas delictivas sólo pueden realizarse dolosa o culposamente. Obra con dolo directo el que sabe lo que hace y quiere hacerlo. Obra con dolo eventual el que previendo como posible el resultado típico acepta su realización. El dolo directo aplica para las consecuencias directas y/o necesarias de la conducta y el dolo eventual aplica para las consecuencias concomitantes de la misma. Obra con culpa con representación, el activo que produce el resultado típico que previó y confió en que no se produciría. Obra con culpa sin representación, el activo que produce el resultado típico que no previó siendo previsible. Incumpliendo el activo en ambos casos un deber de cuidado que personal y objetivamente le era exigible observar.

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.

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.

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.
- Nexo 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:

a) **Lata.** En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño.
b) **Leve.** Existe menor posibilidad que en la anterior.
c) **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.

Aspecto negativo: inculpabilidad

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.
c) **Error esencial invencible**. Cuando no hay culpabilidad. Este error constituye una causa de inculpabilidad.
d) **Error accidental.** Cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.
e) **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.
f) **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.
g) **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.

Conclusión: es causa de inculpabilidad únicamente el error de hecho esencial invencible. Resulta más común y también más exacto hablar de error de tipo y error de prohibición, en vez de error de hecho y error de derecho. El error de tipo consiste en que el agente obra bajo un error sobre alguno de los elementos del tipo penal; el error de prohibición se refiere a que el agente cree, erróneamente, que su actuación está amparada por una causa justificativa.

El texto vigente del CPF establece, en su art. 15, fracc. VIII, lo siguiente: VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código. El art. 25, fracción IV apartado A y fracc. I apartado C, del CPCh, establece lo siguiente: Artículo 25 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: [...]

*IV**.- Error de Tipo**.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de alguno de los elementos objetivos o normativos del tipo. En caso de que el error de tipo sea vencible, el delito no se excluye y se estará para los efectos de la pena a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de este Código. I.- **Error de prohibición**. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la antijuridicidad de la conducta, ya sea porque el sujeto activo incurra en error respecto de la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque estime erróneamente que está justificada su conducta. Si el error de prohibición es*

vencible, el delito no se excluye y se estará para los efectos de la pena a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de este Código.

3.11 Punibilidad y su aspecto negativo

Punibilidad. *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 CPCh establece que a quien cometa el delito de homicidio simple se le impondrán de ocho a 20 años de prisión.

Circunstancias atenuantes o privilegiadas

Las circunstancias atenuantes o privilegiadas son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se vea disminuida; por ejemplo, homicidio en riña, duelo, por emoción violenta, con consentimiento de la víctima, robo de uso, robo por mínima temibilidad, etcétera.

Circunstancias agravantes Las circunstancias agravantes son las consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena agravándola; por ejemplo, homicidio con premeditación, saña, alevosía, ventaja, odio, traición, etc. En el delito, el legislador señala casos de agravamiento según determinadas circunstancias. Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta para variar la pena, con lo cual procura que la pena se ajuste al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y, de modo que la pena sea más justa. Tanto en el caso de atenuantes como de agravantes se señala un mínimo o un máximo. En ningún caso el juez podrá imponer una pena menor a la señalada como mínimo ni una mayor de la establecida como máximo.

3.12 Imputabilidad y su aspecto negativo

La imputabilidad *es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente en el momento de cometer el delito..*

Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si antes no se es imputable. A esto se refiere, entre otras cosas, el tema de la prelación lógica de los elementos del delito. Es imputable quien goza de salud mental, no se encuentra afectado por sustancias que alteren su comprensión y tiene la edad que la ley señala para considerar a las personas con capacidad mental para ser responsables de delito; en los estados de la República Mexicana, en la Ciudad de México y en materia federal, es a partir de los 18 años, pues así lo establece el art. 18, párrafo 4°, de la CPEUM

Acciones liberae in causa

Las acciones liberae in causa son aquellas libres en su causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal.

Por tanto, la ley lo considera responsable del delito; por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman de este modo porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto. A ellas se refieren los arts. 15, fracc. VII, del CPF, y 25, fracc. III, del CPCh.

Aspecto negativo: 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.

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.

3.13 Excusas absolutorias

Aspecto negativo de la punibilidad : 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.

A. **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, CPCM). 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, CPCM).

B. **Por culpa o imprudencia**. Un ejemplo de este tipo de excusa absolutoria es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada (arts. 333, CPF, y 148, fracc. IV, CPCM). También se encuentra dentro de esta hipótesis el caso de lesiones u homicidio previsto en los arts. 321 bis del CPF y 139 del CPCM, 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.

C. **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).

D. **Por innecesariedad 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.

3.14 Condiciones objetivas 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.

Aspecto negativo: ausencia de condicionalidad

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.

3.15 Reglas para el concurso de delitos

La palabra **"concurso"**, *que deriva de la voz latina concursus, significa concurrencia, simultaneidad de hechos, causas o circunstancias; en materia penal este vocablo se refiere a los delitos y existe una división legal del concurso en formal o ideal, o bien, real o material.*

El primero se actualiza cuando el mismo agente, con una sola conducta o un solo hecho, viola varias disposiciones penales autónomas, lo que trae consigo la causación de varias lesiones jurídicas compatibles, es decir, se está ante una unidad de acción. En cambio, el concurso real o material está constituido por varias conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, ejecutadas en momentos diversos, por lo que pueden considerarse independientes. Cabe precisar que el concurso puede ser homogéneo si los delitos son de la misma naturaleza y heterogéneo cuando los delitos son diferentes.

La relevancia que tiene el concurso de delitos (así como su categorización) consiste principalmente en la forma de aplicación y determinación de las penas, pues se está en presencia de pluralidad de infracciones a la ley (violaciones a diversos tipos penales), de ahí que un manejo idóneo y justo de las reglas de concurso permite no sólo llegar a una penalidad proporcional y justa, sino que aboga contra la impunidad.

