

**UNIVERSIDAD LATINA S.C.
CAMPUS CUERNAVACA.**

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD EN LA
INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA:

MARÍA ALEJANDRA CUEVAS CASTRO.

ASESOR:

LICENCIADO FRANCISCO PACHECO ARELLANO.

Cuernavaca, Morelos

Marzo,2009.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

GRACIAS A TI DIOS.
POR TU INFINITA BONDAD.
PORQUE SIN TU PRESENCIA NO HUBIERA SIDO POSIBLE ABSOLUTAMENTE NADA.
GRACIAS POR NO DEJARME SOLA.

A MI HIJOS.
JOSÉ EDUARDO Y
SOFÍA CAROLINA.
A TI, POR CUIDARME DESDE EL CIELO
Y A TI POR SER MI ÁNGEL EN LA TIERRA.
LOS AMO!!.

A MI MADRE.
POR TU EJEMPLO DE LUCHA GRACIAS!.
POR TUS CONSEJOS Y SOBRE TODO POR TU CONFIANZA E
INFINITA PACIENCIA.
GRACIAS!.
TE AMO TITA.

A MIS HERMANOS, CUÑADOS Y SOBRINOS
QUE HAN SIDO INQUEBRANTABLE BALUARTE EN MI VIDA.
POR SU INCONDICIONAL CARIÑO Y APOYO.
GRACIAS!!.
LOS QUIERO COMO 200!!.

A MI PADRE.
TÚ QUE ME DISTE LOS LINEAMIENTOS DE ESTE TRABAJO
Y ME COMPARTISTE TU BASTA EXPERIENCIA Y CONOCIMIENTOS.
TE LO DEDICO CON GRAN ORGULLO Y AMOR.
SÉ QUE SIGUES AQUÍ CONMIGO!!!.

AL LICENCIADO GABRIEL CAMACHO SÁNCHEZ.
ESPECIALMENTE A USTED, QUE ME DISPENSÓ TIEMPO BASTANTE
PARA LA TERMINACIÓN DE ESTE TRABAJO.
POR SU INVALUABLE AYUDA.
GRACIAS!

A MIS AMIGOS
DEL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMOCTAVO CIRCUITO
QUIENES HAN COMPARTIDO SUS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA
EN RELACIÓN A ALGÚN TEMA QUE HA LLAMADO MI ATENCIÓN.
GRACIAS!!

AL MAGISTRADO MARIO GALINO ARIZMENDI.
POR SU AYUDA PARA ENCONTRAR EL TEMA DE ESTE TRABAJO
Y TAMBIÉN POR SU INTERÉS PARA CULMINARLO.
GRACIAS SEÑOR MAGISTRADO POR SU APOYO!

A MIS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD LATINA.
QUE ME DIERON LAS HERRAMIENTAS
PARA COMENZAR ESTE MARAVILLOSO CAMINO.
MUCHAS GRACIAS!!

A MI ASESOR.
LICENCIADO FRANCISCO PACHECO ARELLANO.
PORQUE SIN SU AYUDA,
HUBIERA SIDO MÁS SINUOSO
EL CAMINO PARA LA TERMINACIÓN DE ESTE TRABAJO.
GRACIAS POR SU IMPORTANTÍSIMO APOYO LICENCIADO!!

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	10
-------------------	----

CAPÍTULO 1.

1.1. ALGUNAS DEFINICIONES DEL DERECHO PENAL.....	17
1.2 FUENTES DEL DERECHO PENAL.....	19
1.3. EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES.....	22
1.3.1. Cinco penas.	
1.3.2. La venganza pública.	
1.3.3. Tabú y venganza privada.	
1.3.4. La venganza divina.	
1.3.5. La Ley del Tali3n.	
1.3.6. Leyes de Manú.	
1.3.7. Leyes Mosaicas.	
1.4. EVOLUCIÓN HIST3RICA DEL DERECHO PENAL.....	26
1.4.1. Derecho Penal Griego.	
1.4.2. Derecho Penal Romano.	
1.4.3. Derecho Penal Germánico.	
1.4.4. Edad Media.	
1.4.5. La Recepci3n. Las Siete Partidas.	
1.4.6. La Carolina.	
1.4.7. Per3odo Humanitario.	
1.4.8. Per3odo Cient3fico.	
1.5. LAS ESCUELAS DEL DERECHO PENAL.....	41

- 1.5.1. Escuela Clásica.
- 1.5.2. Escuela Positiva.
- 1.5.3. Escuelas Eclécticas.
- 1.5.4. Tercera Escuela.

CAPÍTULO DOS.

HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.....	54
2.1. Chichimecas.	
2.2. Tarascos	
2.3. Mayas.	
2.4 Aztecas.	
2.5 La Conquista.	
2.6 Las Audiencias	
2.7 El Tribunal de la Acordada	
2.8 Época Independiente.	
2.9 Derecho Penal vigente.	

CAPÍTULO 3.

TEORÍA DEL DELITO.....	70
3.1. DIVERSAS DEFINICIONES SOBRE EL DELITO.	
3.2. CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO.	
3.3. SUJETOS DEL DELITO.	
3.3.1. Sujeto activo.	

- 3.3.2. Sujeto pasivo.
- 3.4. EL OBJETO.
- 3.5. EL HECHO COMO DELITO Y COMO ELEMENTO DEL DELITO.
- 3.6. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.
- 3.7. CONCEPTO DE CONDUCTA COMO EL HECHO.
- 3.8. FORMAS DE LA CONDUCTA
 - 3.8.1. La acción.
 - 3.8.2. Elementos de la Acción.
 - 3.8.3. La omisión.
 - 3.8.4. La omisión impropia también denominada comisión por omisión.
- 3.9. EL RESULTADO.
- 3.10. EL NEXO DE CAUSALIDAD.
 - 3.10.1. TEORÍAS MÁS IMPORTANTES SOBRE LA CAUSALIDAD SEGÚN LA DOCTRINA.
 - 3.10.2 Teoría de la Equivalencia de Condiciones.
 - 3.10.3 Teoría de la última condición o de la causa próxima.
 - 3.10.4 Teoría de la Condición más eficaz.
 - 3.10.5 Teoría de la Adecuación.
- 3.11. LUGAR Y TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO.
- 3.12. AUSENCIA DE CONDUCTA.
- 3.13. LA TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.
 - 3.13.1. Concepto del tipo
 - 3.13.2. Elementos objetivos.
 - 3.13.3. Elementos subjetivos.
 - 3.13.4. Elementos normativos.
 - 3.13.5. Ausencia de Tipicidad.

3.14. ANTIJURIDICIDAD.

3.14.1 La Antijuridicidad formal y la Antijuridicidad material.

3.14.2. Las causas de justificación.

- a) legítima defensa.
- b) estado de necesidad.
- c) cumplimiento de un deber
- d) ejercicio de un derecho.
- d) derecho de corrección.
- e) impedimento legítimo.
- f) obediencia debida.

3.15. LA PUNIBILIDAD.

3.15.1. Ausencia de Punibilidad (excusas absolutorias).

CAPÍTULO 4.

LA CULPABILIDAD.

4.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.....102

4.2. ALGUNOS CONCEPTOS DE LA CULPABILIDAD.....107

4.2.1. Edmundo Mezger.

4.2.2. Hans Welzel.

4.2.3. Reinhart Maurach.

4.2.4. Luis Jiménez de Asúa.

4.2.5. Claus Roxin.

4.2.6. Günter Jakobs

4.3. DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.....	123
4.3.1. La Teoría Psicológica o Psicologismo.	
4.3.2. La Teoría Normativa o Normativismo.	
4.3.3. La Teoría Finalista.	

CAPÍTULO 5.

LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

5.1. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.....	151
5.2. FORMAS DE CULPABILIDAD.....	154
5.2.1. Forma Dolosa (Intencional).	
5.2.2. Forma Culposa (No Intencional)	
5.3. BREVES ANTECEDENTES SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....	173
5.4. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN LA ACTUALIDAD.....	175
5.4.1. Determinación de la pena.	
5.5. ADECUACIÓN DE LA PENA AL DELINCUENTE.....	179
5.5.1. Fines de la Pena.	
5.4.2. Teoría absoluta de la Pena.	
5.5.3. Teoría de la prevención especial de la Pena.	
5.5.4. Teoría de la prevención general de la Pena.	
5.5.5. Teorías mixtas de la unión	
5.5.6. Determinación Judicial de la Pena.	

- 5.5.7. Teoría de la combinación.
- 5.5.8. Teoría del ámbito del juego.
- 5.5.9 Teoría de la Pena puntual.
- 5.5.10. Teoría del valor relativo.

CONSIDERACIONES FINALES.....	192
CONCLUSIONES.....	210
PROPUESTAS.....	215
BIBLIOGRAFÍA.....	218

INTRODUCCIÓN.

Desde cualquier punto de vista que se examine el Derecho "*forma o contenido*", parece como algo sujeto a continuo cambio. De tal manera que citando la frase de Heráclito "*ninguna generación se sumerge dos veces en las aguas de un mismo sistema jurídico*"; podemos subrayar que en la mayoría de los casos, las modificaciones aparecen primero en la vida real y tiempo después en el sistema normativo.

En el presente trabajo, y será tema de nuestro primer capítulo, trataremos del origen histórico y las transformaciones que se producen con respecto de la definición del Derecho Penal, no pudiendo existir una concepción única, pues ésta depende no solamente del momento histórico en que se desarrolla o de la escuela a la que pertenece el autor que la expone, sino también a las ideas propias de éste, las fuentes del Derecho Penal, así como las definiciones de diversos autores que las plantean.

Con el paso del tiempo por medio de escritos conocemos cómo era la vida, la relación de los hombres y cuáles eran sus actos, estableciendo con el paso del tiempo una forma de vida con ordenamientos plasmados en escritos, los cuales son los antecedentes en que nos basamos para conocer un poco de historia de cómo eran castigadas las personas que cometían un acto contrario al orden social.

Tuvieron que pasar muchos años para que el delito fuera tratado con más delicadeza en cuanto a las formas de castigar, no se pudo continuar con las formas de castigo de esos tiempos, en los cuales por ejemplo la famosa fórmula talonaria se permitía a los agraviados, tomar por su cuenta la venganza de manera igual, haciendo que fuera todo lo contrario a una convivencia pacífica.

El maestro Fernando Castellanos Tena afirma que la función represiva ha estado patente a lo largo del tiempo; esto es, aun cuando tal actividad no haya sido desplegada por el Estado, tal como ahora acontece, siempre ha existido la necesidad de regular las relaciones que, en virtud de la vinculación de los hombres, han derivado en conflictos de índole social. Así, a lo largo del tiempo, conociendo a través de la historia, la evolución de las ideas penales, nos damos cuenta cómo se ha buscado superar aquellos instintos de reacción violenta.

Oscilando entre el liberalismo anglosajón, europeo y las prácticas centralistas del México colonial, nuestra historia decimonónica va definiendo su marco de libertades y de opciones políticas que, requieren para su interpretación, de un mejor sustento teórico e histórico que propicie su transformación en crítica útil y práctica positiva.

En el segundo capítulo, nos detendremos por la historia del Derecho Penal Mexicano, analizando algunas de las civilizaciones en la historia del derecho en nuestro territorio, hasta los hechos históricos de nuestra época contemporánea.

Así, conocer adecuadamente nuestro desarrollo histórico, es condición indispensable para entender lo que hemos sido, lo que somos y lo que aspiramos a ser como nación. Describiremos sólo algunas de las culturas que destacaron por su desarrollo en algunas de las instituciones jurídico-penales.

Hubert Herring¹ nos dice: *"La historia del indio de las Américas debe escribirse con tiza para que sea fácil corregirla a la luz de los nuevos hallazgos que constantemente se presentan"*.

¹ HERRING Hubert. "A History of Latin America". New Cork. P. 25. Tercera Edición. 1968.

En el tercer capítulo haremos un breve repaso al estudio de la Teoría del Delito, en donde diversos autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares; sin embargo, éste (el delito) está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época.

La palabra "*delito*", deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar y el prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el "buen camino".

En el cuarto capítulo, entraremos al estudio de la Culpabilidad en forma destacada respecto de otros elementos de la Teoría del Delito.

En este capítulo tratamos a la culpabilidad en forma destacada respecto de otros elementos de la Teoría del delito, porque consideramos que es a través de ella que el Derecho vincula cierto acontecimiento con un hombre determinado; esto ocurre en el mundo exterior y afecta los bienes o intereses jurídicamente protegidos, es decir, solamente tiene relevancia para el Derecho Penal cuando puede atribuirse a un ser humano que reúne las condiciones necesarias para ser considerado como imputable.

Para entender el concepto de culpabilidad en el campo de la teoría del delito, haremos un breve desarrollo histórico de este concepto hasta llegar a la actualidad, ya que como veremos, las diversas teorías que han hecho referencia a la culpabilidad, han aportado elementos que han servido para la cabal comprensión de ella.

Daremos cuenta de las corrientes jurídicas de la culpabilidad, en donde queda establecido la indiscutible vinculación psicológica hecho-voluntad,

pero además, conforme a la teoría normativa, debemos adicionar los conceptos de reprochabilidad y la exigibilidad, para encontrar lo característico de la culpabilidad, es decir, para que exista culpabilidad se requiere, en primer término que un acontecimiento haya sido producido por la voluntad, traducida en conducta, de un sujeto imputable, y además que esa conducta sea reprochable conforme a las normas jurídicas, porque había una exigibilidad de realizar otro comportamiento diferente, que tendría que haber sido el adecuado a la pretensión del derecho, manifestada esta pretensión a través del contenido de las normas.

El maestro Jiménez de Asúa nos dice que: *"el hecho concreto psicológico, sobre el que se inicia el juicio de culpabilidad es del autor y está en su cabeza, pero la valoración para el reproche la hace el juez"*².

Por último, en el capítulo quinto, entramos de lleno al tema de la culpabilidad con respecto a la individualización de la pena, ya que todo aquello que permite una atribución más justa y más correcta de lo que el hombre hace, del por qué de su conducta, es sin duda un paso adelante en la justicia individualizada.

Tratando de hacer un estudio del hombre delincuente, en la comisión de delitos, al establecer una resolución más acertada y más apegada al delincuente y no al delito, tomando en cuenta el grado de culpabilidad en el o los hechos delictivos de que trate el caso concreto, haciendo no sólo un estudio exhaustivo del infractor en su aspecto interno, sino también los elementos externos, así como el aspecto social, ya que por el simple hecho de que el hombre viva en sociedad, pertenezca a una comunidad, así como su forma de educación, cultura y ambiente familiar, provocan las conductas que pueden llegar al delito.

² JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado. Tomo V, pág. 228.

Es así que no basta con tener un estudio pormenorizado sobre las circunstancias que llevaron al sujeto a delinquir también es preponderante que el juzgador haga una justa y adecuada valoración de las pruebas, al momento de individualizar la pena, para que la medida de seguridad o pena que se imponga sea la más acorde al caso concreto.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo preámbulo establece:

"...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;..."
"...Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre...", y

El principio de presunción de inocencia, en el que se sostiene la decisión de los juzgadores de absolver al justiciable cuando no se pruebe plenamente su culpabilidad, también tiene antecedentes históricos remotos como el Digesto, al prescribir: *"Nocetem absolvere satius est quam innocentem damnari"* (Decio), es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente.

El pensamiento penal ilustrado que acoge dicho principio tiene origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; documento donde se enfatiza que debe considerarse inocente al acusado hasta

en tanto exista sentencia ejecutoriada que declare una razón diversa; así se excluye la presunción de culpabilidad que durante tanto tiempo condenó a hombres inocentes, bajo procedimientos inquisitorios secretos, caracterizados por la ausencia absoluta de la garantía de audiencia y del derecho de defensa.

Sin embargo, en México, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el principio de presunción de inocencia como garantía individual, y que está implícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se advierte en la tesis intitulada: *“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”*.

El tratadista Luigi Ferrajoli no le da ninguna justificación a la aplicación de la prisión preventiva, la considera como un instrumento ilegítimo y poco idóneo para hacer desaparecer las garantías penales y procesales.

Los derechos fundamentales, que son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, preservan los bienes básicos necesarios para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.³, ya que éstos deben ser universales, y protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

Se dice que la idea de que el Derecho surja, es por la necesidad de ordenar y organizar la vida comunitaria, el Derecho Penal debe partir, entonces, de una determinada concepción del hombre, quien es el centro de atención y el principal destinatario de las normas penales, así como de una determinada concepción del Estado mismo.

³ FERRAJOLI, Luigi *Los fundamentos de los derechos fundamentales* p. 291.

Conforme con lo anterior, el ius puniendi, no puede ser ilimitado ni puede ejercerse arbitrariamente, ya que el hombre es persona, libre y capaz; sólo así puede servir que el Estado le pueda exigir al hombre que ajuste su conducta a los contenidos de las normas que él da origen, o a imponerle sanciones por no haber ajustado su conducta a tales exigencias normativas.

El contenido del principio de culpabilidad, así entendido, tiene jerarquía constitucional también como consecuencia necesaria de la garantía del "nullum crimen, nulla poena sine lege previa", puesto que si la carta fundamental requiere para fundar la punibilidad, la existencia de una ley que con anterioridad al hecho describa la prohibición, es obvio que tiene como fundamento previo un hombre capaz de conocer la ley, interpretar la norma y actuar de acuerdo a ella en caso de encontrarse en una situación de mínima autodeterminación.

Este principio encuentra su raíz histórica en el punto 37 de la Carta Magna expedida por el Rey Juan de Inglaterra en el año de 1215, en la cual se afirma: *"Ningún hombre libre podrá ser detenido ni preso, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares, o por la ley del país"*

Esta Carta Magna, considerada también por muchos historiadores como la semilla de la Revolución Americana, es el manuscrito que consagró los derechos del hombre en la legislación inglesa e inspiró la pasión por la libertad que floreció en los Estados Unidos de América, en el siglo XVIII, la cual fue dictada en 1787, reconociendo el principio de la previa ley y posteriormente la *"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano"*, consagró el criterio de que *"nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente"*.

CAPÍTULO PRIMERO.

1.1. ALGUNAS DEFINICIONES DEL DERECHO PENAL.

El Derecho tiene como finalidad encausar la conducta humana para hacer posible la vida en sociedad. Para lograr este fin, el Estado está facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal, que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

La expresión Derecho Penal, como nos dice Maggiore, se aplica tanto para designar al conjunto de normas penales, así como a la Ciencia del Derecho Penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual.