Para imponer sanciones al actualizarse estos concursos, acorde a los daños a los bienes jurídicamente protegidos, el legislador dejó al arbitrio del juzgador la posibilidad de sancionar, además del delito de mayor intensidad jurídica, el que concurra con éste, debiendo recordarse que para la aplicación de penas existen en la doctrina diversos sistemas, entre ellos, la acumulación material o matemática (cada delito una pena); el régimen de absorción de la pena (pena mayor absorbe a la menor), o bien, la acumulación jurídica.

Una vez establecido lo anterior y a efecto de entrar en materia, cabe recordar que el concurso real de delitos se actualiza si el agente comete varias acciones distintas que producen diversos delitos penales, jurídicamente independientes, con pluralidad de fines delictivos. En caso de estar en

presencia del concurso real, al momento de fijar la pena correspondiente el juzgador debe estarse a lo que dispone el referido artículo 80 del Código Penal para Chiapas, es decir, se deberá imponer la pena del delito que merezca la mayor; sin embargo, ésta podrá ser aumentada con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, siempre y cuando no exceda del máximo a que se refiere el artículo 32 del mismo ordenamiento. Así pues, al fijar el quántum de la pena, la autoridad judicial debe atender a las reglas que rigen dicho concurso.

ARTÍCULO 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta: I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla; II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado; III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado; IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito; VII. Las circunstancias del activo y pasivo, antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, incluidos en su caso, los datos de violencia, la relación de desigualdad o de abuso de poder entre el agresor y la víctima vinculada directamente con el hecho delictivo, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma. Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes."

UNIDAD IV Teoría del delincuente y de la pena

4.1 Generalidades del delincuente

Delincuente *es la persona física que realiza (por acción u omisión) la conducta delictiva y cuya responsabilidad penal ha sido probada y, consecuentemente, ha sido sentenciado.*

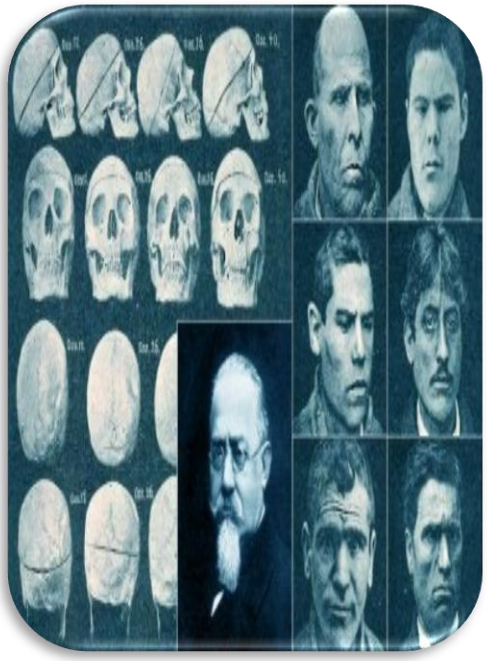
Cabe insistir en que se trata de una persona física, para erradicar el error de creer que también la persona jurídica o moral puede serlo. Asimismo, se reitera que los animales sólo son un instrumento que eventualmente utiliza el hombre, pero la responsabilidad recae en el ser humano, por ser él el único con capacidad y voluntad. Antiguamente, dada la investidura de ciertas personas, cuando cometían un delito se les llegaba a representar con un animal o cosa para que se aplicara la justicia y el delito no quedara impune, pero a la persona responsable se le exoneraba de sufrir la humillación del castigo; de ahí la conocida expresión de chivo expiatorio, porque con dicho animal se expiaba la culpa del delincuente; un chivo era sacrificado en la hoguera. También existió la llamada pena en efigie, cuando se hacía un muñeco que ocupaba el lugar del delincuente y ese muñeco era colgado o quemado.

Antes de iniciar este apartado cabe precisar de manera categórica que es impropio llamar delincuente al inimputable, pues éste no delinque, ya que por su especial situación de incapacidad queda al margen del derecho penal.

En la terminología jurídico-penal, también se conoce al delincuente como sujeto activo o agente; en criminología se le llama criminal o antisocial, e incluso sujeto desviado; en el derecho procesal penal se le conoce como arrestado, detenido, querellado, denunciado, imputado, juzgado, acusado, enjuiciado, demandado, reo, culpable, convicto, criminal, indiciado, sospechoso, sujeto activo del delito, probable sujeto activo del delito, probable responsable, presunto responsable, sujeto pasivo del proceso, procesado, encausado, apelante, apelado, recurrente, recurrido, bandido, encartado, sentenciado, preliberado, etc.

La distinción entre cada uno de estos últimos términos atiende a cada fase del proceso penal, incluida la pospenal, o sea, aquella en la que el sujeto está cumpliendo la pena o ya la ha cumplido.

En derecho penal (sustantivo) al sujeto activo del delito se le llamará, de manera indistinta, delincuente, agente o sujeto activo.



Teoría del delincuente nato

Cesare Lombroso fue un antropólogo y médico italiano nacido en 1835; entre sus innumerables y valiosas aportaciones históricas, médicas, literarias y antropológicas, legó al derecho penal, y sobre todo a la criminología, su teoría sobre el delincuente nato.

De manera concreta, la teoría lombrosiana del criminal nato se resume así: Lombroso, preocupado por el comportamiento humano, sobre todo por la conducta criminal, se dedicó a estudiar, en especial, a los criminales de su época. Trató con enfermos mentales y elaboró una serie de notas de las que extrajo, entre otros aspectos, las características de distintos tipos de delincuentes, a quienes clasificó de acuerdo con sus características antropológicas y psicológicas.

Influido por Charles Darwin y con base en el estudio de un famoso delincuente de su época, cuyo cráneo presentaba ciertas anormalidades, semejantes a las de los simios, Lombroso concluyó que el delincuente era el "eslabón perdido", pues en la evolución de las especies el simio se convierte en hombre, pero queda un espacio que, según él, corresponde al "hombre delincuente"; es decir, un ser que no llegó a evolucionar adecuadamente y se quedó en una etapa intermedia entre el simio y el hombre: no es propiamente ni uno ni otro. Así, algunos aspectos psicológicos y antropológicos corresponden al hombre y otros al mono. Desde luego, dicha postura ha sido superada, pero muchas de las ideas de Lombroso son rescatables y necesarias, para los propósitos del estudio del criminal, en materia penal y criminológica.

4.2 Frecuencia del comportamiento delictivo

En esta sección abordaremos la periodicidad y el número de ocasiones en que el delincuente infringe la ley. En este aspecto no existe regla, pues hay sujetos que en toda su existencia no cometen ningún delito, otros que cometen varios y otros más que hacen del ilícito su forma de vida.

Primodelincuencia

En este caso se encuentran los sujetos que por primera vez cometen un delito. El juez debe tener en cuenta esta circunstancia, para aplicar una pena más justa. El primodelincuente, de llegar a prisión, es quien más la padece por su falta de experiencia en la vida intramuros.

Reincidencia

La reincidencia se presenta cuando un sujeto delinque por segunda vez, siempre que haya sido sentenciado por el primer delito. La reincidencia puede ser de dos tipos: genérica o específica.

a) **Reincidencia genérica.** Se produce cuando el agente delinque por segunda vez, al cometer un delito de naturaleza diferente de la del primero; por ejemplo, el primer delito fue patrimonial y el segundo, sexual.

b) **Reincidencia específica.** Se presenta cuando el primero y el segundo son delitos de la misma naturaleza; por ejemplo, ambos son delitos contra la salud (arts. 20 a 23, CPF). El art. 65 del CPF establece que la reincidencia se tomará en cuenta "para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé".

Habitualidad

La habitualidad existe cuando el sujeto reincide en cometer dos veces más un delito de la misma naturaleza, siempre que los tres delitos se cometan en un periodo que no exceda de 10 años. Para la criminología, la delincuencia es habitual cuando el sujeto hace de su conducta criminal una forma habitual de actividad; por ejemplo, el carterista que vive de robar carteras, el delincuente de cuello blanco, quien pertenece a la mafia, etcétera.

Ocasionalidad

La ocasionalidad se produce cuando el sujeto comete el delito en función de habérsele presentado la ocasión propicia. Puede tratarse de un delincuente primario o de un reincidente. Si su actuación criminal llega a ser muy frecuente, caerá en la habitualidad.

Delincuencia profesional

Actualmente existe la noción de "profesión" del crimen; se trata de desarrollar el comportamiento como una profesión, e incluso el sujeto trata de perfeccionarse y llega a haber especialidades, como en la comisión de algunos delitos patrimoniales, en materia internacional, de cuello blanco o cuello dorado, etc. Para su ejercicio se requiere una capacidad intelectual superior a la común, además de toda una organización que lleva implícita una gran capacidad económica y, en ocasiones, apoyo de personas dedicadas a la política. La llamada delincuencia organizada entraría en este rubro.

4.3 Identificación del delincuente

Cuando se detiene a un sujeto como probable responsable del delito imputado, la autoridad procede a identificarlo. Nada es tan delicado como las acusaciones infundadas y los testimonios falsos o imprecisos. Ello da origen a innumerables injusticias, a pérdida de tiempo y dinero y, sobre todo, al menoscabo en la credibilidad de la ley y las autoridades.

De lo anterior se infiere que no bastan los datos e informaciones aportados por la víctima y los testigos, sino que es necesaria la intervención de los especialistas para lograr la identificación del delincuente. Cabe señalar que la identificación se puede presentar tanto con detenido como sin él (en este último caso se emplean técnicas como el retrato hablado).

Actualmente son de gran ayuda los programas de computadora para este efecto.

Criminalística. Esta disciplina, que reúne conocimientos técnicos y científicos para la investigación del delito y del delincuente, resulta sumamente útil en el derecho penal, pues disipa los cuestionamientos formulados. Fundamentalmente, existen los sistemas de identificación siguientes:

Dactiloscópico. Mediante el examen de las impresiones dactilares se puede identificar a un sujeto. Cabe aclarar que no existen huellas digitales idénticas, pues todas son diferentes; por tanto, se trata de un sistema muy eficaz.

Antropométrico. Consiste en una serie de medidas, proporciones y características del cuerpo humano que sirven para distinguir a las personas y lograr su identificación.

Retrato hablado. Es la técnica por medio de la cual un sujeto (víctima o testigo) aporta los datos, rasgos o características del delincuente, mientras que un dibujante especializado en este ramo realiza la descripción gráfica, conforme a la información aportada. La validez y eficacia de un retrato hablado dependerá de la exactitud con que el informante proporcione los datos descriptivos. Existen técnicas más modernas en las cuales se manejan dibujos base, con micas transparentes sobrepuestas con distintos rasgos, formas y tamaños de ojos, bocas, anteojos, etc., que permiten combinaciones múltiples. Como hemos señalado, es invaluable la ayuda que ofrecen los programas de las computadoras.

Química y biología forenses. Mediante el análisis de sangre, semen, cabello, ropas y diversas sustancias orgánicas e inorgánicas, etc., se puede identificar a un sujeto. También resulta muy útil el uso del ADN en investigaciones forenses. Paulatinamente, los avances en materia criminalística han superado los obstáculos que dificultaban o impedían la identificación. Por supuesto, se requieren técnicos o profesionales de alto nivel en constante capacitación y actualización y un verdadero interés por parte de las autoridades, sin olvidar lo fundamental: la ética de dicho personal.

4.4 Concurso de personas

Al igual que en el delito, en el cual se vio que se puede presentar el concurso, respecto de las personas también ocurre el fenómeno de la concurrencia, esto es, la reunión de dos o más personas como sujetos activos del delito.