Múltiples son las definiciones que diversos autores han estructurado sobre el Derecho Penal. Al respecto, citamos algunas de ellas:

[Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que el Derecho Penal es *"el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social"*⁴.

Fernando Castellanos Tena afirma que *"es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social"*⁵.

El maestro Cuello Calón dice que es: *"el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente"*.

⁴ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Edit Porrúa. Edición 16ª. pag 34

⁵ CASTELLANOS TENA Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. edit. Porrúa. 1975. p. 21

Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal "*es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación*".

Al hablar de la gran variedad de acepciones con que se ha querido denominar al Derecho Penal, diremos por ejemplo *Derecho represivo* (Puglia), *Principios de criminología* (Francisco de Luca), *Derecho protector de los criminales* (Dorado Montero), *Derecho de lucha contra el crimen* (Thomsen) o *Derecho transgresional* (Chissone); intentos que responden a la necesidad de una reconceptualización derivada de la introducción en esta materia, de figuras distintas a la pena como consecuencia jurídica de ciertos delitos, es decir, a las medidas de seguridad, por lo que no han faltado autores que consideren que retomar el concepto de *Derecho criminal* salvaría la dificultad de denominar con un término al Derecho cuya forma de reacción ya no es únicamente la pena. Sin embargo, más de un criterio nos permiten sostener como más idónea la acepción *Derecho Penal*

La expresión "Derecho Criminal", de uso predominante hasta antes del siglo XVIII, cuando esta rama jurídica estaba intrincadamente relacionada con la religión y se consideraba al delito como un pecado público que no sólo atentaba contra la sociedad sino que ofendía a Dios y el derecho de castigar derivaba de éste, por lo que era el *crimen* el centro de atención que determinó la denominación en comento.

Esta expresión de "Derecho Penal" es de origen relativamente reciente, ya que es usado desde mediados del siglo XVIII, considerando desde entonces al delito, sólo como perturbación del orden social, y el papel

predominante del delito ahora es ocupado por la pena, siendo fundamental la justificación de su existencia, su esencia y finalidad”.⁶

El Derecho positivo mexicano, adopta el término *Penal* para calificar a sus códigos, tanto sustantivo como adjetivo, no únicamente por razones de traducción, sino de fondo, ya que la expresión de *Derecho Criminal* se presta a confusiones.

1.2. FUENTES DEL DERECHO PENAL.

Cuando hablamos de fuentes (de *fons* y *fondo*) del Derecho, lo hacemos en sentido figurado para referirnos al lugar donde surge, toma origen o emana el Derecho.

Algunos autores las clasifican en *formales, reales e históricas*.

Por fuente *formal* entendemos a los procesos de creación de las normas jurídicas. De acuerdo a lo anterior, éstas son la *legislación, la costumbre, la jurisprudencia* y los principios generales del derecho.

La Ley es la manifestación de la voluntad soberana a través del órgano legalmente facultado y mediante el procedimiento también legalmente establecido, y que crea situaciones generales, impersonales y abstractas.

La Costumbre está integrada por la repetición reiterada de un acto (*inveterata consuetudo*) y el sentido de obligatoriedad (*opinio iuris sive necessitatis*) del mismo, sólo tienen en nuestro sistema, una función auxiliar en la interpretación de la norma y en su aplicación individualizada, este aspecto es tomado en cuenta cuando el juez de la causa pone en práctica su arbitrio judicial para la individualización de la pena.

⁶ *Íbidem*.

La Jurisprudencia es la doctrina creada a partir de resoluciones judiciales reiteradas y contestes sobre una materia, emitidas por los órganos jurisdiccionales legalmente calificados para ello.

La Doctrina, proveniente de los jurisprudencias en el derecho positivo. Ésta es fuente formal del derecho sólo cuando así lo establece la ley; de lo contrario únicamente sirve de guía a los jueces al interpretar las normas positivas, sin que pueda ser invocada para exigir su necesaria observancia, por carecer de fuerza obligatoria.

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tomó de la "*Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*", el criterio de que "*nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente*",

De este artículo fundamental en nuestra Constitución, se derivan los siguientes principios clásicos:

Nullum crimen sine previa lege poenale	No hay delito sin previa ley penal
Nulla poena sine lege	No hay pena sin ley
Nullum crimen sine poena legale	No hay delito sin pena legal
Nulla poena sine crimine	No hay pena sin delito
Nulla poena sine indicio	No hay pena sin juicio
Nemo damnetur nisi per legale iudicium	Nadie puede ser dañado sino por juicio legal.

En los párrafos transcritos se consagran como garantías individuales los principios de *proceso legal* y de *previa ley*, que a su vez constituyen mandatos de legalidad dirigidos a las autoridades.

Tratándose de una garantía individual, ésta debe estar siempre trazada claramente, esto se logra mediante la enumeración taxativa de la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.

No pocas veces, hace nugatoria la garantía de estricta legalidad en materia penal y las facultades interpretativas del juez penal, en lo relativo a la jurisprudencia como fuente del Derecho Penal, pues mientras doctrinal y constitucionalmente, se reconoce a la ley como su única fuente, resulta que legalmente se da a la jurisprudencia un sentido de obligatoriedad (artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

El Derecho Penal Romano nos decía en *el Digesto y las Decretales*, los principios que regían en aquel tiempo, la interpretación de las leyes penales en lo tocante a su resultado, por lo que al alcance de la norma se refería, y establecía que la ley penal por lo general era desfavorable al sujeto sobre el cual se aplicaba, por tanto se interpretaba restrictivamente, y si existía duda, se aplicaban los principios como: *in dubio mitius; in dubio pro reo y non bis in idem*.

Estos principios, deben entrar en acción en tanto que las normas jurídicopenales no permitan conocer con claridad su sentido, atendiendo siempre al interés lesionado, a la peligrosidad acreditada y luego a las normas penales en conflicto; y aplicarse éstas sin atender a ampliación ni restricción, cuando son diáfanas.

Ya hacíamos mención, que en el Derecho Penal es de irrestricta aplicación el principio universal de *nullum crimen sine previa lege poenale*.

Lo anterior, debe ser exactamente aplicable al delito de que se trata; ya que los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal⁷ tutelan el arbitrio judicial para fijar las penas, así como la obligación del juez de atender a los datos individuales y sociales del sujeto tanto como a las circunstancias del hecho, ambos reguladores de aquel arbitrio.

Con base en lo anterior, la facultad de interpretación del juez penal es absoluta. No sólo lo obligan a ella los artículos 51 y 52 del Código Penal, sino la misma Constitución en su párrafos segundo del artículo 14.

Asimismo, existen disposiciones en otros cuerpos legislativos; por poner un ejemplo diremos que el artículo 6° del Código Penal Federal señala: *"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos... Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general"*.

1.3 EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES.

Hacíamos mención del surgimiento del Derecho Penal, como una necesidad de regular conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.

Aun cuando no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, ya el delito se manifestaba en su forma más rudimentaria. Así, el hombre ve reflejados sus más primarios instintos, que lo llevan a proteger con violencia sus intereses particulares los que ya luego, en sociedad, reclaman protección por parte del grupo para castigar al que hubiere atentado contra los intereses de cada uno. De allí el carácter social de la venganza.

⁷ Compilación de Amparo y Penal Federal. 2008. Editorial Raúl Juárez Carro, S.A. de C.V. p.151

A través de la historia, la evolución de las ideas penales, ha buscado superar aquellos instintos de reacción violenta, al respecto, citamos de ellas.

1.3.1. Cinco Penas.

China se presentaban las denominadas "cinco penas", a saber: 1. Homicidio (se penaba con la muerte); 2. Hurto y lesiones (castigado con la amputación de uno o ambos pies); 3. El estupro (penado con la castración, era la relación sexual con un menor de 15 años); 4. Estafa (se le penaba con la amputación de la nariz) y 5. Los delitos menores eran penados con una marca en la frente.

1.3.2. La venganza pública.

En esta etapa, se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándoseles un carácter eminentemente público. Al organizarse el Estado se traspasó a órganos especiales (jueces y tribunales) el arreglo imparcial de las penas arrancándolo a los ofendidos y limitando su derecho a la venganza. Se organizó todo un sistema probatorio y la pena se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba (legislador), e incluso del que la ejecutaba (autoridades administrativas).

En este ciclo aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hechos indiferentes, reinaba en la administración de justicia la desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia.

1.3.3. Tabú y venganza privada.

El hombre reacciona a la ofensa con la defensa puramente animal en un juego de fuerzas naturales donde no puede hablarse de justicia. Luego los vínculos de sangre y la convivencia social, transportan la reacción de lo individual a lo colectivo, y la venganza se convierte en un derecho que la *gens* le debe a cada uno de sus miembros, y cuando la reacción de la venganza intragupal se convierte en un riesgo, surgen límites en el talión (se cobra con la misma ofensa) y en la compensación (rescate del derecho de venganza por medio del pago hecho por el ofensor con animales, armas o dinero).

En los tiempos primitivos no existía un derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

1.3.4. La venganza divina.

Esta etapa constituye una evolución en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo lo es a la divinidad.

Dentro de este período situamos al *Pentateuco*, conjuntos de cinco libros que integran la primera parte del *Antiguo Testamento* bajo el nombre de Pentateuco, palabra de la lengua griega que significa “El libro de los cinco estuches”; en los que se contienen las normas de Derecho del pueblo de Israel, de evidente raigambre religiosa.

Bajo el nombre de La Ley, con el que la tradición judía designa al Pentateuco, quedan incluidos dos aspectos fundamentales:

- *El normativo*, que establece el principio del orden moral que ha de existir en la vida de cada individuo y en la convivencia humana conforme al querer divino.

- *La intervención de Dios*, "fuente divina de nuestra vida y de nuestra "salvación".

Así cobra fuerza el derecho canónico, estableciéndose un lazo de unión y vía de supervivencia de éste, en el Derecho Penal moderno.

1.3.5. La Ley del Talión.

Las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, (Babilonia, s. XXIII a. C.), fue producto de la civilización babilónica, La denominada "ley del talión", (que se resume en la expresión "ojo por ojo, diente por diente"), representa un gran progreso ya que reduce la reacción al daño que el autor ha producido, es decir, se presenta una proporcionalidad entre la lesión producida y la lesión reclamada a cambio.

Luego aparece la "composición", sistema que reduce sin más la idea de la venganza privada, ya que el autor de un hecho tiene que pagar una indemnización por el daño que ha cometido, evitándose que exista una reacción violenta (por ejemplo, si alguien robaba algo, tendría que devolver el triple).

La Ley de las XII Tablas, intentaba establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Este debía ser igual a aquél. Es el famoso "ojo por ojo, diente por diente".

1.3.6. Leyes de Manú.

(India, s. XI a. de J. C.). No reconoció al talión como consecuencia del delito, pero conservó la venganza divina, es el texto más importante y elaborado de la India. Este código distinguía el dolo de la culpa y el caso

fortuito. La persona de mayor jerarquía social era eximida de las penas corporales

1.3.7. Leyes Mosaicas.

(Israel, s. XIV a. de J. C.) De influencia babilonia. Consideraba a la Justicia como el brazo de Yahvé que castiga, premia y sobre todo, libera. La ley es sinónimo de justicia aunque se reconoce la existencia de legalidades injustas y opresoras. La ley es vinculatoria para todos. El delincuente merece respeto pues no ha perdido la calidad de hombre, merecedor de respeto y amor por ser imagen de Dios. La sanción debe aplacar a la divinidad ofendida, purificar al delincuente y reinsertarlo en la vida.

1.4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL.

El progreso de la función represiva, cuestión que se ha pretendido desarrollar con la evolución de las ideas penales, presenta diferencias según el pueblo a estudio y en las diversas épocas, citamos algunos ejemplos:

1.4.1. Derecho Penal Griego.

El origen del procedimiento penal, se remonta a las viejas costumbres y formas observadas por los atenienses en el derecho griego, en donde el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos que atentaban contra los usos y costumbres.

"El ofendido, o cualquier ciudadano, presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas. El acusado se defendía a sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; cada parte presentaba sus pruebas, formulaba

"sus alegatos y en esas condiciones, el tribunal dictaba sentencia ante los ojos "del pueblo".

1.4.2. Derecho Penal Romano

Los romanos, paulatinamente, adoptaron las instituciones del Derecho Griego y con el transcurso del tiempo las transformaron, otorgándoles características muy particulares que más tarde, servirían a manera de molde clásico, para cimentar el moderno Derecho de Procedimientos Penales.

En el Imperio Romano, el delito (*delictum*) era considerado principalmente como una forma de surgimiento de obligaciones, de las cuales sólo podían sustraerse los locos durante el ataque de locura, los infantes, y los *infantiae proximi*. En las *XII Tablas*, se consideraba la venganza privada, el talión y la compensación.

Se distinguió entre delitos públicos, los que atentaban contra el orden público, la organización político administrativa o la seguridad del Estado; estos, se perseguían en tribunales especiales u otros órganos como el Senado, y la pena era generalmente la muerte (*supplitium*) y la multa (*damnum*); y los delitos privados (*delicta* o *maleficia*), que consistían en una ofensa al particular lesionado y se perseguía como un derecho de éste y no del Estado, aunque a éste le correspondió después fijar el monto de las compensaciones y las funciones de perseguir y castigar el delito. Los contenidos penales se hallaban en los *terribile libri* del *Digesto* (530 a. de J. C.) que contenían legislación penal sustantiva y adjetiva.

Es en el Derecho Romano que se desarrollan muchos principios del Derecho Penal, como lo relativo a la tentativa, legítima defensa, locos e incapaces. También durante este período surgieron conceptos de uso universal actual: *delictum*, *poena*, *carcer*, *crimen*, *supplitium*, *injuria*, *damnum*.

El pueblo romano, en el inicio de su evolución histórica consagró al *pater familias* como la autoridad suprema del núcleo familiar en su organización social. El *perduellio* una de las instituciones más antiguas del Derecho romano, era la acción más grave entre las formas de delitos cometidos contra el Estado. El *judicium perduellionis* castigó los actos realizados por el ciudadano que, como enemigo de la patria, ponía en peligro su seguridad, comprendiendo por tanto las actividades atentatorias de la seguridad y permanencia del Estado. La denominada *prodigio* se castigó, dentro de la *judicium perduellionis*, por atentar igualmente contra la seguridad del Estado y la cometía el ciudadano que ayudaba al extranjero contra la propia patria.

Todos estos crímenes públicos, atentatorios de la seguridad del Estado, quedaron incluidos en la *Lex Julia*, la cual aparece reproducida en el *Digesto*. En cuanto al procedimiento, se adoptó el sistema acusatorio, con independencia o autonomía de personalidad entre el acusador y el magistrado, estableciéndose el derecho del acusado para defenderse por sí, o por cualquier otra persona.

El extenso período que abarca lo que denominamos Derecho Romano puede ser básicamente dividido en épocas, acorde al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos "crímenes" de los delitos privados ("delitos", en sentido estricto).

Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés; es de destacar que la ley de las XII tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.⁸ Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El Derecho

⁸ BRAVO GONZÁLEZ AGUSTÍN Y BIALOSTOSKY SARA. Compendio de Derecho Romano. Edit. Pax-México 1971.

Penal Romano comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público.

Esta característica se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial, no se trataba ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino que todos serían intereses públicos. La pena en esta etapa recrudece su severidad.

Bajo el Imperio Romano, a raíz de haber sido reconocido el cristianismo como religión oficial, la Iglesia cobró fundamental importancia, no sólo en su aspecto ideológico, sino temporal. El concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de expiación del pecado, convirtiéndose en el medio adecuado, al delincuente para liberarse del delito, cada día se tornó más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

El proceso penal romano alcanza un alto grado de desarrollo y elabora elementos, algunos de los cuales todavía forman parte del proceso penal. Baste recordar la materia de las pruebas en algunas de las cuales, el proceso romano es considerado como un modelo insuperable.

Los romanos fueron poco a poco adoptando las instituciones del derecho griego y con el tiempo las transformaron, otorgándoles características muy peculiares que, más tarde, se emplearían a manera de molde clásico, para establecer el moderno Derecho de Procedimientos Penales.

En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a las "legis acciones", la actividad del Estado, se manifestaba en el proceso penal privado y más tarde en el público.

En el proceso privado, el Estado era una especie de árbitro, que escuchaba a las partes y basándose en lo que éstas exponían, resolvía el caso, aunque este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo que se adoptó el proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en aquellos delitos que eran una amenaza para el orden y la integridad política.

Más tarde durante la monarquía, cayó en el procedimiento inquisitivo, iniciándose el uso del tormento que se aplicaba al acusado y aun a los testigos; juzgaban los pretores, procónsules, los prefectos y algunos otros funcionarios.

El proceso penal público revestía dos formas fundamentales: la Cognitio que era realizada por los órganos del Estado, y la Accusatio, que en ocasiones estaba a cargo de algún ciudadano.

La Cognitio, era considerada la forma más antigua, en la cual el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para conocer la verdad de los hechos, y no se tomaba en consideración al procesado, pues solamente se le daba injerencia después de que se había pronunciado el fallo, para solicitarle al pueblo se le anulara la sentencia.

La accusatio surgió en el último siglo de la República y evolucionó las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un acusator representante de la sociedad, cuyas funciones no eran propiamente oficiales. Al principio de la época imperial, el Senado y los emperadores eran quienes administraban justicia; además de los

tribunales penales; correspondía a los cónsules la información preliminar, la dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

Bajo el imperio, el sistema acusatorio no se adaptó a las nuevas formas políticas y como la acusación privada se llegó a abandonar por los interesados, se estableció el proceso extraordinario para que los magistrados, al no existir la acusación privada, obligatoriamente lo llevaran a cabo.

Más tarde, la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La *expulsión* del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propia víctima, por su desamparo.

Vale recordar, en este punto, que desde la perspectiva filosófica, el concepto de civilización se sustenta sobre todo en una característica negativa: lo opuesto a la barbarie. Ello implica, proponiendo un rasgo positivo, el predominio de un orden sustentado en la razón.

Es decir, la negación formal de la inocencia ha quedado en la historia de los pueblos como un signo de barbarie, motivada por intereses absolutistas, de dominación, de confusión o de conveniencias particulares.

El jurista romano Ulpiano (casi unos doscientos años antes de Cristo) dijo en una de sus tantas recopilaciones nos dice: *"Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente"*. De alguna manera esa idea persistió no sólo entre los romanos sino en las naciones tocadas por la influencia de ese imperio; con el agregado de bondad y comprensión incorporado por el cristianismo.

Siendo una idea inherente al ser humano considerado como un ser social, la importancia de la inocencia se ha manifestado en diversas épocas de la humanidad.