En principio, muchos delitos son cometidos por una sola persona. A veces, dos o más los cometen, mientras que en otras ocasiones la propia ley exige la concurrencia de dos o más sujetos para que pueda existir el delito.

Delito plurisubjetivo Es aquel en el que la propia norma exige la concurrencia o participación de dos o más sujetos; por ejemplo, incesto y delincuencia organizada.

La participación es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma; por ejemplo, homicidio o robo cometido por dos o más sujetos activos.

La participación ha sido tratada por diversas teorías, a fin de explicar su naturaleza:

a) **Teoría de la causalidad.** Trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad. Quienes coadyuvan con su unión a causar el resultado son coautores, partícipes o codelincuentes.
b) **Teoría de la accesoriedad**. El autor es quien realiza el acto delictivo o conducta típica; así, hay una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los partícipes.
c) **Teoría de la autonomía**. Afirma que cada sujeto realiza una conducta autónoma, por lo cual se producen varios delitos. Respecto de sus conductas, existe autonomía. La teoría más adecuada es la de la causalidad, siempre que se haga un análisis profundo de cada elemento del delito, considerando los objetivos y los subjetivos. En cualquier caso, cada partícipe debe responder por el daño causado.

Encubrimiento

El encubrimiento es el auxilio posterior que se brinda al delincuente. Propiamente no hay participación en el delito, sino ayuda posterior a él, para evitar la acción de la justicia o proteger al sujeto activo.

Se pueden presentar las tres situaciones siguientes:

- ✓ **Encubrimiento de otro delito.** Consiste en la ayuda posterior a la ejecución del delito, que se da al delincuente previa promesa de hacerlo. En este caso se contempla una responsabilidad de quien ayuda en el delito cometido (arts. 13, fracc. VII, CPF).
- ✓ **Encubrimiento como delito autónomo**. El art. 400 del CPF contempla el delito de encubrimiento, que abarca varias hipótesis, y también considera, como se mencionó en la parte relativa, varios casos de excusas absolutorias.

- ✓ **Comisión de un delito distinto del convenido**. En ocasiones, el acuerdo se da acerca de la comisión de un delito (por ejemplo, el robo), pero si alguno de los partícipes comete otro, no convenido (por ejemplo, violación), todos serán responsables de este segundo delito, a menos:

I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y
IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo. (Art. 14, CPF.) El art. 20 del CPCh hace referencia a esta hipótesis y denomina a esta figura delito emergente. Artículo 20 (Delito emergente).

- ✓ **Encubrimiento por receptación**. Con este nombre reconoce el CPDF la conducta consistente en adquirir, poseer, desmantelar, vender, enajenar, comercializar, traficar, pignorar, recibir, trasladar, usar u ocultar los objetos o productos del delito, si se hace con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en él.

4.5 La pena

La consecuencia última del delito es la pena.

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. Ius puniendi. 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.

La pena tiene las características siguientes:

a) **Intimidatoria.** Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que, al intimidarlo, no delinca.
b) **Aflictiva.** Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos. Se trata de restringir, de afectar o suspender ciertos derechos.
c) **Ejemplar.** Debe ser un ejemplo en los planos individual y general para prevenir otros delitos, tanto en el propio sujeto que delinquió, como en terceros, para evitar que incurran en una conducta semejante.
d) **Legal.** Siempre debe provenir de una norma legal; previamente debe existir la ley que le da existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad ya referido: nulla poena sine lege.
e) **Correctiva.** Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito, modificando su conducta y evitando su reincidencia.
f) **Justa.** La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en la medida del caso de que se trata. Tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa.

Fines

La pena debe cumplir con determinados fines:

- **De corrección.** La pena, ante todo, debe lograr corregir al sujeto; actualmente se habla de readaptación social; erróneamente se le llama rehabilitación, pero ésta es otra situación que prevén los arts. 99 y 101 de los códigos penales federal y del Distrito Federal, respectivamente.

- **De protección.** Debe proteger a la sociedad, manteniendo el orden social y jurídico. Cuando un sujeto peligroso se encuentra en prisión, el grupo social se siente seguro.

- **De intimidación.** Debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir (función preventiva). Ejemplo. Debe ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad.

4.6 Medida 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. 30 del CPCh 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 deshabituación 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.

4.7 Prisión y otras formas de privación de libertad

Las penas privativas de libertad se pueden clasificar en: temporal o definitiva.

La prisión podemos definirla en términos legales como la privación de la libertad durante el lapso previsto en la ley, su duración puede ser temporal o definitiva.

En el caso de la primera un ejemplo serían los límites máximos de sesenta o setenta años que se incluyen en los códigos penales de nuestro país para la pena privativa de libertad; en el caso de las segundas, el ejemplo más común es el de la cadena perpetua. El CPF contempla en el artículo 25

una duración para la pena privativa de libertad de tres días a sesenta años, salvo que se trate de lo previsto en el artículo 366, en el cual el límite máximo será de setenta años.

Tratamiento en libertad

El tratamiento en libertad es una consecuencia jurídica que se aplica a los delincuentes; consiste en ciertas medidas laborales, educativas y curativas, siempre y cuando la ley las autorice y que éstas tengan como finalidad lograr la readaptación social del delincuente, bajo el cuidado de la autoridad ejecutora, la duración en este caso no puede ser mayor a la que tendría la pena privativa de libertad sustituida y, en consecuencia, dado su fin sólo resulta aplicable cuando ésta tiene una duración temporal y no definitiva.

Semilibertad

Es una modalidad de la aplicación de la pena privativa de libertad, consiste en la alteración de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplica a partir de las características del sujeto activo de la manera siguiente: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión los fines de semana; salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no debe exceder la pena privativa de libertad sustituida.