1.4.3. Derecho Penal Germánico.

Al apartarse del carácter religioso, se dio preeminencia al Estado y terminó con la venganza privada. También se dio más importancia al daño causado que a la intención. Distinguió delitos voluntarios e involuntarios y estableció la composición en tres formas: pago a la víctima como reparación del daño (*wergeld*), a la familia como rescate del derecho de venganza (*buse*) y a la comunidad, como pena adicional a la primera (*friedegele*). La prueba se fincó en el juramento a través del “juicio de agua” (sumergimiento en agua bendita), el “juicio por el hierro al rojo” (valoración de la quemadura causada por un hierro), y por las “ordalías” (lucha entre acusado y acusador).

1.4.4. Edad Media

Durante la Edad Media, el sistema de “justicia” se sustentaba en una represión solo explicada por las ansias de poder absoluto de unos cuantos; eran normas precarias en cuanto a garantías del acusado; la clase gobernante no tenía prejuicio alguno en admitir pruebas ilegales y en recurrir al uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión. El acusado no era considerado un simple sospechoso; antes bien, se le estimaba y se le trataba como culpable; por tanto, a él le correspondía el deber de destruir las pruebas o las simples conjeturas de culpabilidad, para demostrar su inocencia.

Al finalizar esa época emblemática de la inquisición (1670), en Francia se dictó una ordenanza que incluía el siguiente párrafo: “*Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos*”. Fue esa ordenanza la que posteriormente (segunda mitad del siglo XVIII) motivó severas críticas de

Voltaire, quien postuló —desde entonces— el juzgamiento por jurados en juicio oral y público y se pronunció a favor de otras garantías para el acusado: asistencia de defensor, íntima convicción en la valoración de la prueba, supresión de la tortura.

En el Derecho Canónico, el procedimiento era inquisitivo; fue instaurado en España por los visigodos (Código de Euríco), y generalizado después dejando de tener vigencia en la época de la Revolución Francesa.

El Derecho Penal Canónico cobró excepcional importancia bajo los Papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, es decir, durante el tiempo comprendido entre los años 1073 y 1216. En esa época se asume una gran trascendencia laica, ofreciendo protección con su derecho de asilo, consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese asilado, cometía un delito.

Asimismo la competencia de los tribunales eclesiásticos aumentó de tal forma que, por razón de la materia intervenían aún en los casos en que el delito fuese cometido por un laico.

En plena Edad Media, entre los siglos XI y XVI se produce un resurgimiento del Derecho romano, difundándose y comentándose los textos que habían quedado olvidados entre las bibliotecas de la iglesia. Aparecen primero en los siglos XII y XIII, los *glosadores*, que trataban de interpretar y determinar los alcances de las leyes romanas, a quienes siguen en los siglos XII a XV los llamados *postglosadores o comentaristas*, cuya labor se orientó a la revisión del Derecho vigente mediante la invocación de los textos romanos.

A partir del siglo XVI se inicia un nuevo movimiento, el de los *prácticos*, así llamado por su sistema de aplicar un criterio práctico al estudio del Derecho Penal.

La Edad Media da entrada, junto al romano, a los derechos germánicos y cristiano, el segundo de los cuales otorga carácter privado al delito ya la pena, por predominar el individualismo en su concepción, de manera que la venganza privada y la composición satisfacen la deuda creada por el delito, pero que con el advenimiento del cristianismo y la restauración del principio de autoridad del Estado y de la Iglesia, la potestad de castigar vuelve de la sociedad al Estado combatiéndose la venganza privada por medio de la tregua de Dios y del derecho de asilo, asumiendo el delito carácter moral y religioso; en el Derecho Canónico triunfa el principio de *expiación*, el cual dice: *"el juez castiga, no por deleitarse en la miseria ajena, lo cual sería hacer mal por mal, sino por deleite de la justicia, que es devolver lo justo por lo injusto, el bien por el mal"*⁹

Importantes son las aportaciones de los pensadores de la Iglesia. San Agustín (354-430) quien refiere que la pena *"es retribución divina (eterna o temporal), reconociendo al príncipe el derecho de castigar y al juez el de aplicarla, aunque se declara enemigo de la pena de muerte, porque con ella se priva al culpable de un posible arrepentimiento"*.

Santo Tomás de Aquino (1225-1274), no hace distingo claro entre las leyes natural, divina y humana, cuyas violaciones generan penas de índole natural y humana, las dos primeras y de carácter espiritual y temporal la última, considerando *"al derecho de castigar como justicia conmutativa, es decir, la*

⁹ MAGGIORE Giuseppe, *Derecho Penal I*. Editorial Témis. Colombia. Reimpresión a la Quinta edición.

"pena es la retribución o compensación del sufrimiento originado en la acción "precedente".¹⁰

1.4.5. La Recepción. Las Siete Partidas.

Representó un trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio mexicano. Diversas recopilaciones de leyes se aplicaron, siendo la principal la "*recopilación de las leyes de los reinos de las Indias*", de 1680. La recopilación se compone de IX libros, más sin embargo la materia penal se encuentra diseminada en los diversos libros, no obstante, el VII, es el que trata más sistemáticamente de policía, prisiones y derecho penal.¹¹

Fueron propuestas originariamente como una legislación modelo en la que los juristas y legisladores españoles podrían inspirarse para sus innovaciones o interpretaciones, pero un siglo después, bajo el régimen del bisnieto de Alfonso el Sabio, (o sea Alfonso XI) alcanzaron oficialmente en Castilla la categoría de derecho supletorio, mediante el ordenamiento de Alcalá. Estas partidas contienen una versión popularizada de normas romanistas, en mezcla con figuras de inspiración visigótica feudal y canónica. En el curso de los siglos. Encontraron importantes comentaristas (Gregorio López, sobre todo) que mediante sus glosas acercaron las siete partidas más aún a las obras de los posglosadores.

De Alfonso el Sabio, constituye un Código que apareció entre los años 1256-1265, que ejerció luego una enorme influencia en la legislación general. Las disposiciones penales de Las Partidas se encuentran en la Partida VII, completándose con numerosas disposiciones procesales atinentes a lo penal contenidas en la Partida III.

¹⁰ Idem. Pp.73-74.

¹¹ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa, México 1988. pp.111-112

Contiene también, especialmente en el homicidio, la diferencia entre el hecho doloso, el culposo y el justificado. Se prevén ciertas formas de instigación, de tentativa y complicidad.

1.4.6. La Carolina.

Constitutio Criminales Carolina u Ordenanza de Justicia Penal, (Carlos V 1532) era un código penal, y una ley de organización de tribunales. Era una larga y compleja enumeración de reglamentaciones, admitiendo la analogía y la pena de muerte, aunque el objeto principal de la pena era la intimidación. Tipificaba delitos tales como la blasfemia, la hechicería, la sodomía, la seducción, el incesto, etc.; las penas variaban entre el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación.

1.4.7. El Período Humanitario.

En la época de la Revolución francesa, los pensamientos que sirvieron de sustento ideológico al movimiento armado provienen principalmente de las mentes de Montesquieu, Voltaire y Rousseau, y se sintetizaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en donde se establecieron principios penales, sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales.

En ese texto no podía dejar de referirse a la presunción de inocencia, como una fórmula para reivindicar la dignidad de la persona del gobernado frente al Estado. En su artículo 9 se establece: "*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré cupable*" (todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable).

En Inglaterra el que fuera niño genio del utilitarismo, Jeremías Bentham, expresó ideas que coincidían en lo sustancial con la máxima basada

en la inocencia de la persona; adujo que el acusado debía ser escuchado en juicio y darle la oportunidad de probar, ya que -así lo entendía el pensador inglés- *"todo ser humano es inocente por naturaleza"*.

Mientras que en el mismo siglo en Italia, Beccaria también consideró un rango predominante al mismo principio en su *Tratado de los delitos y de las penas* (1764),⁵ en una parte de su capítulo XVI, dice: *"...no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados"*. Incluso este humanista italiano fue más allá en el tema de considerar la inocencia como un principio básico del proceso penal, pues se opuso abiertamente al encarcelamiento preventivo, al cual consideraba una pena anticipada, y que por tanto sólo podía aplicarse cuando se actualizaran suficientes requisitos legales.

En la misma tónica se pronunció por la conveniencia de separar los recintos carcelarios entre acusados y convictos, razonando que *"un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida"*.

La influencia humanitaria de la obra de César Bonnesana, Marqués de Beccaria, había querido afirmar los derechos del hombre en la doctrina del Derecho natural y frente a la razón del Estado, es decir frente a la monarquía absoluta.

Asimismo el movimiento ideológico del siglo XVIII promovido por el "despertar intelectual y libertario" y el que habría de señalar las pautas, haciendo el camino hacia una total reforma penal, en donde se destacan fundamentalmente las obras de Montesquieu (*el espíritu de las leyes*), Voltaire (*Sobre la tolerancia*), en las cuales se denuncian la excesiva crueldad de las

penas y lo irregular de los procesos y Juan Jacobo Rousseau, en su célebre (*Contrato social*) dice: "...todo malhechor, atacando el derecho social, *"conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social, y, por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado"*.

El libro de Bonessana, marqués de Beccaria, titulada *Dei delitti e delle pena*, que representó una valiente y enérgica denuncia del derecho penal hasta entonces reinante, cuya trascendencia a los ordenamientos jurídicos de aquel entonces es ampliamente conocida. César Beccaria, logró convulsionar a la sociedad de su época en toda Europa, tanto pensadores, juristas, así como entre los reyes y legisladores. estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente.

En su obra, Beccaria concluye con estas palabras que resumen su contenido esencial: *"Para que toda pena no constituya un acto violento de un individuo, o de muchos, contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser esencialmente pública, inmediata, necesaria, la mínima de las posibles, proporcionada al delito y prescrita por las leyes..."*.

Algunos autores, entre ellos el maestro Fernando Castellanos Tena, reconocen la existencia de una última etapa, respecto a la represión penal, denominada *etapa científica*, la que empieza precisamente con la obra del marqués de Beccaria, y culminando con la de Francisco Carrara, exponente principal de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

Posteriormente John Howard nacido en 1726 en Einfield (arrabal londinense), había sufrido en carne propia las miserias de las prisiones de su

época, pues estuvo detenido en 1755 en una cárcel francesa, al ser apresado por corsarios de esa nacionalidad el buque en el realizaba un viaje a Lisboa.

Este insigne inglés recorrió las prisiones de Inglaterra y Gales, visitó las cárceles de Italia, Bélgica, Holanda, Suecia, Dinamarca, España, Portugal, Francia, Alemania, Turquía y Rusia, muriendo de fiebre tifoidea en la ciudad de Kherson (Crimen), en 1790.

Después de realizar la crítica severa al cruel y depravante estado de las prisiones europeas, concreta como bases fundamentales para efectuar la reforma penitenciaria, entre las que destacan las siguientes: la higiene y la alimentación adecuadas; la disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados; la educación religiosa y moral; el trabajo; y el sistema celular dulcificado. Fue así que en la cárcel de Walnut Street Jail, en Filadelfia, se realizó el primer ensayo de un régimen celular diurno y nocturno.

No debemos olvidar que fueron sus observaciones no sólo llamadas de atención sobre las deficiencias del sistema carcelario imperante, sino aportación valiosa en la total reforma penal iniciada por Beccaria, la cual abrió el periodo humanitario individualista.

Por otra parte, Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, considerado en Alemania como el padre del Derecho Penal moderno, siguiendo en esencia las doctrinas de Kant, crea el criterio de que la pena es una *coacción psicológica*, dando así nacimiento a la teoría de la *prevención general*.

Aferrado al principio de la legalidad, que proclama la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho, e imponer una pena, es a él a quien se le atribuye la paternidad del principio "*nullum crimen sine lege*,

"*nulla poena sine lege*", aceptado en forma unánime en todos los países cuyo Derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal.

Asimismo Giovanni Carmignani, autor de los "*Elementos de Derecho Penal*", así como de la *Teoría della leggi della sicurezza sociale*, publicada en 1831, decía que la pena política encuentra su fin en la defensa mediante la *intimidación*, para evitar delitos futuros.

La pena tiene un carácter *intimidatorio* y por lo tanto, su fin es la *prevención del delito*. La prevención puede ser *especial*, como lo sostiene Grolmann, cuando la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictuosos, o bien, *general* cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos.

1.4.8. Período Científico.

A partir de Beccaria, a quien erradamente se le señala como un clásico, comenzó a cobrar auge en Europa el estudio del Derecho Penal. En esta etapa se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto del delincuente. Considera 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 por qué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos. En la pena estima que un tratamiento y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencias de factores de índole diversa interna y externa.

Con relación a la función de la pena se suman Manuel Kant, Stahl, Federico Hegel, Bauer y otros, surgidos entre el último tercio del siglo XVII y

fines del XIX, propugnaron diversos criterios. Teorías que ven en la pena una *retribución*, sea éste de origen divino moral o jurídico.

Entre éstas destaca la posición de Manuel Kant, para quien el *deber* de castigar el delito, es un imperativo categórico constitutivo del fundamento del *ius puniendo*, careciendo por ello la pena de un fin concreto, ya que se impone por el simple hecho del delito; en síntesis, es la expresión de la justicia al *retribuir* el mal inferido con el delito.

Federico Hegel sostuvo que el ordenamiento jurídico, dictado por el Estado, persigue un orden *aparentemente* alterado por el delito, por ello la infracción a la ley penal es *negación del derecho*, y como la pena viene a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea la negación de la negación del Derecho.

Ahora bien, Feuerbach elabora su teoría de la *coacción psicológica*, en la que nos dice que "*la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación, para que los individuos se abstengan de cometer delitos*".

1.5. LAS ESCUELAS DEL DERECHO PENAL.

1.5.1. La Escuela Clásica.

El nombre de Escuela Clásica fue dado por los positivistas al movimiento jurídico filosófico. Francisco Carrara (nacido en el año 1805 en Lucca, Italia) fue profesor de Derecho Penal, escribiendo su "*Programa del Curso Criminal*", obra en donde de manera sistemática y con profunda argumentación lógica, expone el contenido de la ciencia del Derecho Penal, trazando líneas y directrices que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los tiempos.

Los clásicos se empeñaron en estudiar el Derecho Penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico abstracto. Así, se pueden señalar como fundamentos básicos de la Escuela Clásica, los siguientes:

- a) Como el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamó como método ideal el *lógico abstracto*.
- b) El delito se contempla no desde el punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el Estado y por ello el investigador no debe perder de vista la ley.
- c) La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la *imputabilidad moral y en el libre albedrío*. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su *culpabilidad moral*. Como escribe Puig Peña: "*el que niega el libre albedrío no puede justificar el Derecho Penal*"¹²
- d) Si el delito es un ente jurídico, la pena, tiende a conservar el orden legal, es una *tutela jurídica* que lo restaura cuando se le altera.

Resultan notables además, las obras de Grolmann, Bentham, Roedor, Renazzi y Rossi, a quienes se denomina *clásicos*, queriéndose

¹² Curso de Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. 1960. pp. 81-82.

significar con ello, su pertenencia a un movimiento jurídico filosófico pasado de moda, según el sentir de los positivistas.

El mérito indiscutible de la Escuela Clásica, radica en haber estructurado una ciencia del Derecho Penal, señalando su objeto y destacando un método utilizable en su investigación, estableciendo al mismo tiempo, determinados principios que le dieron cierta unidad de sistema.¹³

La doctrina del Derecho penal tiene otra cúspide importante en el siglo XIX, en la que destaca Francesco Carrara, quien respecto al estado de inocencia expresó: El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa (...) Aquí dice: *“Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad(...) con los modos y las forma que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón”*.

1.5.2. La Escuela Positiva.

Al contrario de la Escuela Clásica, la Escuela Positiva tuvo una existencia real como un grupo de hombres que se agrupaban con otros intelectuales que hacían de Lombroso un jefe y una doctrina de sus conocimientos.¹⁴

César Lombroso cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Escribió ‘L'uomo delinquente’ en 1876, colocando al delincuente como fenómeno patológico para determinar los factores que producen el delito, respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirma la

¹³ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. p.67,68 . Editorial Porrúa. Décimasexta Edición. 2002

¹⁴ PESET José. *Lombroso y la Escuela Positivista Italiana*. Madrid, España 1975. p. 13

existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo.

Con motivo de los estudios realizados por César Lombroso, quien fue médico y no jurista, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir influencia decisiva en las legislaciones penales de principios del siglo XX.

En la llamada Escuela Positiva Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso.

Ferri rotula como 'delincuente nato' al 'Uomo delinquente' de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito.

Para Enrico Ferri, la Escuela Positiva consiste en lo siguiente: *"estudiar el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adoptar jurídicamente las variadas causas que lo producen, los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces"*.

Enrico Ferri nos dice en su obra máxima "Sociología Criminal" publicada en 1881, el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, contiene los principios básicos en que se apoya esta escuela: *"estudiar el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a la varias causas que lo producen los diversos medios, que por consiguiente serán más eficaces"*.¹⁵

¹⁵ FERRI Enrico. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*.

Rafael Garófalo, influyó decisivamente en la estructura de la Escuela Positiva al elaborar su definición del *delito natural*. Nace como una reacción a los excesos jurídicos de la Escuela Clásica, a sus excesos formalistas, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la problemática jurídico-penal.

Destaca Garófalo en su trabajo titulado *Della mitigazioni della pene nei reati di sangue*, la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la Escuela Positiva, que habría de ser apoyado más tarde, con amplitud, al sostener la *peligrosidad* del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito.

La pena para los positivistas no es una tutela jurídica sino *un medio de defensa social* cuya medida, como lo había ya precisado Garófalo, la constituye la *peligrosidad* del delincuente.

Ferri apoyándose en la doctrina expuesta por Garófalo escribe “*El Nuovi Orizzonti del Diritto Penale*”, en el que, afiliándose al criterio de la *prevención especial* de la pena, señala la peligrosidad del delincuente como base y medida de ella.

Ya mencionamos que la Escuela Positiva Italiana (finales del siglo XIX), Garófalo sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la presunción de culpabilidad, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves, aunque su tesis admite que no conviene condenar al imputado anticipadamente, pues debe tener oportunidad de demostrar la inocencia. De igual manera, Enrico Ferri afirmaba que la presunción de inocencia en el proceso penal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos cometidos en flagrancia o los casos cuando existe una confesión del procesado,

confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual.

Dentro del positivismo citaremos también otras posiciones, como las escuelas alemanas (Von Liszt y su positivismo criminológico, y Binding y su positivismo jurídico).