Arraigo

El término Arraigo significa fijar, sujetar algo (o alguien) a un lugar. La Ley permite que el Ministerio Público (en la investigación de un delito e integración de una Averiguación Previa) pueda solicitar a un Juez la orden para impedir que un sujeto salga de un lugar determinado. Generalmente el Arraigo se solicita cuando ya se inicio una Averiguación pero aún se encuentra recabando pruebas para acreditar la probable responsabilidad del sujeto.

ARRAIGO PENAL. - " Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso. Cabe anotar y precisar que el arraigo en materia penal a su vez está diversificado en nuestra legislación tanto en el fuero común como en el fuero federal, y que para este caso se tomara como parte medular el arraigo propiamente dicho en materia federal, en razón a no delimitarlo a una sola entidad federativa y por ser en jerarquía la Ley más próxima en su género después de los Tratados Internacionales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tal y como lo establece el artículo 133 de la citada Ley Fundamental. Por

lo antes dicho es congruente citar una definición más del arraigo en materia penal, como lo establece el Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el proceso penal, de Marco Antonio Díaz de León, Editorial Porrúa, tercera edición, México 1997 y que reza como sigue: ARRAIGO.- "En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo, (figura establecida en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales). Es decir, las medidas en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.

4.8 Pena de muerte, sanción pecuniaria y reparación del daño

Pena capital.

Aunque el estudio de las penas y medidas de seguridad corresponde a la criminología, y en particular a una de sus principales ramas, la penología, aquí únicamente mencionaremos algunos aspectos generales. Conocida también como pena de muerte, y considerada como la más grave de cuantas penas existen, consiste en afectar el bien jurídico de la vida del delincuente. Antiguamente era la pena por excelencia y la más efectiva, ya que se eliminaba al criminal, evitando con ello problemas como la reincidencia y el gasto económico para el Estado durante la pena privativa de libertad.

Se consideraba más efectivo, práctico y barato eliminar al sujeto que corregirlo. Con el transcurso del tiempo, y en distintos países, esta pena ha ido cayendo en desuso debido, principalmente, a reflexiones filosóficas en torno de ella, al avance que han tenido los derechos humanos y al rechazo por parte de criminólogos que aseguran que la pena de muerte no inhibe el crimen; ellos han demostrado que, en algunos países, al implantarla o reimplantarla aumenta el índice de delincuencia, por lo que es inexacto que funcione como prevención general.

Hasta hace poco, en México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su art. 22, tercer párrafo, prohibía la pena de muerte por delitos políticos y establecía que únicamente podría imponerse a delincuentes que hubieran cometido los siguientes ocho delitos: traición a la

patria en guerra extranjera; parricidio; homicidio con alevosía, premeditación y ventaja; incendiario; plagiario; salteador de caminos; pirata y a reos de delitos graves del orden militar.

Actualmente se discute mucho sobre las ventajas y desventajas de la pena de muerte. Al respecto, el doctor Rodríguez Manzanera señala las siguientes:

Ventajas. Es barata, irrevocable, previene actos de justicia popular; es intimidatoria y ejemplar; el sufrimiento es mínimo; es selectiva; es un derecho del Estado; representa el interés social; logra la prevención especial; satisface la indignación pública; resulta fácilmente aplicable y es retributiva, necesaria, cristiana, de orden divino.

Desventajas. Es antieconómica e irrevocable; produce en la colectividad deseos de venganza; no intimida; no ejemplifica; tortura al delincuente in capilla; es desigual; no es un derecho del Estado; no es de interés social; no es preventiva; la indignación pública se confunde con venganza pública; su facilidad de aplicación no la justifica, ya que su función retributiva se cumple difícilmente; es innecesaria; afirmar que es cristiana o de orden divino es un barbarismo; es supresiva, no correctiva; carece de las condiciones de divisibilidad y proporcionalidad, ya que muchos delitos son cometidos por desequilibrados, algunos de los cuales escapan, por ello, al castigo supremo.

Sanción pecuniaria

Con tal denominación se engloba a la multa y a la reparación del daño. La primera consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fija en días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos en que la propia ley señale. Por ejemplo: en el caso de operaciones con recursos de procedencia ilícita, el artículo 400bis dispone una multa de mil a cinco mil días multa. En el caso de delitos en materia de derechos de autor, los artículos 424, 425, 426 y 427, disponen una multa de trescientos a tres mil días multa para el responsable. También, la Ley Federal de lucha contra la Delincuencia Organizada, en el artículo 4o., fracción, primera, inciso a), dispone una multa a los responsables de la comisión de delitos bajo dicha modalidad de quinientos a veinticinco mil días multa. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en consideración todos sus ingresos.

En el caso de la reparación del daño comprende:

a. la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;
b. la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y
c. el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito

El decomiso consiste en una consecuencia jurídica que resulta en atención al carácter de los instrumentos, objetos o productos del delito. La regla que se plantea al respecto es en el sentido de que sólo se decomisarán si son de uso prohibido.

Condena condicional.

Cuando el sujeto no sea reincidente por delito doloso y la pena no exceda de cuatro años, el juez podrá dejarlo en libertad si se presume que el sentenciado no volverá a delinquir y previo otorgamiento de una garantía.

Libertad preparatoria.

La libertad preparatoria se concede al reo que ha cumplido tres quintas partes de su condena respecto de delitos intencionales, o la mitad si fuere delito culposo, cuando haya observado buena conducta, se presuma su readaptación, esté en condiciones de no reincidir y haya reparado el daño o, por lo menos, se comprometa a repararlo (art. 84, CPF).

Libertad provisional mediante caución.

También conocida como libertad bajo fianza, consiste en que mediante un fiador del procesado o probable procesado, éste goce de libertad con la condición de que si incumple las obligaciones impuestas por el Estado, perderá el monto con que aseguró el cumplimiento de aquéllas, esto previa satisfacción de los requisitos legales señalados en el Código Penal adjetivo.

Pena laboral.

Consiste en castigar al sujeto mediante la imposición obligatoria de trabajos. Antiguamente estaba constituida por los trabajos forzados, hoy prohibidos en el sistema jurídico mexicano. Vale aclarar

que la Constitución, en su art. 5o., párrafo tercero, habla indebidamente de trabajo impuesto como pena al referirse a la libertad de trabajo; en cambio, el art. 18 constitucional establece que para lograr la reinserción del sujeto, el tratamiento penitenciario deberá basarse en el "trabajo", entre otros medios. Actualmente, el art. 24, punto 2, del CPF prevé el trabajo en favor de la comunidad, con una significación diferente de lo que era el trabajo como castigo. El art. 29, fracc. X, del CPCh, también lo contempla, pero lo denomina trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad.

4.9 Sistemas doctrinales relacionados con el delito

Para el estudio del derecho penal existen distintos sistemas o corrientes creados por la doctrina, esto es, por los estudiosos del derecho penal. Desde luego, independientemente del que cada quien elija o hacia el cual sienta afinidad, habrá que partir de la norma jurídico-penal (ley o código especial). Estos sistemas o corrientes son el causalismo, la acción social, el finalismo, el modelo lógico-matemático y el funcionalismo; presentamos además una breve concepción sobre el derecho penal del enemigo, el derecho penal indígena y las nociones de minimalismo, extensionismo y abolicionismo penal.

El causalismo

Esta corriente o sistema surge con la obra de Franz von Liszt, cuyo punto de partida es la noción de acción como un acto humano. Aquí se verá la acción como un movimiento corporal que produce un efecto y que provocará una consecuencia, o sea, un cambio en el mundo material; por tanto, existirá una relación directa entre acción y efecto. Dentro de esta acción cabe perfectamente la omisión, aunque algunos autores lo niegan. Entre las denominaciones que se han formulado están: acción, acto, conducta, comportamiento, hecho, acontecimiento, etcétera.

La acción social

Esta corriente hace referencia a la importancia de la sociedad y la interpretación que de ella se haga para establecer la exacta valoración, jurídicamente dañosa, de la acción. "El concepto de acción en cuanto concepto jurídico-penal debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables, no sea una mezcolanza de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino una unidad conceptual."

El finalismo

Esta corriente fue iniciada por Welzel. Consiste en ver en la acción, el ejercicio final de la actividad humana. Esto es, la acción tiene el sentido de "fin"; dicho de otra manera, si un sujeto realiza una conducta prevista en la norma jurídico-penal, aunque sin el propósito final del "dolo", no habrá realizado una acción jurídico-penal. En este sistema, el dolo (intención) desempeña el papel más importante.

El derecho penal del enemigo

En 1985, Günter Jakobs presentó un estudio sobre lo que denominó Derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht), refiriéndose al código penal alemán. Esta noción trata de los individuos que representan un peligro para la estabilidad del orden social; de hecho, se tiene un pronóstico de su peligrosidad, ya sea porque han cometido un de lito previo y existe la fundada creencia de que delinquirán nuevamente, ya por otros rasgos y actitudes que hacen suponer que cometerán delitos. Sobre este supuesto, las políticas criminológicas son más represivas; se está en presencia de un derecho penal autoritario y antiliberal.

El derecho penal del enemigo busca su justificación en la necesidad de dar fortaleza a las normas para mantener el orden y el respeto dentro del grupo social. Se trata de que los ciudadanos no pierdan la confianza en las normas. Con tal de lograr este propósito, el derecho penal del enemigo anticipa la punición, reduciendo algunas garantías procesales e individuales en prevención de conductas lesivas, ante la evidente peligrosidad de determinados sujetos y grupos, que vienen a ser los enemigos. "La existencia de un derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe."

4.10 Extinción de la responsabilidad penal

En este apartado se estudiará cómo puede terminar la acción penal o la pena. En seguida se verá qué es la acción penal.

Acción. La acción penal es una atribución del Estado, consistente en hacer que las autoridades correspondientes apliquen la norma penal a los casos concretos.

Extinción penal. La extinción penal es la forma o el medio por el cual cesa o termina la acción penal o la pena.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal, ya que representa los intereses de la sociedad; por tanto, a él compete ejercer o no la acción penal una vez concluida la fase de investigación inicial.

Formas de extinción.

1) **Cumplimiento de la pena.** Es la principal forma de extinción. Se trata de cumplir con la pena o medida de seguridad impuesta, de modo que, una vez consumada, se extinguirá (arts. 116, CPF, y 114 fracción IX, CPCh).

2) **Amnistía.** Es un medio por el cual se extinguen tanto la acción penal como la pena, excepto la reparación del daño. Se aplica en caso de delitos políticos (arts. 92, CPF, y 114 fracción II, CPCh).

3) **Perdón.** Es la forma de extinción penal que concede el ofendido (víctima) o su representante legal. Opera sólo en los casos de delitos que se persiguen por querella necesaria, y debe ser absoluto e incondicional, otorgarse antes de dictada la sentencia en segunda instancia y siempre que el procesado no se oponga (arts. 93, CPF, y 114 fracción III, CPCh).

4) **Indulto.** Es una causa de extinción de la pena, que procede únicamente de sanción impuesta en sentencia irrevocable y no extingue la obligación de reparar el daño (arts. 94, 95, 97 y 98, CPF, y 114 fracción VII, CPCh).

5) **Muerte del delincuente**. Resulta lógico que si el delincuente (procesado o sentenciado) muere, la acción o la pena cesa automáticamente por ese hecho natural (arts. 91, CPF, y 114 fracción I, CPCh).

6) **Innecesariedad de la pena.** Cuando el juez lo considere pertinente, podrá prescindir de la pena debido a la afectación o menoscabo de salud que haya sufrido el delincuente, por

senilidad, etc., y que haga innecesaria aquélla (arts. 55, CPF, y 75 y 75 bis, CP de la Cd. De México). **En Chiapas no está contemplada.**

7) **Prescripción.** Extingue tanto la acción como la pena. Consiste en el transcurso del tiempo que la ley establezca, siempre que existan los supuestos legales señalados y, por ese simple hecho, prescribe la acción o la pena (arts. 100 a 115, CPF, y 114 fracción V, CPCh).