Franz Von Liszt ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que llamó 'gesante Strafrechtswissenschaft'(ciencia total del derecho penal), en la que incluye al derecho penal de fondo, derecho procesal penal, la criminología, política criminal, entre otras ramas.

Para Von Liszt el derecho penal es 'la carta magna del delincuente'. Es decir, no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella. Dispone para él el derecho a ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley. Adjudica a la pena, y como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo.

Los alemanes en el siglo XIX lo denominaban derecho positivo; Hans Kelsen es el máximo representante del *positivismo lógico*, él llega a la conclusión de que la ciencia jurídica al ocuparse de lo mandado jurídicamente, es una *ciencia normativa*, la cual, para mantenerse dentro de los límites científicos, aspira librar a la ciencia jurídica de elementos extraños, de juicios que no sean normativos, construyendo así la Teoría Pura del Derecho.

Kelsen nos dice que el positivismo jurídico es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como derecho al derecho positivo, esto es al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

Es decir, es un conjunto de normas puesta por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter a la humanidad al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas.

No obstante lo anterior, el positivismo de Ferri no llega al extremo de pretender dissociar al hombre de su acto, aun cuando por razones distintas, la idea fundamental de que el ser humano debe ser responsabilizado por los actos que realiza, siempre tomando en cuenta que es imposible aislarlo de la sociedad que lo rodea, la cual pone en juego los factores deterministas que producen las consecuencias de actos antisociales.

El positivismo, en el campo del Derecho Penal puede decirse que sustrajo el concepto de la culpabilidad de la teoría del delito, para colocarlo en el estudio relativo al delincuente. Es así que Ferri en su publicación de 1878 en su obra "*La teoría de la imputabilidad y la negación del libre arbitrio*", trató el problema ya no desde un punto de vista lógico-abstracto, sino utilizando las disciplinas que estudian los hechos sociales y psíquicos, siguiendo métodos de observación y experimentación.

El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito.

Como crítica y replanteamiento de los postulados del positivismo surgen nuevas ideas que pueden incluirse dentro del positivismo idealista, que dice que: "*la libertad humana existe y se entiende como libre arbitrio, pero no puede fincarse solamente en ella el concepto de la culpabilidad por los hechos*

"que se realizan, porque la necesidad y el determinismo tienen marcada "influencia en la forma del comportamiento humano".

En síntesis, los principios básicos de esta Escuela son:

- a) Combatiendo el método abstracto, por el que propugnó Carrara, los positivistas adoptan, para estudiar el delito, el *método experimental*, propio de las ciencias causales explicativas;
- b) El delito no es un *ente jurídico*. Según el criterio de los positivistas se trata de un fenómeno *natural*, producido por el hombre dentro del seno social, por ello debe vérselo no como una creación de la ley; sino como algo con vida independiente de la misma.
- c) Los positivistas negaron el libre albedrío, proclamando el *determinismo*. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder por igual, del hecho delictuoso ejecutado.

La Escuela Positivista es netamente determinista, es decir, una serie de circunstancias físicas o sociales llevarán al hombre a delinquir. Si estas circunstancias no se dan, el hombre no delinquirá.

Sin negar al positivismo una influencia notable en todos los sistemas posteriores y especialmente en los códigos de los países de habla española, debe atenderse que la crítica más profunda que se le formula que consiste en que se le imputa haber mezclado una *ciencia causal-explicativa, como la criminología, con una ciencia cultural y normativa, que es el Derecho*, produciendo con ello un resultado negativo, ya que los fenómenos sociales

entre ellos el delito, no pueden justificarse únicamente con los procedimientos deterministas: la ciencia misma del Derecho Penal, que como ciencia normativa, cultural, finalista y sancionadora, quiere ser sometida a los cartabones del determinismo, lo que en realidad es un esfuerzo imposible.

Dentro del positivismo podemos citar también otras posiciones, como las escuelas alemanas (Binding y su positivismo jurídico).

Karl Binding con su positivismo jurídico desarrolló la teoría de las normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley penal lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal.

Por su parte Norberto Bobbio distingue tres aspectos del positivismo jurídico a saber: El primer aspecto o modalidad del positivismo jurídico, el autor lo llama *positivismo jurídico metodológico*, porque consiste únicamente en un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho. Lo llama También positivismo jurídico en sentido estricto.

En segundo término, Bobbio identifica un positivismo jurídico como *teoría del derecho positivo*, que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado.

Por último el positivismo jurídico según Bobbio existe también como una *determinada ideología*, que como tal, enarbola una o ambas afirmaciones que dicen, "*que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido*", esto es, al margen de su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral con que se lo enjuicie, es siempre un

instrumento idóneo para obtener ciertos fines como el orden, la paz y la seguridad jurídica.

Asimismo, al positivismo siguieron las llamadas Tercera Escuela y la Escuela de la Política Criminal, así como las tendencias que se incluyen bajo la denominación de eclécticas.

Por lo que toca a nuestro país, debemos resaltar que la filosofía positiva de Augusto Comte, fue traída a México por Gabino Barreda, y que ésta fue el principal instrumento de polémica ideológica de que se sirvieron los positivistas mexicanos en su lucha contra las doctrinas con las cuales se enfrentaron. Del comtismo, surgieron los principales conceptos utilizados por los positivistas de México.

Augusto Comte es el exponente de la burguesía que había alcanzado su máximo desarrollo después de triunfar en la revolución francesa. Esta clase se encontraba con otros grupos que esgrimían las mismas ideas contra los viejos poderes libertad, igualdad y fraternidad.

El instrumento ideológico de que se sirvió el maestro mexicano fue el positivismo. Barreda aprovecha para establecer el pensamiento positivista en los planes de estudio, que básicamente se apoyan en una enseñanza científica, ya que el positivismo considera que la ciencia y sus aplicaciones permitían reformar a la sociedad.

Durante el gobierno del presidente Juárez, Gabino Barreda impulsa la reglamentación de la educación media superior a través de la Ley Orgánica

de Instrucción Pública para el Distrito y Territorios y se crea en 1867 la Escuela Nacional Preparatoria (ENP), considerada como el más sólido cimiento de la enseñanza superior.

1.5.3. La Escuelas Eclécticas.

Al positivismo siguieron, destacadamente las llamadas Escuelas Eclécticas quienes aceptan y niegan postulados, tanto de la escuela clásica como de la positivista y excepcionalmente aportan algo propio y significativo. Las principales son: la tercera escuela, la escuela psicológica y la escuela técnico-jurídica.

1.5.4. Tercera escuela

La principal Terza Scuola, surge en Italia cuyos principales representantes son Alminea, Maggi.

Emmanuele Carnevale escribe: *"Una Terza Scuola de Diritto Penale in Italia"* (1891). Basa la responsabilidad en la salud, para el inimputable, es necesario tomar medidas de seguridad. Considera el delito desde el punto de vista jurídico, pero tomando en cuenta sus aspectos sociológico y antropológico.

La tercera escuela sustenta los siguientes postulados.

- a) Distingue Derecho Penal de Criminología y demás ciencias afines, en cuanto al método, que en el primero debe ser lógico-abstracto, mientras que en la segunda debe ser causal-explicativo.
- b) Se considera el delito como un fenómeno complejo producto de factores endógenos y exógenos. (endógenos los que el individuo lleva dentro de sí, por ejemplo la herencia, el factor cromosomático, etc.;

- exógenos aquellos factores físicos, por ejemplo la lluvia, cambios en las fases lunares, ciclones etc.
- c) Deben existir tanto penas como medidas de seguridad. Este es un avance notable ya que se rechaza la "pena vindicativa" de los clásicos, sin aceptar la "sanción" generalizada de los positivistas.
 - d) La finalidad de la pena no es sólo el castigo, la retribución, sino también correctiva y educativa. Debe ser pena-readaptación.
 - e) En el delito priva la causalidad, no la fatalidad. La imputabilidad está basada en la dirigibilidad de los actos del hombre.

Con Von Liszt y su positivismo criminológico, nace en Alemania la Escuela de la Política Criminal que ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que llamó 'gesante Strafrechtswissenschaft' (ciencia total del derecho penal), en la que incluye al derecho penal de fondo, derecho procesal penal, la criminología, política criminal, entre otras ramas.

Con Manzini se desarrolla en Italia, una corriente designada Escuela Técnico-jurídica, que se caracterizaba principalmente por su aversión a la filosofía, al estimar que la función del Derecho penal, no va más allá de hacer la exégesis del Derecho positivo, su objetivo es la investigación.

Vicenzo Manzini, niega la existencia de la presunción de inocencia a favor del imputado, incluso puede decirse que niega la inocencia como un estado natural o normal del ser humano; sintetiza sus ideas en el razonamiento siguiente: *"el establecimiento de la presunción de inocencia sería una cuestión "insensata, dado que la experiencia ha demostrado que la mayor parte de los*

*"imputados resultan ser culpables y que el orden natural de las cosas hace
"presumible la procedencia de la imputación".*

CAPÍTULO 2.

2. HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO

Conocer adecuadamente el desarrollo del constitucionalismo mexicano es, condición indispensable para entender lo que hemos sido, lo que somos y lo que aspiramos a ser como nación.

La historia constitucional es el resultado de las luchas que han definido el perfil de México que ahora somos como producto de esta evolución histórica.

Oscilando entre el liberalismo anglosajón y europeo y las prácticas centralistas del México colonial, nuestra historia decimonónica va definiendo su marco de libertades y de opciones políticas que, cada vez más, requieren para su interpretación, de un mejor sustento teórico e histórico que propicie su transformación.

2.1. Chichimecas.

Cultura que se desarrollo en el noroeste del país del actual territorio mexicano, entre el río Lerma, el lago de Chapala y el actual Durango. Su organización política era rudimentario, vivían dispersos en pequeños grupos de recolectores de tunas y vainas de mezquite, o dedicados a una agricultura primitiva, cada grupo tenía un jefe hereditario, y con fines militares o para migraciones colectivas, solían formarse confederaciones transitorias.

La organización de la familia llamada “residencia matriarcal” en donde el hogar se formaba alrededor de la madre. Entre las clases sociales faltaba la de los sacerdotes.

Aunque la existencia del luto y una antropología mágica indican que hubo, cuando menos, rudimentos de una vida religiosa, ésta de ningún modo produjo las impresionantes manifestaciones artísticas y teocráticas que conocemos en otras culturas precortesianas.

2.2. Tarascos.

De las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a otros pueblos; más se sabe de la crueldad de las penas. El derecho de juzgar estaba en manos del Calzontzi; en ocasiones la justicia la ejercía el Sumo Sacerdote o Petámuti. Por ejemplo el adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia y los bienes del culpable eran confiscados. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después, hasta hacerlo morir.

2.3. Mayas.

Este grupo étnico, unido por tronco lingüístico e ideas religiosas comunes; su primer florecimiento (antiguo imperio) se manifestó entre los siglos IV y X D.C, desapareció hacia el 900 D.C. por causas aún desconocidas. Casi la totalidad de los documentos mayas precortesianos fueron sacrificados, sin embargo existen de manera importante para su estudio, el Libro de Chilam Balam de Chumayel, la Crónica de Calkini y los códices.

El derecho penal era severo ejerciendo la administración de justicia a través del jefe religioso.

Entre los delitos que más se castigaban encontramos al homicidio, la violación, la traición a la patria y el robo; para los tres primeros se aplicaba la pena de muerte, para el último operaba una especie de excusa absolutoria, pues la primera vez se le perdonaba, pero al reincidente se le marcaba la cara,

o en su caso se le reducía a la esclavitud. Algunas veces la pena capital era ejecutada mediante ahogamiento en el cenote sagrado.

Contrariamente al sistema azteca, no existía la apelación. El juez local, *batab*, decidía en forma definitiva los *tupiles*, policías-verdugos, ejecutaban la sentencia inmediatamente. Existía una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios.

2.4. Aztecas.

En la actualidad, algunos autores académicos usan frecuentemente en vez del término “aztecas” el de “mexicas”. Entre las fuentes de conocimiento de esta cultura se cuentan los códices, entre los cuales sobresale el precortesiano Código Mendocino.

La administración de justicia se ejercía por el poder judicial que se confería a los jueces, la impartición de justicia era gratuita y se distinguía la independencia del ejercicio de sus funciones con el poder ejecutivo. Entre las características que se pueden distinguir del Derecho Penal Azteca, destacan las siguientes:

- Dividieron a los delitos tomando en cuenta el bien jurídico tutelado.
- La cárcel era poco común, generalmente servía por breves períodos, se asemejaba a jaulas de madera, donde se exhibían a los delincuentes provisionalmente mientras se les aplicaba la sanción a la que se habían hecho merecedores.
- La pena de muerte fue la sanción más común.
- Las penas tenían el carácter de trascendentales, se extendieron a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

- Autores y cómplices de los delitos recibían el mismo castigo, sin distinción alguna.
- El derecho penal de los aztecas fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito.

Hubo una jerarquía de tribunales aztecas comunes, desde el Teuctli, juez de elección popular, anual, competente para juicios menores, pasando por el tribunal de los jueces vitalicios, para juicios más importantes, nombrados por el Cihuacóatl, hasta llegar, mediante un sistema de apelación, al tribunal del monarca, que se reunía cada 24 días. Paralelamente a la justicia azteca común encontramos la justicia especial para sacerdotes, para asuntos mercantiles, asuntos de familia, asuntos tributarios o litigios relacionados con artes y ciencias.

El procedimiento azteca era oral, levantándose un protocolo mediante jeroglíficos. El proceso no podía durar más de ochenta días, y es posible que los Tepantlatoanis que en él intervenían, hacían el papel que corresponde a grosso modo, al abogado actual. Las pruebas eran la testimonial, la confesional, presunciones, careos y a veces la documental.

En los delitos más graves el juicio era precisamente más sumario, con menos facultades para la defensa.

El derecho penal precortesiano se caracterizó por su crueldad e injusticia. Tal situación tenía explicación: el poder absoluto concentrado en el rey y en un grupo de privilegiados, se valía de las atroces formas de represión con el objeto de mantener su despótica imposición sobre la masa popular.

2.5. La Conquista.

Es indispensable en un panorama de la historia del derecho mexicano, esbozar las grandes líneas desde la conquista (1519-1521) hasta el momento en el que los caminos del derecho mexicano y del español se separaban (1821). Así, debemos mencionar la Nueva recopilación, promulgada en 1567 bajo Felipe II (doce libros, con más de 4,000 leyes)

La justicia estaba sujeta a un régimen de múltiples fueros, con tribunales especiales según la materia de controversia o las partes del litigio, todos los tribunales pronuncian sus sentencias a nombre del rey, y éste podía intervenir en los procesos, así, la justicia virreinal estaba lejos de ser una justicia independiente.

Casos de poca importancia entre colonos, podían ser juzgados ante un alcalde ordinario con apelación ante el cabildo (eran pequeñas audiencias): le correspondían funciones judiciales, administrativas y legislativas. Su función judicial era más bien de apelación, correspondiendo la primera instancia a los alcaldes ordinarios.

En 1591 un juzgado general de Indios se estableció en México, a cuya organización y cuyo financiamiento se dedican las cédulas reales del 19 de Abril de 1605 y 5 de octubre de 1696.

Mediante un ligero aumento del tributo, el “medio real de ministros”, los indios mismos cubrieron el gasto respectivo. Este nuevo juzgado no incluía la competencia de los alcaldes mayores y corregidores: los indígenas estaban libres para optar entre estos órganos jurisdiccionales. Además desde 1591, la corona dispuso que a cada audiencia debía ser adscrito un “protector de indios”.

Paralelamente, para aquellos litigios entre indios y españoles, que hubieran sido resueltos en primera instancia por corregidores o alcaldes mayores, existía la apelación ante la audiencia.

Múltiples son las fuentes del derecho penal, aplicado en este país durante los siglos virreinales. El derecho indiano contiene normas penales dispersas en las *Leyes de Indias*. Varias cédulas reales combaten la tendencia de ciertos jueces de moderar las penas previstas en las normas penales, o de conciliar las partes en los juicios penales, recordándoles que su trabajo no es el de juzgar las leyes, sino de ejecutarlas.

El derecho penal castellano, proporciona la mayor parte de las normas aplicadas en las Indias. Este derecho en su aspecto penal no es muy homogéneo, como su fuente debemos mencionar el Fuero Juzgo, El Fuero Viejo, El Fuero Real, Las Siete Partidas, El Ordenamiento De Alcalá, Las Ordenanzas Reales, Las Leyes De Toro, La Novísima Recopilación, Las Siete Partidas, la materia probatoria penal se encuentra combinada con la probatoria civil, este derecho penal de las Partidas combina la tradición romana con la germánica, dejando sentir a veces cierta influencia del derecho canónico.

La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes. Durante todo el tiempo en que México permaneció bajo el imperio de la legislación española, el derecho canónico fue entre nosotros ley positiva y obligatoria, ejerció influencia capital en el desenvolvimiento del derecho feudal y del derecho real de España. Se le puede considerar como fuente legislativa de la madre patria. La Iglesia atrajo a sus Tribunales casi todos los procesos.

En la Colonia se pusieron en vigor diversas legislaciones, a pesar de la disposición del Emperador Carlos V, anotaba más tarde en la Recopilación

de Indias, el respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral, por tanto la legislación de Nueva España fue netamente europea.

En la Colonia se puso en vigor, la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. En las leyes de Castilla, puede afirmarse que la legislación tendía a mantener la diferencia de castas, por ello en materia penal, existía un cruel sistema intimidatorio para los negros y mulatos.

El Fuero Real, no fue derecho castellano propiamente dicho, sino únicamente un fuero que se concedía por el rey a diversas ciudades según su libre criterio, en general para el beneficio del comercio de las mismas y para asentar el poder de la corona frente al feudalismo de la época. Localidades como Peñafiel, Santo Domingo de la Calzada, Béjar o la propia Madrid lo recibieron en su condición de derecho local exclusivamente.

No obstante, junto a las Siete Partidas, se convirtió de facto en derecho castellano. Las normas promulgadas así por el rey eran más claras, concisas y justas que las que regían en las grandes ciudades del Reino de Castilla, sometidas al arbitrio de los señores o de los tribunales locales. Su implantación no estuvo exenta de polémica. Alfonso X impuso en algunos casos al Fuero Real por encima de las normas locales, enfrentándose a la nobleza privilegiada de la zona. Él mismo eliminó privilegios que, a su entender, mermaban el buen gobierno.