8) **Reconocimiento de inocencia**. Se presenta cuando se prueba la inocencia del sentenciado (arts. 96, CPF, y 114 fracción VI, CPCh).

9) **Supresión del tipo penal.** El art. 117 del CPF lo establece. El CPCh señala que cuando la ley suprima (derogue) un tipo penal se extinguirá la acción penal (art. 121). Se trata en realidad del criterio de aplicación de la ley en beneficio del inculpado, procesado o sentenciado, tema correspondiente a los ámbitos de validez de la ley penal (temporal).
En el 2012 se agregó la siguiente:

10) **Cumplimiento de criterio de oportunidad**, acuerdo reparatorio en justicia restaurativa, o de las condiciones decretadas en la suspensión condicional del proceso.

En el 2014 se agregó la siguiente:

11) **Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso** seguido por los mismos hechos.

4.11 Sistema penitenciario en México

Modelo de la Regeneración Social

En este primer régimen penitenciario se consideraba que, "quienes se hacían acreedores a una pena privativa de la libertad, eran sujetos desvalidos y carentes de oficio"7y de educación, "y que para corregirla había que imponerle una pena que le llevara a arrepentirse de [sus actos]".

Este primer modelo estuvo vigente desde el año 1917 hasta 1965. El artículo 18 constitucional, en ese tiempo, establecía que:

Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas. Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarías o presidios- sobre la base del trabajo como ***medio de regeneración****.*

Del texto constitucional se desprende el trabajo como único eje rector, reconocido en dicho modelo como elemento obligatorio fundamental para lograr la regeneración social de las personas en reclusión. Congruente con el pensamiento de la época, en 1934, la entonces Liga de las Naciones, adoptó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners). A través de sus 55 Reglas establecía los estándares mínimos que debían regir el tratamiento de los prisioneros. En sus disposiciones generales, establecían, por ejemplo: El propósito principal del tratamiento de prisioneros debiera ser; acostumbrarlos al orden y al trabajo y fortalecer su carácter moral.

En México, debido a la falta de una normatividad especializada en materia de ejecución penal, fueron los códigos adjetivos y sustantivos en la materia, en sus distintos ámbitos de aplicación, los que regularon por cerca de 48 años la relaciones entre las personas en conflicto con la ley penal y la autoridad administrativa penitenciaria. Resultando en la permanencia en manos del poder ejecutivo la administración, modificación (beneficios preliberacionales) y ejecución de las penas, todo esto con un enfoque de derecho penal predominantemente de autor. Es importante señalar que México es y ha sido un fiel replicador de los modelos desarrollados a lo largo de los años en Europa y Estados Unidos. Dichos modelos fueron resultado de las corrientes teóricas sobre la criminalidad, la pena, el peligro y la medicina criminológica, que consolidaron en gran medida la noción de que las personas en conflicto con la ley penal acarrean un riesgo intrínseco y, por tanto, justifica cualquier tipo de medida de represión social a manera de política de seguridad.

Modelo de la Readaptación Social

Este régimen penitenciario, vigente en México de 1965 al 2008, adopta como postulado fundamental la disciplina criminológica positivista, encontrando su auge en el siglo XIX, y cuyos ideales se encontraron impulsados principalmente por el desarrollo de "una corriente de prevención especial

positiva, el auge de la tecnología clínica y el ideal de la readaptación", lo anterior bajo la "pretensión científica de encontrarse en la posibilidad de medir el grado de peligrosidad de las personas" y en función de esto generar un plan de reintegración a la sociedad.

Este modelo tenía como objetivo primordial que las sanciones penales lograran la reforma y readaptación de los condenados, a través de estudios y tratamientos psicológicos, a los cuales debía someterse obligatoriamente la persona con la finalidad de "curarse". Se consideraba que quien cometía un delito era un sujeto desviado, con problemas mentales y/o psicológicos, y, por tanto, eran necesarios estudios y tratamientos psicológicos para curarlo.

Generalmente, los tratamientos eran individualizados con base en los resultados de los estudios de personalidad practicados a la persona privada de libertad, que tenían un carácter progresivo y técnico, y comprendían diversas etapas. Además, bajo este modelo de readaptación "hay implícita una presunción de reincidencia, pues el delincuente es un individuo enfermo que mientras no se cure completamente, tendrá una tendencia natural a delinquir". La implementación de este modelo forjado a partir de las ideas expuestas se ve reflejado en la legislación de aquellos tiempos. La Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal disponía, por ejemplo:

Artículo 12. Para la ejecución de las sanciones privativas de la libertad, se establecerá un régimen progresivo y técnico tendiente a alcanzar la readaptación social del sentenciado. Constará por lo menos de dos periodos: el primero, de estudio y diagnóstico, y el segundo, de tratamiento, dividido este último, en fases de tratamiento en internación, externación, preliberacional y postpenitenciario.

El tratamiento se fundará en las sanciones penales impuestas y en los resultados de los estudios técnicos que se practiquen al sentenciado, los que deberán ser actualizados semestralmente. La readaptación social tiene por objeto colocar al sentenciado ejecutoriado en condiciones de no delinquir nuevamente. En este modelo de la readaptación, se integran dos ejes más, por lo que ahora se contempla al trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para lograr la readaptación social del "delincuente".

Estas adiciones enriquecerían no solo el texto constitucional, también abonaron al inicio de un reconocimiento de las personas privadas de libertad como sujetas de derechos al establecer que tenían derecho a la educación al interior de los centros penitenciarios y, por tanto, se comenzó a hablar de obligaciones directas del Estado respecto a las personas privadas de libertad. El artículo 18 constitucional establecía:

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para ***la readaptación social*** *del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.*

Modelo de la Reinserción Social

La introducción de la reinserción social al artículo 18 de la Constitución tras la reforma de 2008, significó un tránsito de la idea que consideraba a las personas en conflicto con la ley como sujetas de tratamiento e intervención a la consideración de que, antes que personas privadas de libertad, son personas, y, por tanto, son sujetas de derechos. Así, el reconocimiento de la reinserción social como fin último de la pena, crea un sistema penal y penitenciario encaminado ya no al castigo, sino a garantizar que la persona en conflicto con la ley penal pueda insertarse en la sociedad, una vez en libertad.

La legislación nacional entiende a la reinserción social como un principio rector del sistema penitenciario pues significa la "restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos", al mismo tiempo que se considera como un fin u objetivo que se logra a través del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

El sistema penitenciario mexicano es, por demás, aflictivo. La imposición de la sanción penal priva a las personas, no sólo de su libertad, sino también de manera arbitraria limita o elimina por completo una serie de derechos adicionales como la intimidad, la privacidad, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos civiles y políticos, así como la integridad y seguridad personales; además de levantar barreras, tanto materiales como no materiales, que aíslan profundamente a las personas del exterior.

Como ya lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, las personas privadas de libertad no deben ser sometidas a penurias o a restricciones adicionales a aquellas que resulten de la privación de la libertad. El Estado tiene la obligación de garantizar que las personas privadas de libertad accedan a los mismos derechos, sin distinción ni diferenciación alguna, que las demás personas; mandato que se viola en todo momento en virtud de que las cárceles del país son entornos torturantes y degradantes, en donde las personas son despojadas, desde su ingreso, de toda autonomía, así como de toda posibilidad de integrarse posteriormente, como sujetos de derechos, en la sociedad.

En este sentido, la construcción y desarrollo del sistema penitenciario debe encaminarse, no únicamente al castigo, sino siempre al respeto de los derechos humanos, pero en específico, entendiendo que solo se puede conseguir una efectiva reinserción, cuando las condiciones de internamiento son capaces de asegurar una vida digna, tanto al interior como una vez en libertad.

Considerando todo lo expuesto líneas arriba, debe entenderse que, más allá de hablar de un modelo penitenciario, o de la reinserción social como fin del sistema penitenciario, esta Guía considera a la reinserción social como un derecho fundamental que debe ser garantizado por el Estado. Esto en armonía con las reformas constitucionales de 2008 y 2011 que integraron al sistema penitenciario un eje transversal fundamental: el respeto a los derechos humanos. Así, posterior a dichas reformas, el artículo 18 constitucional establece, en su parte relevante:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios ***para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad*** *y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para*

él prevé la ley Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Las reformas tuvieron diversas implicaciones.

En primer lugar, con la reinserción social, se deja de lado la criminología clínica y se pone la mira sobre las condiciones sociales, en el entendido de que el delito es un fenómeno multifacético. Desde esta perspectiva la conducta criminal deja de ser vista como patológica –con base en un derecho penal de autor– para entrar a un derecho penal del acto, donde la psique y la personalidad de las personas sentenciadas no tienen lugar. De esta forma, los tribunales mexicanos han resuelto.

El abandono del término "readaptación" y su sustitución por el de "reinserción", a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito.

En segundo lugar, deja de ser la autoridad penitenciaria la encargada de organizar, ejecutar y modificar las penas. Esto significó, entre otras cosas, la eliminación de los espacios de discrecionalidad que abrían la puerta a la corrupción, al abuso de poder y a las violaciones a derechos humanos. Mediante la judicialización de la ejecución de las penas y con la creación de jueces y juezas especializadas en ejecución, se busca anular cualquier aspecto o acto donde la arbitrariedad y abuso puedan perpetrarse. Con las nuevas figuras de juezas de ejecución, también se convierte en un objetivo primordial garantizar la vigilancia y aseguramiento de condiciones dignas de internamiento de las personas en reclusión, velando se procure el respeto de los derechos humanos de todas y todos.

En tercer lugar, al incorporar los ejes de la salud y el deporte como bases para la reinserción social, se reafirman dos cuestiones importantes: a) las personas privadas de libertad son sujetas de derechos, y, por lo tanto, b) el Estado debe garantizarlos, puesto que tiene una calidad especial de garante. Respecto a este último punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

ha sostenido que "Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos" y, en cuanto al alcance de las obligaciones del Estado:

Esta Corte ha indicado que como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. En ese mismo sentido, ante esta relación e interacción especial de sujeción, el Estado debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a las personas detenidas o retenidas las condiciones necesarias para contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible, incluyendo el derecho a la vida, a la integridad personal y el debido proceso. Su falta de cumplimento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Fuentes de información

- ✓ Amuchategui Requena, Griselda**.** Derecho penal. Editorial Oxford, México, 2016.
- ✓ López Betancourt, Eduardo**.** Introducción al derecho penal. Editorial Porrúa, México, 2017.
- ✓ Daza Gómez, Carlos. Teoría general del delito, editorial Flores Editor, México, 2018.

Linkografía consultada

https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/7.pdf

https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3477/4111#:~:text=El%20principio%20de%20culpabilidad%20se,la%20medida%20de%20la%20culpabilidad.

https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1757/10.pdf

https://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Documents/Becarios/Becarios_010.pdf

Legislación consultada

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Código penal de la Cd. De México

Código penal del Estado de Chiapas

Videos sugeridos

https://www.youtube.com/watch?v=t5aHmZBVwvU&t=795s Tema: Surgimiento del derecho penal

https://www.youtube.com/watch?v=0VaCR_V5a7Q&t=443s Tema: La Teoría del Delito, elementos de todos los delitos y su importancia

https://www.youtube.com/watch?v=ECIR-N2WRxM Tema: Delincuente nato: Cesar Lombroso