Durante la colonia, el desenvolvimiento de la vida en sus diversos órdenes, requirió, indispensablemente la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social y a los intereses de la corona española en su nuevo dominio.

El control social que se ejercía a través de los Tribunales, fue vital para el sometimiento en los países colonizados, por ello, la máxima autoridad (virrey), debía de conocer de todas las cuestiones que estuvieran tramitando en las distintas instancias de justicia, de allí el deber de éstas de mantenerlo informado. La opinión del virrey fue en muchos casos decisiva para determinar la resolución.

Existieron múltiples tribunales entre los que destacan: el Tribunal del Santo Oficio o de la Santa inquisición, la Audiencia, el Tribunal de la Acordada, y otros tribunales especiales para juzgar a los vagos y a los maleantes.

El Tribunal del Santo Oficio o de la Santa Inquisición se estableció en la nueva España por órdenes de Felipe II Rey de España. Fue el 12 de septiembre de 1571, cuando se fundó, siendo hasta el 10 de junio de 1820 cuando se suprimió definitivamente.

El primer inquisidor fue Don Pedro Moya de Contreras, quien ocupó el cargo por 21 años. Sin embargo tiempo atrás ya existía un órgano encargado de las funciones propias del Santo Oficio en la Nueva España. Fue el instrumento mediante el cual los Obispos pudieron inquirir sobre el delito en contra de la fe y de las buenas costumbres. Se encontraba ubicado en lo que actualmente se conoce como antigua escuela de Medicina de San Idelfonso en el centro de la ciudad.

La Cárcel Perpetua fue la primera que se estableció para purgar las penas de los sentenciados, a la vista de los inquisidores y al cuidado de un Alcalde. Anexo se encontraba la Cárcel de Ropería y la Cárcel Secreta de las que se desconocen sus funciones y tipo de habitantes.

Fue costumbre de los conquistadores que entre las primeras construcciones que se hacían en los pueblos conquistados, se levantara una prisión. Así fue que en 1529 se construyera la Real Cárcel de la Corte de la Nueva España. Esa cárcel que se localizó en el Palacio Real, actualmente Palacio Nacional o sede del Gobierno Federal (en pleno zócalo o centro de la ciudad), hasta el año de 1699, la que por motivos de un motín e incendio, se trasladó provisionalmente a la casa del Marqués del Valle (Nacional Monte de Piedad) y posteriormente regresó a Palacio Nacional y funcionar hasta el año de 1831.

El maestro Fernández de Lizardi, nos expresaba, que existía división en cuanto al sexo, es decir, había una sección para varones y otra para mujeres, además de las secciones de castigo denominadas “Jamaica” y “Romita”. En cuanto a las celdas había nueve a lo largo de tres galeras. Había también dos salas denominadas “Real sala del crimen” y “Sala del tormento” en donde los presos eran visitados por familiares y abogados, la comunicación se establecía a través de dos ventanas enrejadas que daban a la parte sur de edificio.

La Cárcel de la Ciudad, estaba ubicada en los bajos de cabildo del Palacio Virreynal (Palacio Nacional) para castigar a los que habían cometido faltas leves. Estuvo localizada en el Centro de la Ciudad de México en lo que era en aquel momento el Palacio Municipal o Palacio de la Diputación. Su construcción se inició en el año de 1527 y después de varias remodelaciones, cesó sus funciones el día 26 de Octubre de 1835 *"quedando solo un local para el depósito de los detenidos"*.

En el año de 1860 se destinó para albergar a infractores por faltas administrativas y prisión provisional para los reos, que posteriormente serían trasladados a la Cárcel de Belén. Estaba provista para contener a 150 internos,

sin embargo, ya se presentaba el problema de la sobrepoblación. Esta prisión se componía por dos departamentos o dormitorios; uno para mujeres y otro para hombres, con un patio común. Debido a la insalubridad se propuso el cierre de este centro por lo que los detenidos fueron trasladados a la Cárcel de Belén en el año de 1886.

2.6. Las Audiencias

Durante La Conquista y su consolidación fue Hernán Cortés quien gobernó en la Nueva España, sin embargo muy pronto el rey lo privó de su autoridad al establecer un órgano gubernamental superior que se llamó la Audiencia de México. Este órgano, como el Consejo de Indias, estaba integrado por varios magistrados llamados oidores, fungiendo uno de ellos como presidente de la Audiencia. En términos generales, las funciones de este órgano eran una mezcla de poderes, porque no sólo gobernaba en lo político y en lo administrativo, sino que también era un tribunal superior en asuntos civiles y criminales.

En la Nueva España hubo Audiencia antes de la creación del cargo de virrey, y en ese tiempo fue la autoridad más alta de la colonia, aunque, desde entonces, su poder no incluía asuntos militares, ya que estos correspondían al Capitán General (ejercido en un principio por Hernán Cortés) ni asuntos relativos a la hacienda y los impuestos, que estaban al cuidado de funcionarios llamados oficiales reales. El gobierno de la primera Audiencia fue desastroso por los terribles abusos que cometieron los oidores, al grado de que estuvieron a punto de provocar una rebelión.

La segunda Audiencia, en cambio, fue ejemplar, de ella formó parte don Vasco de Quiroga que después fue obispo de Michoacán y un gran benefactor de los indios de esa región. Además de la Audiencia de México existió la que se llamó Audiencia de la Nueva Galicia, o sea la de Jalisco.

Residía en la ciudad de Guadalajara y era subordinada de la Audiencia de México. Ambas se mantuvieron a lo largo de toda la historia colonial.

La pésima administración y desmanes de la primera Audiencia, entre otros factores, mostró la necesidad de que residiera en México un funcionario que representara en la colonia a la persona del monarca. El título que se le dio a ese funcionario fue el de virrey, palabra que, precisamente, quiere decir el que está en lugar del rey.

Los poderes y facultades del virrey fueron muy amplios. En él se depositó toda la acción gubernamental y administrativa de la colonia que se había concedido a la Audiencia, y ésta quedó a ese respecto como un órgano que auxiliaba al virrey, puesto que éste era el presidente titular de la Audiencia.

Sólo en los casos en que faltaba el virrey por muerte u otra circunstancia, la Audiencia recobraba provisionalmente su poder mientras el nuevo virrey tomaba las riendas del gobierno. El poder de la Audiencia como tribunal de justicia quedó intacto, porque en esos asuntos el virrey no tenía facultades. El virrey, además, ostentaba el cargo de capitán general y era el jefe supremo en asuntos militares. El virrey fue la autoridad local suprema y su poder subsistió durante todos los años de la historia colonial.

2.7. El Tribunal de la Acordada

Aparecido hacia el siglo XVIII (1710 y fue precisamente la Audiencia la que lo creó), la Cárcel de la Acordada estaba ubicada en lo que actualmente es la Avenida Juárez, entre las calles de Balderas y Humboldt, en la ciudad de México. Debe su nombre al *Tribunal de la Acordada o también denominado Tribunal de la Santa Hermandad*; comandada por un juez o Capitán y una serie de colaboradores cuya característica elemental era que funcionaba "por acuerdo" de la "Real Audiencia". Inició sus labores por el año de 1710 y

funcionó hasta el año de 1862 fecha en que los presos fueron trasladados a la cárcel de Belén. Este tribunal y Prisión inicialmente tuvo su primera ubicación en los galerones del Castillo de Chapultepec de donde pasó en forma provisional al edificio que posteriormente fue Colegio y Convento de San Fernando y posteriormente al lugar que sería ocupado por el Hospicio de Pobres en el año de 1757.

La Acordada se integró con un juez o capitán, llamado "juez de caminos", por comisarios y escribanos, su competencia, fue muy amplia, debido a que sólo así podía actuar de manera eficaz para cumplir su cometido, fundamentalmente perseguía a los salteadores de caminos. Cuando tenía noticias del asalto o desórdenes en alguna comarca llegaba al lugar y hacía sonar un clarín.

Para avocarse al conocimiento de los hechos delictuosos, instruía un juicio sumarísimo, y dictaba la sentencia, procediendo inmediatamente a ejecutarla, cuando era decretada la pena de muerte, ordenaba el ahorcamiento del sentenciado en el mismo lugar donde había ejecutado el delito; acto seguido, se dejaba expuesto el cadáver para escarmiento de los cómplices que no habían sido capturados o de quienes se dedicaban a cometerlos.

La rapidez de la substanciación de éstos, los juicios y la ejecución inmediata de la sanción fueron medidas que se adoptaron con la finalidad de provocar buena conducta o un sentimiento de recato para hacer factible la seguridad jurídica en el campo y prevenir al mismo tiempo los delitos. Este tribunal era ambulante, no tenía sede fija. Una vez juzgado y sentenciado un sujeto, sus integrantes abandonaban el lugar y se constituían en otro para continuar ejerciendo sus funciones.

2.8. Época Independiente.

Al iniciarse la independencia, surgió la necesidad de contar con una legislación nueva, propia del pueblo mexicano. Así, empezaron a promulgarse leyes mexicanas pero con influencia de la legislación colonial, a veces aplicables a la falta de leyes nuevas.

La Constitución de 1824 adoptó el sistema federal.

Por cuanto hace a la materia penal, lo más sobresaliente llegó a ser expedición de los códigos penales, que fueron, en orden cronológico, los siguientes.

El Código Penal para el Estado de Veracruz, fue puesto en vigor en 1869.¹⁶

El Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez de Castro, vigente hasta 1929 y con influencia de la Escuela Clásica. Con inclusión de las *Medidas de seguridad* y la institución de la *libertad preparatoria*.

El Código Penal de 1931, vigente y aplicable en el Distrito Federal en materia común, así como en toda la República en materia federal.

2.9. Derecho Penal vigente.

En México después de un proceso de desarrollo institucional que tiene su origen en la lucha independentista abanderada por Hidalgo y Morelos en 1810, y que se va desencantando a lo largo del siglo XIX hasta llegar a nuestros días, después de abreviar en los valores surgidos de la Revolución de 1910.

¹⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP Celestino. *Evolución legislativa penal en México*. Editorial Jurídica Mexicana. 1965.

Como producto de esta evolución histórica, el desarrollo de las instituciones políticas y jurídicas nacionales se encuentran indisolublemente unidas a las vivencias del pueblo mexicano. La historia constitucional no es ajena a este proceso evolutivo. De hecho es el resultado de las luchas que han definido el perfil de México que ahora somos.

El Código Almaraz, comenzó los trabajos redactores en 1925, fue el presidente Portes Gil quien lo expidió, y en uso de las facultades que le otorgó el Congreso de la Unión, el treinta de septiembre de 1929 entró en vigor, compuesto de 1233 artículos, con graves deficiencias de redacción y estructura, constantes reenvíos, duplicidad de conceptos y hasta contradicciones flagrantes; en gran parte inspirados por el proyecto del Estado de Veracruz.

Aunque la comisión redactora declaró inspirarse en la escuela positiva, el delito siguió siendo considerado un hecho objetivo; estableció los grados del delito y de la responsabilidad, catalogó atenuantes y agravantes y a pesar de que dio la facultad a los jueces de señalar otras nuevas o valorar las legales, el arbitrio judicial fue muy limitado, se estableció la prisión celular y, como novedades; sustituye a la responsabilidad con la social como fundamento de la pena cuando se trataba de enfermos mentales; suprimió la pena de muerte; estableció la multa basada en la “utilidad diaria” del delincuente; la condena condicional; la reparación del daño exigible de oficio; así como las granjas escuelas y navíos escuelas, que no se realizaron por causa de la pobreza del erario; también estableció el criterio de la *peligrosidad* para individualizar la pena.¹⁷

Más tarde se publica el Código de 1931. Por lo desafortunado del código de 1929, el propio licenciado Portes Gil designó una comisión revisora

¹⁷ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Edit. Porrúa. pp. 163-164.

que redactó un nuevo Código Penal, bajo la presidencia de comisión del licenciado Alfonso Teja Zabre.

Promulgado el 13 de agosto de 1931 por decreto del Presidente Ortiz Rubio, constaba antes de las profusas reformas que ha sufrido, de 404 artículos de tendencia ecléctica y pragmática. Considera que el delito tiene causas múltiples, como resultado de fuerzas antisociales; a la pena como un mal necesario que se justifica por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada y, fundamentalmente para conservar el orden social.

Mantiene abolida la pena de muerte e introduce como novedades la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de el establecimiento de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones, además fija reglas adecuadas para el uso de dicho arbitrio, reglas que apuntan en la justicia penal una orientación antropológica. Perfecciona a su vez la condena condicional, la tentativa, el encubrimiento, la participación delictiva, algunas excluyentes y se dio carácter de pena pública a la multa y la reparación del daño.

Se ha incorporado a la ley positiva, las máximas o fórmulas de: “no hay delito sin conducta”; “no hay delito sin ley” (tipicidad) y “no hay delito sin injuria”, dicho esto último por Bettiol¹⁸.

De esta individualización surge una máxima de validez universal que debe ser satisfecha, al igual que las otras, para que pueda existir el delito: “no hay delito sin culpabilidad”.

¹⁸ BETTIOL al sistematizar su obra *Derecho Penal* hace uso de la máximas penales en estos términos: *nullum crimen sine actione*, *nullum crimen sine iniuria* y *nullum crimen sine culpa*. Parte segunda “El delito” capítulo II. pp. 121-125

Tiempo después se elaboraron los Anteproyectos de 1949 y 1963. Sin embargo, a causa de las muchas reformas que por su número e importancia han causado la pérdida de la unidad y estilo legislativo del Código de 1931; el gobierno de la República designó una comisión redactora que durante más de un año preparó un proyecto de Código Penal. La comisión tuvo como presidente al doctor Luis Garrido y estuvo formada además por los licenciados Celestino Porte Petit, Francisco Argüelles, Gilberto Suárez Arvisu y el doctor Raúl Carrancá y Trujillo. El anteproyecto se publicó en 1949 y lo aprobó la Secretaría de Gobernación, pero no fue enviado por el Ejecutivo a las Cámaras para su discusión.

El anteproyecto de 1963, fue consecuencia del II Congreso Nacional de Procuradores, en el que se concluyó, entre otros puntos, que era recomendable la uniformidad de las leyes penales del país para lo que se recomendaba la creación de un Código Penal Tipo, pero los 365 artículos de este anteproyecto, por responder a propósitos más interesados e inmediatos que político-criminales y científicos; peca, según el doctor Carrancá y Trujillo, *“de precipitación en su factura y de desajuste en su articulación, así como de desacierto general, en sus innovaciones”*.

CAPÍTULO 3.

TEORÍA DEL DELITO.

3.1. DIVERSAS DEFINICIONES SOBRE EL DELITO.

El delito, a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración *jurídica*, objetiva o subjetiva la cual encuentra sus fundamentos en las relaciones surgidas entre el *hecho humano* contrario al orden ético-social y su estimación legislativa.

Para Franz Von Liszt el delito *"es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena"*.

Ernesto Von Belign lo define como *"la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad"*.

Los clásicos elaboraron dentro de la Escuela Clásica, varias definiciones del delito.

Para Carrara el delito no es un "hecho" sino un "ente jurídico", esto es, una infracción a la ley penal, una contradicción entre la conducta y la ley. Carrara con su concepto de "ente jurídico", distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos más importantes. Lo consideró como *"la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"*.

Es oportuno destacar de esta definición, que el delito es una *violación a la ley*, dictada precisamente por el Estado, separando la esfera de lo

jurídico de aquellas pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre precisando su naturaleza penal, pues esta ley se dicta considerando la *seguridad de los ciudadanos*.

Rafael Garófalo lo define como *"la violación o lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad"*.

Edmundo Mezger lo considera una *"acción típicamente antijurídica y culpable"*.

Claus Roxin precisa la existencia en la dogmática del Derecho Penal de un acuerdo en lo relativo a que toda conducta punible *"supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad"*.

Para llegar a la concepción moderna de las estructuras fundamentales del delito, llamadas comúnmente *elementos* del mismo, hubo que pasar largo período, en el que poco a poco destacados juristas alemanes aportaron valiosas contribuciones.

Así, el concepto de *acción* aparece en el Manual de Berner (1857); la aceptación de la *antijuridicidad objetiva*, surge con independencia de la culpabilidad en los estudios de Von Ihering llamado *"El momento de la culpabilidad en el Derecho Privado romano"*. Posteriormente surgen la *Teoría del delito* de Ernst Beling en 1906 y en 1930 surge la *"Estructura del concepto de culpabilidad"*.

La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz V. Liszt y Ernst Beling, de Max Ernst Mayer y Edmund Mezger, así como de Hans Welzel, el fundador de la teoría final de la acción.

Por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: "*Delito es el acto típicamente antinjurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*". en forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

En la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito: *la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.*

Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos los elementos esenciales del delito; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos.

Por tanto en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay *conducta*; luego verificar su amoldamiento al tipo legal *tipicidad*; después constatar si dicha conducta típica está protegida por un justificante y en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la *antijuridicidad para* en seguida investigar la presencia de capacidad intelectual y volitiva del agente *la imputabilidad*, y finalmente indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obro con *culpabilidad*.¹⁹

¹⁹ CASTELLANOS TENA Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. p. 133

Cabe advertir que la *imputabilidad* es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo. En el delito se observa una rebeldía del hombre contra el Derecho legislado; esta oposición presenta dos aspectos: el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva es llamada antijuridicidad, porque el hecho en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico positivo.

La punibilidad, es el merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, ya que la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento.

Para Rodolfo Monarque Ureña el delito se compone exclusivamente de los siguientes elementos: *Conducta típica, antijurídica y culpable*. Según su criterio sostiene que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y las condiciones objetivas de la punibilidad son elementos del delito, sino consecuencias del mismo.

La moderna doctrina jurídico-penal establece que a cada elemento del delito corresponde un aspecto negativo, el cual impide su integración.

3.2. CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO.

En algunos Códigos se ha pretendido dar una definición de delito como en el del Distrito Federal²⁰, el cual señala: *acto u omisión que sancionan las leyes penales* (artículo 7). Tal concepto es puramente formal cuando se caracteriza por la amenaza de sanción a ciertos actos u omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos.

²⁰ Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

En efecto, el artículo 7 precisa el acto u omisión como formas de expresión de la *conducta* humana, a la que en ocasiones se viene a sumar aquella mutación del mundo físico en que consiste el *resultado*, integrando así *un hecho*.

De éste se desprende que el delito es *la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible*.

Aunque varía según la particular concepción del delito, si se habla de un criterio pentatómico, se considera que sus elementos integrantes son: *a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad y e) la punibilidad.*²¹

3.3. SUJETOS DEL DELITO.

3.3.1. Sujeto activo. Sólo el hombre es *sujeto activo* del delito, porque él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal.

Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo *autor material* del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor).

²¹ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano.El número de "elementos varía según la particular concepción del delito, así se puede decir que es bitómica, tritómica, "tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, en razón del número de los elementos que lo conforman de acuerdo con el criterio de sus autores..... p.189.

El criterio expuesto que ve a la persona humana como único sujeto activo del delito e invoca en su apoyo los principios de imputabilidad y de personalidad de la pena. En consecuencia, sigue teniendo valor el criterio que limita la responsabilidad de las personas morales al campo del Derecho privado y fundamentalmente al aspecto patrimonial en orden a la inaplicación por cuanto a ellas respecta, del concepto de *imputabilidad*. La persona moral no delinque.

3.3.2. Sujeto pasivo.

Se conoce por tal, al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.²²

El *ofendido* es la persona que resiente el daño. Es un elemento que se conoce generalmente con el nombre de víctima de la infracción. Sin embargo, esta expresión de sujeto pasivo del delito admite dos significados: uno genérico muy amplio y otro más concreto y preciso. Toda infracción ofende a la sociedad y le ocasiona un daño; pero de manera concreta es sujeto pasivo del delito, el titular del derecho o del bien jurídico lesionado.

Atendiendo al sujeto pasivo, los delitos se clasifican en:

- a) Personales, cuando la lesión recae sobre una persona física y;
- b) *Impersonales*, cuando dicha lesión recae sobre una persona moral o el Estado o la sociedad en general.

Según la doctrina, existe una clasificación del delito en cuanto al sujeto.

²² CUELLO CALÓN Eugenio. *Derecho Penal*, Decimosegunda edición p.315.

	ACTIVO.
A) EN CUANTO A LA CALIDAD	<p>a) delitos de sujeto común o indiferente. Permite su comisión por cualquier persona. La ley no destaca algún carácter.</p> <p>b) delitos propios, particulares, especiales o exclusivos. Se exige la concurrencia en el sujeto, de una determinada cualidad o relación personal, de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden realizarlo.</p>
B) EN CUANTO A LAS CONDICIONES DEL SUJETO ACTIVO	<p>a) delitos ocasionales cometidos por sujetos de personalidad normal y equilibrada en los cuales se ha superado la dificultad de cometer el delito.</p> <p>b) delitos de hábito. Cometidos por personas en las cuales se han atenuado las dificultades para cometer el delito y por ello se inclinan a repetirlo.</p>
C) EN CUANTO AL NÚMERO DE SUJETOS ACTIVOS	<p>a) Individual o monosubjetivo. Realizados por una sola persona.</p> <p>b) Plurisubjetivo, colectivo, o de concurso necesario. Los cuales según el modelo legal sólo pueden realizarse con el concurso necesario de varios sujetos.</p>
	P A S I V O .
A) DELITOS PERSONALES.	Cuando la lesión recae sobre una persona física.
B) DELITOS IMPERSONALES	Cuando dicha lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general.

3.4. EL OBJETO.

La doctrina distingue entre *objeto jurídico* y *objeto material*.

El primero es "*el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción*". Puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico.

El *objeto material* es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva.

3.5. EL HECHO COMO DELITO Y COMO ELEMENTO DEL DELITO.

El delito es un fenómeno fáctico jurídico que tiene realización en el mundo social.

Pannain nos refiere que, "*es un hecho jurídico que se encuentra comprendido dentro de la categoría de los hechos jurídicos realizables en el mundo exterior*".²³

Jiménez de Asúa prefiere la expresión *acto*, ya que considera conveniente no hablar de hecho, en virtud de que resulta éste demasiado genérico.

Desde el punto de vista lógico, antes de un resultado concreto se da un proceder humano, sea éste positivo o negativo. A tal proceder se suma en algunos casos un resultado que en nexo causal viene a configurar el hecho, el cual al encuadrar en la hipótesis legal, se dice resulta típico, por tanto; primero existe la conducta o el hecho y después la tipicidad, por último determinar la

integración del delito mediante la suma de la punibilidad a los caracteres anteriores.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO.	
INSTANTÁNEOS.	Aquellos que se consuman en un momento. Se agotan en una fracción de tiempo.
INSTANTÁNEOS CON EFECTOS PERMANENTES.	Son aquellos en los cuales permanecen las consecuencia nocivas.
PERMANENTES.	También denominado continuo o sucesivo. Por sus características se le puede prolongar en el tiempo. Es decir, cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación.
NECESARIAMENTE PERMANENTES.	Es aquél que requiere para su existencia un resultado antijurídico permanente.
EVENTUALMENTE PERMANENTES.	Sucede cuando no se requiere la permanencia de la consumación, pero ésta puede darse en forma eventual.
ALTERNATIVAMENTE PERMANENTES.	Diversos autores niegan existencia a esta clase de delitos, ya que éstos son por su naturaleza instantáneos y en forma eventual permanente o necesariamente permanentes.
FORMALES.	En el delito formal, se agota el tipo penal en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo.
MATERIALES.	De resultado o materiales. En los delitos de resultado, el tipo exige, además del movimiento corporal del agente, un resultado externo.
DE LESIÓN.	Son aquellos los que consumados, causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada.
DE PELIGRO.	Aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean una situación de peligro, o sea un resultado perjudicial.

Así, partiendo de la terminología aceptada y teniendo al hecho como género en los delitos que requieren, con relación al tipo un resultado material, estimamos elementos del mismo como son: *la conducta, el resultado y el nexo de causalidad*, existente entre el primero y el segundo.

La conducta como género, cuando por sí integra el elemento del delito.

3.6. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
Conducta	Ausencia de conducta o de hecho.
Tipicidad	Atipicidad.
Antijuricidad	Causas de justificación.
Punibilidad	Excusas absolutorias.
Culpabilidad	Inculpabilidad.

3.7. CONCEPTO DE CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL HECHO.

El término genérico, como elemento del hecho, es *la conducta*, se entiende tanto de la acción como de la omisión, las cuales constituyen sus formas de expresión.

Para el maestro Francisco Pavón Vasconcelos la acción es "*el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria para la consecución de un fin, pero a este concepto no se alude el resultado de dicha forma de conducta ya que no forma parte de la acción, sino que es parte del hecho estimado como elemento objetivo del delito*".²⁴

²⁴ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Decimosexta Edición. Edit. Porrúa.2002. pp. 226,227.

Con referencia a la acción en sentido estricto, el maestro Cuello Calón, afirma que consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un determinado, constituida por actos *voluntarios*.

Para Mezger, la acción se encuentra con tres elementos: "*un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer*".

3.8. FORMAS DE CONDUCTA.

3.8.1. La acción. Consiste en la conducta positiva, expresada mediante "*un hacer, una inactividad, un movimiento corporal voluntario con una finalidad específica que viola una norma prohibitiva*".

3.8.2. Elementos de la Acción. Generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado.²⁵

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: *un acto de voluntad y una actividad corporal*. Para Mezger la acción se encuentra con tres elementos: *un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer*.

Para Porte Petit como ya mencionamos en líneas que anteceden, nos habla de *conducta* o *hecho*; ya que para él, la primera no incluye un resultado material, con respecto al segundo, abarca tanto a la propia conducta

²⁵ "*Importancia de la Dogmática Jurídica Penal*". p. 34

como al resultado y al nexo de causalidad, cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior.²⁶

3.8.3. La omisión. Al igual que en la acción, existe un elemento psicológico en la omisión que es *"una conducta negativa, una inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal, una omisión propia, es un no hacer esperado exigido y esperado por el mandato de obrar y voluntad de omitir el deber de actuar, ya sea de forma dolosa o culposa"*.

3.8.4. La omisión impropia también denominada comisión por omisión. Existe la omisión impropia, también denominada comisión por omisión en donde *"se encuentra la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material"*.

Señalamos como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, las siguientes:

- a) en la omisión simple se viola únicamente una *norma preceptiva penal*, en tanto que en los delitos de comisión por omisión, se violan una *norma preceptiva penal* o de otra rama del;
- b) en los delitos de omisión simple sólo se da un resultado *jurídico*, en los elementos de comisión por omisión, se produce un resultado tanto *jurídico* como *material*, y;
- c) en la omisión simple la omisión es la que integra el delito, mientras que en la comisión por omisión, es el resultado material lo que configura el tipo punible.

²⁶ *Tratado de Derecho Penal. p. 79*

3.9 EL RESULTADO. El resultado, en su más amplia acepción, consiste en el obrar u omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo natural. Es decir, se identifica el resultado con un acontecimiento o suceso, comprendiéndose en él tanto el actuar, positivo o negativo como los efectos producidos.

Maggiore afirma que el resultado *"es el efecto del acto voluntario en el mundo exterior"*, o mejor dicho, *"es la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa"*.

El resultado en su más amplia acepción, consiste en el obrar u omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo naturalístico, se identifica el resultado con un acontecimiento o suceso, comprendiéndose en él tanto el actuar positivo o negativo, como los efectos producidos.

Con lo anterior se precisa que el resultado es un efecto de la conducta, pero no todo efecto de está tiene tal carácter, sino sólo aquél o aquellos relevantes para el Derecho por cuanto éste recoge dentro del tipo penal.

Por último en relación a este punto, diremos, que el resultado es la *consecuencia* de la conducta y por lo tanto *un elemento del hecho*, cuando el resultado trae consigo un mudamiento de naturaleza material.

3.10 EL NEXO DE CAUSALIDAD.

El hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causalidad. La ausencia de cualquiera de dichos elementos impide el nacimiento del hecho, resultando indispensable el nexo causal para poder atribuir un resultado a la conducta de un hombre.

La distinción hecha entre resultado *jurídico* y resultado material nos lleva a precisar en primer término que sólo es propio hablar de *nexo causal* en relación a aquellas conductas productoras de un resultado *material*.

Es decir, un concepto que supone una referencia, sobre una conexión entre dos procesos; entre "la causa" por un lado y "el efecto" por el otro.

En el Derecho Penal el nexo causal es la relación existente entre la conducta y el resultado, mediante el cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como a su causa.

Maggiore manifiesta que en el concepto de acción se sugiere la idea de una relación existente entre la conducta (positiva o negativa) y el resultado, puesto que por aquella se entiende un hacer o un no hacer que producen un cambio en el mundo exterior.

Para Jiménez de Asúa, el resultado sólo puede ser incriminado si existe un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido. Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto (*conditio sine qua non*).

3.11 TEORÍAS MÁS IMPORTANTES SOBRE LA CAUSALIDAD SEGÚN LA DOCTRINA.

3.11.1 Teoría de la Equivalencia de Condiciones.

Esta teoría creada por V. Buri, se conoce como teoría *conditio sine qua non* (*condición*), la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y por tanto, causa de éste. Esta teoría tuvo y tiene una importancia relevante, ya que los llamados correctivos de

la *culpabilidad* que son las consecuencias de la teoría para aclarar la responsabilidad mediante el dolo y la culpa, con lo cual dicha responsabilidad queda circunscrita a sus justos límites; y la *prohibición del retroceso* que pretende que ante la actuación dolosa de un tercero se prohíba el retroceso en la sucesión de condiciones causales.

3.11.2 Teoría de la última condición o de la causa próxima.

Para esta teoría, del conjunto de condiciones recurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir, la más próxima al resultado. Desecha, por tanto, el valor causal de las demás condiciones “mediatas”, para otorgarle el título de causa únicamente a la inmediata.

3.11.3 Teoría de la Condición más eficaz. Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia preponderante. Esta teoría se caracteriza por ser individualizadora y subjetiva, y si bien las condiciones para ella que constituyen antecedentes del resultado son necesarias para su producción, constituyen entre todas ellas, la más eficaz porque es la que mayor potencia impuso en la realización de ese resultado.

3.11.4 Teoría de la adecuación. Esta teoría limita los alcances de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, ya que contrariamente a la teoría de la condición conduce a excesivas absoluciones; confunde el problema de la causalidad con el de la culpabilidad ya que cae en contradicciones al querer determinar la previsibilidad.

3.12. LUGAR Y TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO.

La importancia de precisar el lugar y el tiempo de comisión del delito es relevante para la solución de diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley penal en los ámbitos *espacial* y *temporal*. Sólo así puede

saberse cuando la conducta o el hecho han tenido lugar en el territorio de aplicación de la ley, dando nacimiento a la competencia de los tribunales locales, o cuando la propia conducta o hechos típicos son o no punibles o deben calificarse de antijurídicos o culpables.

En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado; el tiempo que media entre el hacer o no hacer humanos y ese resultado es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes.

En ocasiones, sin embargo, la conducta y el resultado no coinciden respecto a lugar y tiempo y es entonces cuando nos encontramos con los llamados *delitos a distancia*, que dan lugar no sólo a problemas de aplicación de la ley penal en función de dos o más países soberanos, sino también dentro del Derecho interno, a cuestiones sobre la determinación de la legislación aplicable, atento al sistema federal mexicano.²⁷

3.13. AUSENCIA DE CONDUCTA O DE HECHO.

Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias.

Por tanto, insistimos que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien, en una inactividad, una abstención, un no hacer; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen una íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no verificar la actividad esperada.

Es entonces, la ausencia de la conducta uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por

²⁷ CASTELLANOS TENA Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. p. 160

ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

La moderna dogmática del delito precisa como casos de ausencia de la conducta las siguientes:

- *Vis absoluta*. Se entiende cuando existe una fuerza exterior irresistible proveniente de un ser humano, que hace que el sujeto realice o se abstenga de realizar movimientos corporales sin su voluntad. Por ejemplo: en un elevado puente, A empuja a B, y éste a su vez por el impulso golpea a C quien cae al precipicio y muere. Cuando el juez analice cada uno de los elementos del delito, determinará que existe ausencia de conducta por una fuerza exterior irresistible proveniente de un ser humano.
- *Vis mayor*. Cuando se habla de ausencia de conducta por *vis mayor*, entendemos que existe una fuerza proveniente de la naturaleza. Por ejemplo: al ir conduciendo X un automóvil, ocurre un terremoto que hace que golpee el carro de Y dañándolo. Igualmente en este caso, hay ausencia de conducta, ya que no existió voluntad en X de realizar movimientos que dañaran al automóvil de Y.
- *Movimientos reflejos*. Son causa de ausencia de conducta, porque al igual que en las anteriores, tampoco participa la voluntad del sujeto. Sin embargo, se ha considerado la posibilidad de culpabilidad del sujeto; los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

- b) El sueño. En relación con el sueño según las investigaciones y la opinión de autores se han inclinado por catalogarlo como un aspecto negativo de la imputabilidad, algunos autores consideran más certero clasificarlo como ausencia de conducta. Se dice que en este estado se dará la voluntad del sujeto por estar dormido, no tiene dominio sobre sí mismo, el sueño es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como de la temperatura del cuerpo, pero se llega a la determinación que el sueño es una ausencia de conducta.
- c) El hipnotismo. Es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales, y encontramos en el hipnotismo, varias hipótesis sobre la voluntariedad del sujeto para realizar una conducta delictiva.
- d) El Sonambulismo. El sonambulismo es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo, algunos autores consideran al sonambulismo dentro de las causas de inimputabilidad, sin embargo, se consideran dentro de las causas de ausencia de conducta por no existir voluntad del sujeto.
- e) Los actos reflejos. Son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada por un estímulo fisiológico corporal, sin la intervención de la conciencia, que pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento.

3.14. TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. En la descripción legal de un delito, la figura delictiva creada por el Estado a través de una norma jurídica o ley, es la descripción del comportamiento antijurídico. Para que exista el delito no sólo debe existir una conducta, sino que, además esa conducta deber ser típica, antijurídica y culpable.

Sin embargo, no debe confundirse tipo con la tipicidad, el primero, es el antecedente necesario del delito, es decir su *presupuesto*, mientras que la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, es el comportamiento que coincide con el escrito del legislador, es en suma, la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Los tipos suelen construirse por elementos objetivos, subjetivos, y normativos; sin embargo los tipos a veces sólo revisten de referencias de índole temporal, espacial, de ocasión y personal. Además, el tipo contiene un sujeto activo, sujeto pasivo y objeto del delito.

3.14.1. Elementos objetivos. Son aquellos susceptibles de ser apreciados mediante la simple actividad cognoscitiva, cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.²⁸

²⁸ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. Décimosexta Edición. 2002. pp. 312,313.

Estos elementos son el indicador de hacer o no hacer, implica un verbo; por ejemplo, privar, obtener, etc.

3.14.2. Elementos subjetivos Estos están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita.

Los procesos subjetivos son los que hacen ilícita una acción y son diversos de los que interesan a la culpabilidad. Es decir, son características propias de la antijuridicidad, pero no son características de la culpabilidad.

3.14.3. Elementos normativos. Estos elementos implican un juicio de valor. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo al contenido *iuris* del elemento normativo.

Al decir de Mezger son presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho.

La ley es la única fuente de delitos y de penas (*nullum crimen, nulla poena sine lex scripta*): El principio se concreta como monopolio normativo a cargo del poder legislativo, es decir, la creación de delitos y de penas es monopolio exclusivo del parlamento. En ese contexto, debe entenderse por ley a la ley formal y no material (la ley material puede provenir de cualquier instancia de poder, incluso administrativo o ejecutivo).

Principio de determinación o de tipicidad (*nullum crimen, nulla poena sine lex certa*): Este principio busca concretar la certeza a la que tiende el penalismo liberal y tiene relación con el principio de reserva consagrado por el artículo 16 de la Carta Magna.

Principio de prohibición de retro-actividad (*nullum crimen, nulla poena sine lex praevia*): Indispensable complemento de la tipicidad es la prohibición de retro-actividad con la cual aparece unido el principio de legalidad. La prohibición resulta de la exigencia de la ley anterior al hecho del proceso, contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Principio de interdicción de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sino lege stricta*): Este principio también se vincula con el de tipicidad, indicando la interdicción de la analogía como fuente de delitos y penas, es decir, supone el imperio riguroso de la ley estricta. Debe quedar claro que lo que se prohíbe es el procedimiento analógico como instrumento creador de delitos y de penas en manos del juez.

Podemos concluir que es la característica que tiene la conducta en virtud de poder ser encuadrada en el tipo penal, a través del juicio de tipicidad, que significa la posibilidad de comprobar que reúne esos requisitos objetivos y se enmarca en los mismos.

3.14.4. Ausencia de Tipicidad.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de ésta, es un impeditivo de la integración del delito, supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho.

Hay atipicidad, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Por tanto, *Atipicidad*, es ausencia de la adecuación típica.

Se originan hipótesis de atipicidad cuando:

- La falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- La falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto pasivo;
- Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste, no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo.
- Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y
- Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

3.15. ANTIJURIDICIDAD.

La doctrina se encuentra acorde en considerar a la objetividad del injusto como un juicio de valor acerca de la relación entre el hecho y la norma de Derecho lesionada.

Algunos autores, siguiendo un criterio que atiende a la ley, argumentan, que se tendrá por antijurídica una conducta adecuada al tipo *cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación.*

Es decir, la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.²⁹

Muñoz Conde expresa que la antijuridicidad es un juicio valorativo, de carácter negativo sobre el comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

²⁹ JIMÉNEZ HUERTA Mariano. *La Antijuridicidad*. Imprenta Universitaria, México de 1952. p.11

Este autor aduce literalmente: "*para la justificación de una acción no es suficiente que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso además que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado*".

Arturo Rocco sostiene que la antijuridicidad constituye la *nota esencial* del delito, pues por su naturaleza éste, es un "*ilícito penal*"; sin lo antijurídico el delito no existe, posición que excluye la posibilidad de considerar al injusto como un elemento constitutivo de aquél.

Welzel es contundente al afirmar el carácter *objetivo* de la antijuridicidad, por cuanto recae sobre la conducta o el hecho en relación al orden social jurídico y con base a una escala general.

Por tanto haciendo a un lado la voluntad humana, la posibilidad de valorar la conducta (acción y omisión) o el hecho (conducta-resultado) es en virtud de su contradicción con el orden jurídico.

Bettioli estima que la antijuridicidad es una valoración hecha por el juez respecto al carácter lesivo del comportamiento humano, poniendo en relación el hecho y su valor, lo cual implica la adopción de un criterio rigurosamente objetivo.

Ahora bien, los *subjetivistas* parten de la teoría de los imperativos que, como es sabido tiene un origen kantiano. El derecho se concibe como una voluntad que como fuerza psicológica actúa sobre la voluntad misma del sujeto, que por lo tanto, está obligado a no quebrantar el orden estructural de la ley.

Por tanto, el núcleo de todo el orden jurídico está constituido por la obligación.

3.15.1. Antijuridicidad formal y la Antijuridicidad material.

Para Franz Von Liszt, a quien se debe la estructura dualista de la antijuridicidad, establece una diferencia entre lo antijurídico formal y material. Para él, la acción es contraria a Derecho, desde un punto de vista formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad (antisocial).

Para este autor alemán, la lesión o riesgo de un bien jurídico, sólo será materialmente contraria a Derecho cuando esté en contradicción con los fines del ordenamiento jurídico que regula la vida en común.

Para el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, lo *antijurídico* es un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

3.15.2. Las causas de justificación.

Las causas de justificación se han estimado vinculadas con el concepto mismo de la antijuridicidad al ser consideradas en su aspecto negativo. Las causas de justificación y desde un punto de vista objetivo son permisiones legales que vulneran normas ya prohibitivas o bien permisivas, que contienen mandatos de hacer, por cuanto éstas quedan paralizadas o neutralizadas a virtud de que quien lesiona un bien jurídico, amparado en una causa de justificación, no realiza en su caso particular una acción prohibida: *lo que está permitido no está al mismo tiempo prohibido*.

Las presunciones de legítima defensa tienen su origen en tiempos remotos, concretamente en Las Partidas, debido a la inseguridad reinante en campos y ciudades.

a). Legítima defensa. Es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho. De la noción legal como elementos de la legítima defensa se desprende: la existencia de una agresión; un peligro de daño, derivado de ésta; y, una defensa, es decir, un rechazo de la agresión o contraataque para repelerla.

Dicha agresión, para dar nacimiento a la justificante debe ser real, actual o inminente. El peligro o probabilidad de daño debe recaer en cualquier clase de bienes protegidos por el derecho, tanto del que se defiende como de un tercero a quien se defiende.

Ahora bien, la legítima defensa es inexistente:

- Cuando la agresión no reúna los requisitos legales señalados en el párrafo anterior.
- Cuando la agresión no haga surgir un peligro inminente para los bienes protegidos.
- Cuando el agredido haya provocado dolosamente la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.

Por su parte Enrique Ferri aduce, como caso más frecuente de colisión jurídica, el que responde precisamente al instinto de conservación de la persona, que es la *legítima defensa*, que proviene del instinto de defensa-ofensa y que es un impulso natural e irresistible.

El Derecho Penal moderno reconoce la impunidad de quien obra en legítima defensa de bienes jurídicos, pues a pesar del daño causado su proceder se justifica en atención a la existencia de la agresión injusta con lo cual se impide la integración de la antijuridicidad del hecho.

b). Estado de necesidad. Es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Algunas leyes romanas, como la *Aquilea* y la *Rodia de jactu*, se refirieron a estados de necesidad, autorizando por ejemplo, los daños a la casa vecina como medio para salvar la propia, así como la pérdida de la mercadería, mediante su abandono en el mar cuando se trataba de evitar el naufragio del barco.

Las Partidas en sus libros 12 y 8 Títulos 15 y 27, respectivamente, recogieron dos casos de estado de necesidad, el primero, el que autorizaba a destruir la casa del vecino para evitar la propagación del fuego que amenazaba a destruir la casa propia. Y el segundo, el apoderamiento de lo necesario, sin mandato del dueño, para calmar el hambre, situación también recogida en el artículo 166 de la Constitución Criminal de La Carolina (1532).

Sin embargo, Carrara ya había intuido la fundamental diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, pues mientras la primera se caracteriza por ser una “reacción” (defensa), la segunda constituye una “acción” que implica *ataque* a bienes jurídicos.

Existe otra diferencia entre ambas justificantes, ésta se establece respecto a la naturaleza del conflicto, es decir, en el estado de necesidad surge de *intereses legítimos*, esto es, entre bienes tutelados por la ley, en tanto en la

legítima defensa, frente al bien jurídico amenazado y cuya conservación hace necesaria la repulsa, sólo existe el interés ilegítimo del agresor.

Jiménez de Asúa precisa también que para integrar el estado de necesidad, la *proporcionalidad* que debe existir entre el daño causado y el valor del bien salvado; esto para no entrar en un *exceso en el estado de necesidad*. Este exceso supone el peligro, pero también la causación de un daño mayor al indispensable, el cual puede originarse en una actitud *dolosa* o simplemente *culposa* del agente a virtud de su falta de previsión.

En el caso del cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, toda conducta o hecho tipificados en la ley, constituyen situaciones prohibidas, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), más cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal, según se ha venido reconociendo desde el Derecho romano hasta nuestros días.

Lo expresado demuestra que los deberes, cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad pueden derivar:

- a) De una *norma jurídica*. Pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber jurídico.
- b) De una *orden de autoridad*, debiendo entenderse por tal la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado.

c). Cumplimiento de un deber. Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen situaciones prohibidas, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), más cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, adquieren carácter de licitud.

Dentro de la noción de “cumplimiento de un deber” se comprende por ello tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas, no actúa antijurídicamente el que por razón de su situación oficial o de servicio, está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la licitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.³⁰

d). Ejercicio de un derecho, como causa de justificación se origina el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado; es decir, debe siempre supeditarse a los procedimientos legales o si queda amparado en la causa de justificación el empleo de las *vías de hecho*.

O bien, de una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente; es decir, la autorización concedida legalmente excluye la antijuridicidad de la conducta o el hecho.

El ejercicio legítimo de un derecho, hace preciso, en primer término, la existencia del derecho, dándose éste cuando el orden jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos; y en segundo lugar, que el derecho se ejercite legítimamente, lo cual significa que su ejercicio debe llevarse a cabo en las circunstancias y de la manera que la ley señala.

³⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO. *Derecho Penal Mexicano*. 3ª. Edición 1950, p.100

Bajo este contexto, la ley penal encontró ciertos límites en la justificación, por ejemplo, el llamado **derecho de corrección**.

Mezger opina que, el que tiene el deber de educar, no puede hacerlo a su capricho.

Nuestro Código Penal Federal³¹, en su artículo 295, expresa lo siguiente: "*Al que ejerciendo la patria potestad o tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos*".

e). Impedimento legítimo, el origen de la excluyente aludida es antiguo y encontramos referencia a ella en el Digesto (*de regulis juris 185*), cuya esencia se sintetiza en la fórmula *Impussibilium nulla obligatio est*.

Esta excluyente se refiere exclusivamente a *conductas* omisivas, pues sólo las normas preceptivas, cuya violación o incumplimiento constituyen delitos, imponen *deberes jurídicos de obrar o hacer*.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo afirma que la mencionada causa de justificación se refiere sólo a omisiones nunca a actos, y agrega que tales omisiones han de reconocer una causa legítima.

Esta causa de justificación cuando no se ejecuta lo que la ley ordena, es porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito; lo exime a no dudarlo de responsabilidad la legitimación misma que motivó su inacción.

³¹ Compilación de Amparo y Penal Federal. *Editorial Juárez Carro. 2008*. pp. 191-192

f) Obediencia debida. la obediencia jerárquica constituye una *causa de inculpabilidad*. Algunos autores la colocan cuando la obligación del acatamiento del mandato, con independencia del conocimiento de su ilicitud, deriva de la propia ley y como hipótesis de obediencia, las siguientes:

3.16. PUNIBILIDAD.

Desde el punto de vista *formal*, el concepto del delito puede reducirse a la *conducta punible*, por tanto puede decirse que *"Es la amenaza de pena que "el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas "jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"*.

La afirmación de que el delito es punible, surge de la afirmación de que se trata precisamente de un hecho ilícito, pero la coercibilidad que da lugar al delito no siempre opera, porque hay una problemática que le es propia y que ocasionalmente impide su operatividad.

Zaffaroni lo expresa gráficamente de la siguiente manera:³²

Una conducta es punible	Digna de pena	Por ser típica, antijurídica y culpable (delito).
La pena (coerción penal)	De que es digno todo delito	A veces no se aplica por razones que corresponde estudiar a la misma teoría de la coerción penal, y que nada tienen que ver con la existencia misma del delito.

Al definir el delito expresamos que un concepto sustancial del mismo, sólo puede obtenerse dogmáticamente del total ordenamiento jurídico y de éste se desprende que por tal, debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

³² ZAFFARONI Raúl. *Teoría del delito*. Ediar Editores. 1973. p. 125

La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal que pueden o no presentarse.

En consecuencia, entendemos por punibilidad, *"la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"*.

Von Liszt, al definir el delito, lo estima un *"acto culpable, contrario al Derecho y sancionado con una pena"*. Para Cuello Calón el delito es fundamentalmente *acción punible*, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél.

Bettioli se refiere al delito como al hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, expresando que la punibilidad es una nota genérica de todo delito, dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo.

En contrario, opina Sebastián Soler, quien excluye a la punibilidad de sus rasgos esenciales. Para el autor argentino, el delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta.

El penalista mexicano Fernando Castellanos, sostiene igual punto de vista. Expresa que la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena.

Sabemos que el ordenamiento jurídico, integrante del Derecho Penal, se forma con distintas clases de normas: unas describen conductas o hechos a los cuales se asocia la amenaza de una sanción penal (pena), mientras que otras establecen prevenciones generales tendientes a la aplicación o inaplicación de las primeras.

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, y para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles. Y para otros constituyen un autentico elemento del delito.

3.16.1. Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias).

Las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas *excusas absolutorias*, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

Son aquellas que eliminan la punibilidad del delito; existen *excusas en razón de los móviles afectivos revelados*, por ejemplo, el delito de encubrimiento entre parientes y personas vinculadas afectivamente, no es sancionable.

Existen también *excusas en razón de la maternidad consciente*, es decir, en la mayoría de las legislaciones del país, no es punible el aborto, cuando el resultado sea producto de una violación.

CAPÍTULO 4.

LA CULPABILIDAD.

4.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad ha sido considerada, a través del tiempo, de diversas maneras. En las épocas antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente *objetivo*, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad.

Posteriormente además de reprimir y castigar el hecho, fundamentalmente para fincar la responsabilidad, un elemento psicológico relacionante del daño con su autor, se castigó con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

En el primitivo del Derecho punitivo, fundado en el principio de la venganza, la ley de Talió y la composición, fue del todo desconocida la exigencia de la culpabilidad para la sanción de los hechos considerados ilícitos.

En la Monarquía, se hace la distinción entre delitos públicos "Crimina Pública", que son aquellos en los que se vulneraban el orden público, y los delitos privados llamados "delicia privata" que eran castigados por el pater familiae. En las penas públicas se aplicaba el "suplicium", que significaba la ejecución de los culpables, y la pena damnum, es decir, el pago de dinero.

En la República, por el incremento de los delitos públicos aparece la "provocatio ad populum" que era un recurso procesal por el cual el condenado a muerte podría lograr que la sentencia del magistrado fuese sometida a juicio del pueblo, es decir, se presentan más garantías para el procesado; se pasa de un sistema de la "cognitio" (acusación y sentencia a cargo del Estado) al sistema de la "acusatio" (acusación popular y sentencia a cargo del Estado).

Durante el Imperio Romano se aumentan las facultades estatales y el magistrado toma a su cargo los pasos del proceso penal: acusación, aporte de pruebas y sentencia "cognitio extraordinaria".

También en este derecho, que es de carácter subjetivo, se distinguió entre delito doloso y culposo; se desarrollaron doctrinas de imputabilidad y culpabilidad y se admitió la analogía.

Pero además debe indicarse que sólo admite como autor responsable del delito al hombre varón o mujer, capaz (maduro, sano de mente) y culpable (dolo). El dolo sólo es la intención directa, o sea que no basta con el dolo eventual. Excusan la ignorancia y el error de hecho sobre una circunstancia constitutiva del delito.

El derecho penal romano no ignora las circunstancias agravantes y atenuantes de la pena, ni el principio de la reincidencia, ni las causas de extinción de la pena, que se dan por muerte del condenado. La "amnistía" extingue el delito y la pena, en tanto que la llamada "gracia" solo la pena.

El delito culposo no fue conocido en ninguna de las diversas etapas de evolución del Derecho romano, correspondió a la ciencia italiana de la edad

media, la integración de la culpa como una forma de culpabilidad, llegando a distinguirse de aquélla el caso fortuito.

El derecho de los antiguos pueblos, dice Jiménez de Asúa, imponía el castigo por la sola producción del resultado dañoso; así, todos conocieron la responsabilidad sin culpa e incluso la que surgía sin lazos de causalidad material, pues a veces se basó meramente en una relación de continuidad o de semejanza (familiares del actor, enemigos de la tribu, etc.).³³

En la época antigua era el resultado dañoso el que adquiría preponderante importancia y ello visto solamente desde su aspecto material; cuando se causaba un daño, era punible, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la conducta.

Esta época es la más oscura del proceso evolutivo del Derecho Penal; sintiéndose la necesidad de sancionar el hecho por sus resultados, se recurría a fundamentaciones de tipo religioso, por las cuales se sancionaba tanto al inocente como al responsable, pues en algunos casos las penas iban más allá de la persona que había intervenido en el acontecimiento y se castigaba también a sus descendientes.

La religión hebrea, paralela a la teocracia política, amenazaba con pena, no sólo a los culpables, sino a sus hijos y a los hijos de sus hijos, hasta la séptima generación.

Algunos autores afirman, que la fase material objetiva de la responsabilidad, sólo tiene en consideración el resultado dañoso.

³³ DIAZ ARANDA Enrique. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa. 2006. p. 102.

Así vemos la importancia que tiene el ser humano en la culpabilidad, en esta frase de Cicerón: *"Cosa es, dirá alguno, de poca importancia, pero grande la culpa: porque los pecados no se han de medir por los acontecimientos de las cosas, sino por los vicios de los hombres"*.

Es el propio Cicerón quien hace avanzar la concepción jurídica de la culpabilidad y la sustrae del campo de lo puramente objetivo, en orden al resultado, cuando afirma que, *"nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino cuanto es lícito a cada uno; debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y que todo lo que no es lícito es impiedad"*.

Más tarde, debido a las influencias canonirreligiosas aparece el concepto llamado *"versari in re illicita"*, según el cual refiere que habría culpabilidad no solamente cuando existían dolo o culpa en el agente, sino también cuando hay intención de realizar algo no permitido y se produce un resultado dañoso por mero caso fortuito.

Esto significa una concepción retrógrada de la culpabilidad justificada desde el punto de vista práctico por el estilo característico de la Edad Media y las perniciosas influencias de los grupos dominantes. En toda esta época las ideas jurídicas tenían esencialmente su origen en Alemania, Italia, España o Francia y es en estos países donde se va desarrollando una concepción más realista y humanitaria, pero la idea de la responsabilidad por el resultado perdura hasta el inicio de la Revolución Francesa (1789).

Así, al romperse el valladar que imponía el absolutismo político al pensamiento humano, fue que se inició con los autores franceses prerrevolucionarios, la concepción de la culpabilidad que va abandonando el criterio de responsabilizar por el resultado.

Al concebir Carrara en 1859 el delito como un ente jurídico y crear la teoría de las fuerzas del delito, estableció una separación absoluta entre la responsabilidad por el resultado y la responsabilidad por las conductas precedentes de una voluntad libre e inteligente. Esto conduce a definir la subjetividad y la objetividad de todo delito.

De la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo que cada delito lleva consigo la elaboración de los elementos integrantes del delito, conforme a la teoría clásica.

La separación entre el resultado y su causa permite a Carrara afirmar que el delito es el producto del choque al que concurren dos fuerzas: la fuerza moral subjetiva que consiste en la voluntad inteligente del hombre que obró y la fuerza física subjetiva representada por la acción corporal, que es externa y cuyo resultado equivale a la ofensa del derecho agraviado, o dicho de otra forma, el daño material del delito.

Carrara no utilizó el término culpabilidad que ahora se ve en todas las obras de Derecho Penal; para él y en razón de su definición del delito, el término equivalente era "*imputabilidad*".

En épocas relativamente recientes surgió una corriente conocida como concepción "*psicológica*", en cuya meta, la esencia de la culpabilidad, descansa el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, que hace posible la aplicación de las consecuencias penales.

De los postulados de la escuela positivista del Derecho Penal, obtenemos conceptos diferentes respecto de la culpabilidad, así tenemos que

cuando Enrico Ferri niega en forma drástica la libertad del hombre, en todas sus acepciones, considera absurdo que pueda responsabilizarse por aquello que le estaba precisamente determinado. No podemos hablar entonces de una sanción en base a la responsabilidad moral, sino que la razón de la sanción es la responsabilidad social, la peligrosidad del sujeto, porque puede hacerse daño a sí mismo y a la sociedad.

4.2. ALGUNOS CONCEPTOS DE LA CULPABILIDAD EN LA ÉPOCA ACTUAL.

4.2.1. Edmundo Mezger.

Partiendo del principio de que la imputabilidad es una característica de la culpabilidad, Edmundo Mezger, la define como *"el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica"*. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.

Con la anterior definición que hace el maestro de Munich, nos dice que en su aspecto jurídico-penal, la culpabilidad tiene que ser entendida ante todo, como una determinada situación de hecho, ordinariamente psicológica, que corresponde a lo que se llama situación fáctica de la culpabilidad y a la cual se conecta el reproche que se dirige al autor, y así, por ende, la pena que al mismo debe aplicarse.

Con la afirmación precedente, queda establecido que la culpabilidad y el juicio que sobre ella se realiza por parte del juez, tienen como punto básico de apoyo la presencia de un hecho concreto que ya posee las características de típico y antijurídico.

La postura de referir a la culpabilidad como un hecho aislado, constituye la tesis dominante entre los tratadistas, contra aquellos que hablan de que el juicio relativo a la culpabilidad tiene que considerarse como objeto, no al acto aislado, sino al estado total del autor, que crea la culpabilidad de carácter, iniciada fundamentalmente por Von Lizst y seguida por los autores afiliados a su escuela.

Por tanto Mezger nos refiere que la culpabilidad exige conceptualmente, en su opinión, las siguientes características.

- Una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, que corresponde a la llamada imputabilidad. En consecuencia forma parte integrante de la teoría de la culpabilidad.
- Una determinada referencia psicológica del autor del acto, que es precisamente la llamada forma de la culpabilidad. En esta forma de la culpabilidad quedan incluidos el dolo y la culpa.
- Una determinada configuración de las circunstancias internas y externas de la acción, o sea la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad.

Una vez que se han satisfecho las características mencionadas, se procede a la realización del juicio acerca de la culpabilidad, que se refiere al *caso concreto, al acto de voluntad del autor* (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad), *a los motivos del autor* (llamadas partes integrantes motivadoras de la culpabilidad) *y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor* (las llamadas partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad).

El acto de voluntad, que frecuentemente es confundido con la culpabilidad misma, se refiere a la conducta con su propio contenido de injusto interno y unida o vinculada psicológicamente con su autor, y el acto de voluntad, viene a ser la conducta que corresponde como propia al sujeto actuante, quien con conocimiento o posibilidad de valoración de lo antijurídico efectúa su proceder.

Esto constituye el primer presupuesto de la reprochabilidad, que abarca tanto al dolo como a la culpa, así se entiende que habrá dolo cuando pueda establecerse una referencia de tipo psíquico entre el acto y el conocimiento de que es antijurídico, ubicado este conocimiento en la mente del autor. Culpa tendremos cuando la referencia, en orden a la antijuridicidad, pueda establecerse desde el punto de vista de la posibilidad del conocimiento.

4.2.2. Hans Welzel.

Es Hans Welzel, principalmente, quien estructuró la nueva teoría del delito, denominada finalista, tomando como punto de partida la función ético-social como la misión más importante del Derecho Penal y la elaboración de sus consecuencias dogmáticas, superando las tendencias naturalistas-utilitarias, Welzel hace un estudio crítico al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano.

Nos expresa este autor alemán que solamente lo que el hombre hace con voluntad puede serle reprochado como culpabilidad.

El finalismo surgió como una réplica a la concepción naturalista de la acción, según la cual, la conducta debe entenderse siempre en sentido natural, como un juego de causas y efectos que a la postre ocasiona una modificación del mundo exterior, sensorialmente perceptible.

El reproche de culpabilidad presupone por tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma y esto no en el sentido abstracto de lo que pudiera hacer un hombre cualquiera, en lugar del autor, sino, muy concretamente de que ese hombre en su situación hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma.

Asimismo se apoya en el conocimiento de los valores y en el permanente acatamiento legal por parte de los ciudadanos ante bienes jurídicos, como deber incondicional, como sujeto reprochable, como ordenación del actuar ético social y como concordancia de los órdenes ético-sociales.

Este sistema sostiene que el Derecho Penal está vinculado a la estructura final de la acción; luego entonces la acción ya no es concebida causalmente, sino finalmente.

Asimismo Welzel sostiene, que el ser humano no es sólo un ser actuante finalísticamente, sino alguien que es moralmente responsable de sus acciones; esto quiere decir, que teniendo el hombre la posibilidad de actuar finalísticamente debe siempre elegir atendiendo al sentido y al valor social de su conducta; por eso cuando elige, atendiendo a las exigencias del deber que surge de los valores de la comunidad, actúa meritoriamente; en cambio, si lesiona esos valores, actúa culpablemente.

Afirma que el hombre es persona en doble sentido de que es un ser que actúa finalísticamente y es moralmente responsable de sus acciones.

Nos lo explica de la siguiente forma: *"El derecho no sólo prohíbe al hombre una actividad dolosa antijurídica, sino que también espera de él -en cuanto quiera tomar parte en la vida social sin restricción- que observe en sus*

"demás acciones un mínimo de dirección finalista para evitar la lesión de bienes jurídicos".³⁴

Los finalistas consideran, en efecto, que si la culpabilidad es juicio de reproche de una acción típica antijurídica y si dentro del fenómeno de la acción está el dolo, este, no pudiendo ser al propio tiempo valoración objeto de la valoración, no pertenece a la culpabilidad sino a la conducta, y más exactamente al injusto, entendido como conducta típica y antijurídica.³⁵

Como la relevancia juridicopenal de las acciones finalistas las proporciona el tipo legal, puede decirse que las conductas que reúnen los elementos de naturaleza intelectual y volitiva van encaminadas finalísticamente a la concreción de un tipo, son dolosas, porque "*dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo*".

Culpabilidad y antijuridicidad son, dicho por Welzel, los dos componentes fundamentales del delito. La antijuridicidad es frecuentemente denominada "*juicio de desvalor*" por la relación que se establece entre la acción (conducta) y la contrariación que ella hace al orden jurídico, es decir, se trata de una característica de desvalor de la propia acción. Por ello la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico.

Por lo que se refiere a los tipos penales, estos son la consagración del principio "*nulla poena sine lege*", puesto que la antijuridicidad tiene que ser adecuada a un tipo que contiene la descripción abstracta de la acción antijurídica.

³⁴ BUSTOS RAMÍREZ Juan. *Culpa y finalidad*. Edit. Abeledo-Perrot, 1958, p. 32

³⁵ *Ibidem*. p 43.

Dice Welzel que culpabilidad es reprochabilidad y el reproche se formula por la formación inadecuada de la voluntad; en cuanto a su contenido de antijuridicidad, igualmente es reprochable, la dirección dolosa impuesta a la conducta dirigida a la concreción de un tipo (dolo); la falta de dirección finalística para la no producción de un resultado antijurídico no querido (culpa).

La reprochabilidad tiene elementos integrantes como *intelectuales y volitivos*. Falta para estos efectos, que el sujeto que satisface el elemento intelectual, pueda, al mismo tiempo, determinar la dirección de su voluntad de acuerdo con el conocimiento que tiene de lo injusto.³⁶.

En estas condiciones la formación de la voluntad se encuentra sujeta tanto al conocimiento de lo injusto como a la posibilidad de actuar en forma diferente, que deberá ser la adecuada al derecho. La exigibilidad es básica tanto del dolo como de la culpa; en lo relativo a la culpa se considera que la exigibilidad lo es respecto de la diligencia necesaria para que el resultado no se produzca y varía según sea mayor o menor el esfuerzo de un ser normal para modificar el curso de la conducta.

La culpa funciona en razón del conocimiento de la concreción del tipo y en la falta de la diligencia adecuada de la conducta para evitar el resultado sobrevenido.

En la culpa consciente según Welzel, falta la voluntad encaminada directamente a la concreción del tipo y el sujeto que actúa lo hace con la esperanza de que no se presenten las consecuencias que harán de su conducta una conducta típica.

³⁶ WELZEL Hans. obra citada, pág.150

Resulta claramente que no habiendo la voluntad encaminada a la concreción del tipo, el resultado sobrevenido sigue siendo legalmente reprochable como doloso, lo que hace inaplicable un concepto que es sustancial en la construcción de Welzel. En este sentido pensamos que el finalismo no es el camino adecuado para resolver la problemática de la culpabilidad, en especial referida al sistema positivo mexicano.³⁷

4.2.3. Reinhart Maurach.

Reinhart Maurach, catedrático en la Universidad de Munich, es actualmente una de las más altas autoridades en el estudio del Derecho Penal. Siguiendo la ya tradicional forma alemana de profundizar al máximo en los conceptos, se ha ocupado de analizar el contenido conceptual de la culpabilidad estableciendo previamente algunos presupuestos que permiten una ubicación precisa de este elemento en la teoría del delito.

*“No hay culpabilidad sin acción típica antijurídica”,*³⁸ afirma Maurach; ello puede interpretarse en el sentido de que para llegar al estudio de la culpabilidad de un sujeto, tiene que ser precedido de la plena comprobación de la existencia de una acción (conducta), que permite ser calificada como típica por estar encuadrada en un tipo penal vigente y además, que es contraria al derecho por no estar amparada por una causa que la justifique.

Para comprobar este aserto plantea Maurach, se han manifestado en la comisión de un injusto típico, una peligrosidad objetiva; se trata de personas a quienes no es posible considerar culpables y que, sin embargo, quedan sometidas a la aplicación de medidas de seguridad.

³⁷ Véanse también las críticas metodológicas que formula Juan Córdoba Roda en *una nueva concepción del delito- la doctrina finalista*. Edic. Ariel, Barcelona. p. 57

³⁸ MAURANCH Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II. p.13

El reproche, conforme al finalismo, es personalísimo; en esto debe estarse absolutamente de acuerdo, afirma Maurach; pero existe una variación sustancial entre la teoría y la realidad, que hace inoperante el concepto de la exigibilidad, el cual tiene como fundamento la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, entendida ésta en una forma genérica puesto que es la propia ley la que establece el límite de exigibilidad de ciertos comportamientos, como ocurre en el llamado exceso en la legítima defensa; esto significa que no hay un proceso individualizado para determinar la exigibilidad y consecuentemente, el reproche en función de la exigibilidad no satisfecha, tampoco puede ser individual, sino genérico.

La crítica que así plantea Maurach al finalismo y sus seguidores, tiene como razón fundamental agregar un nuevo concepto para la estructuración de la culpabilidad, concepto que es denominado atribuibilidad.

En forma previa precisa Maurach que su concepto de atribuibilidad responde a la necesidad de proporcionar una base general para la determinación de la responsabilidad ya que constituye un juicio de desvalor dirigido al autor, pero ello no significa en forma alguna que deban confundirse los conceptos de atribuibilidad y culpabilidad.

La atribuibilidad, entendida como quiere Maurach, tiende a resolver problemas dimanados de la realidad en que el Derecho se aplica. Es así como puede entenderse que la atribuibilidad, proporcione las bases ciertas para poder atribuir a alguien como propio, determinado comportamiento sin que ello signifique que sea un comportamiento culpable, porque esto corresponde al juicio relativo a la culpabilidad.

Según Maurach, la culpabilidad por el acto es la tesis preferible.³⁹ En efecto, el hecho de que la formulación del juicio de reproche se limite a un acto aislado, en forma alguna quiere significar que el juicio vaya contra el acto, porque es imposible desvincular al acto de su autor.

Finalmente y en referencia al contenido del juicio de reproche, debe decirse que el límite de la culpabilidad está determinado por el acto típico y antijurídico, como producto de la voluntad del sujeto; toda culpabilidad es la voluntad de que el sujeto ha formado incorrectamente la dirección de su voluntad, cuando le era posible establecerse una dirección diferente. Por esto es que la culpabilidad, está limitada en el reproche a lo que ha sido causa de la voluntad libre, cuando el ejercicio de la libertad de actuar convierte a la acción (conducta) en típica y antijurídica.

4.2.4. Luis Jiménez de Asúa

Corresponde que hagamos mención al concepto de culpabilidad y su contenido, conforme lo sostiene Luis Jiménez de Asúa, quien define la culpabilidad como *“el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”*⁴⁰.

Sostiene Jiménez de Asúa que, para iniciar el estudio relativo a la culpabilidad, es necesaria la previa existencia de un acto (conducta) que sea típico y antijurídico. La antijuridicidad de un acto precede, en estas condiciones lógicas, al calificativo de culpable que al mismo acto puede corresponder y que se obtiene con el juicio de reproche; queda así la antijuridicidad del acto convertido en una condición conceptual de la culpabilidad.

³⁹ R. MAURACH, *obra citada*, pp 80-81.

⁴⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo V p. 39

El acto injusto concreto tiene, en una correcta interpretación de la teoría del delito, una serie de condiciones lógicas que deben ser satisfechas para tomarlo como condición establecida para el estudio de la culpabilidad

Teniendo en consideración que la culpabilidad surge cuando ha quedado establecido el reproche que se formula a un sujeto imputable por la realización de una conducta injusta concreta, cabe inmediatamente que hagamos el planteamiento siguiente ¿Qué se le reprocha al sujeto imputable?. La respuesta nos lleva a entrar al campo de la teoría normativa de la culpabilidad, que es la que actualmente tiene mayor aceptación.

La norma del deber tiene, para los efectos del delito, la previa limitación que le da el tipo; de ello que al producirse la antijuridicidad tipificada pueda decirse que hay una violación a la norma del deber, y, consecuentemente puede haber una reprochabilidad dirigida contra el sujeto imputable que es autor de la violación.

En la teoría de la violación del deber, relacionada exclusivamente con las normas juridicopenales, existe una corriente sostenida principalmente por James Goldschmidt, apoyándose en los postulados de Kant, que considera que una norma del deber, independiente y autónoma, puede ser suficiente para fundamentar la culpabilidad, cuando se incurre en la violación del deber.

Manifiesta Goldschmidt que *"al lado de toda norma de derecho, existe una norma no declarada expresamente, que impone al individuo el deber de conformar su conducta interna de la manera necesaria para corresponder a las exigencias que el ordenamiento jurídico establece respecto de su conducta exterior".*⁴¹

⁴¹ MEZGER, BETTIOL, (véase Jiménez de Asúa, Tratado. pp. 222-227)

Junto a una norma de conducta, que viene a ser la norma de derecho, aparece otra de motivación, que es la norma de deber (conformar la conducta interna). Según lo afirma Jiménez de Asúa, es innecesaria esa dualidad de normar para fundar en su violación la culpabilidad, ya que la norma que determina la conducta que el Derecho espera, es una sola y en la hipótesis que se establece por la propia norma jurídica ya lleva implícito su contenido de antijuridicidad puesto que al crearse la norma ya se ha realizado un juicio valorativo; de lo normativo surge el deber y de la violación del deber, el posible reproche.

Asimismo nos dice Jiménez de Asúa que la exigibilidad, para fundamentar el juicio de culpabilidad que resulta del reproche, requiere que "*el acto sea imputable y que el sujeto haya obrado con intención o negligencia, y hubiera sido exigible que el agente obrase de otro modo; es decir, de conformidad con el deber de respetar la norma, cuando las circunstancias le permitían al sujeto activo una motivación normal*".⁴²

Entonces es indudable que la exigibilidad tiene dos elementos integrantes que deben ser satisfechos previamente, para que proceda la formulación del juicio relativo a la culpabilidad: *el deber y el poder*.

Junto al *deber*, entendido como obligación de respetar la forma de comportamiento prevista por la norma, está también la posibilidad de actuar en forma diferente a como se hizo. Esto quiere decir, que no basta el deber para fundamentar la exigibilidad, sino que se requiere igualmente el *poder*; por esto es que Jiménez de Asúa sostiene que la exigibilidad existe, y en consecuencia el reproche en que la culpabilidad se plasma, cuando el agente *pudo*, y por tanto *debió* obrar de otra manera".⁴³

⁴² JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada tomo V. p.231

⁴³ Íbidem. p.232

Cuando junto al *deber* aparece el *poder*, podría decirse que le era exigible al sujeto actuante una conducta diferente y el no haberla realizado significa que le es reprochable la conducta que realizó, cuando debía y podía haberla omitido.

Como una especie de orden a la tesis de Jiménez de Asúa, debe decirse ahora que cuando se está ante la presencia de un acto injusto concreto (antijuridicidad tipificada) que corresponde a la conducta o forma de comportamiento de un sujeto interesante para el Derecho Penal (imputable), debe iniciarse el juicio relativo a la culpabilidad, tomando como elementos fundatorios la obligación de respeto al deber que la norma impone y la posibilidad de haber actuado de conformidad con la previsión del Derecho (exigibilidad).

Cuando respecto de un caso concreto puede satisfacerse el conjunto de presupuestos referidos en el párrafo anterior, se está ya en la posibilidad jurídica de resolver si hay o no reprochabilidad para efectos de la culpabilidad.

Hagamos una breve referencia de cada uno de los tres elementos mencionados.

1. Entre un sujeto específico y su comportamiento respecto de un caso particular, es necesario que se establezca una vinculación que viene a convertirse en la referencia indispensable para el juicio de culpabilidad. Debe distinguirse, lo volitivo del acto concreto, que se refiere a la culpabilidad, de la voluntad que forma parte del primer elemento del delito, o sea la conducta.

2. Los motivos que una persona tiene para guiar su conducta en una forma determinada juegan un papel predominante en la formulación del reproche. Partiendo del principio de que lo pensado no es punible hasta en tanto no se exterioriza, es que los motivos de la conducta adquieren la importancia que aquí se les confiere, pues de esa motivación surgen diferentes grados de reprochabilidad y en consecuencia, en la pena de quien actúa según ciertos y determinados motivos.
3. La total personalidad del autor de la conducta típica y antijurídica es, también elemento de importancia para la realización del juicio de reproche en el que también resuelve acerca de la culpabilidad.

Jiménez de Asúa nos dice también que *"el Derecho Penal tiene que contemplar la personalidad como reacción constante durante un espacio de tiempo determinado de un individuo frente a los estímulos externos, y por ello el enjuiciamiento de la personalidad no es independiente de los motivos y menos aún de las variaciones que en el tiempo haya sufrido el carácter del actor"*.⁴⁴

La importancia que adquiere la personalidad del autor corresponde a las concepciones normativas de la culpabilidad, pero no es posible dejar de lado la clara influencia que en este aspecto tiene la corriente del positivismo. Siendo la tesis moderna más aceptada la de la responsabilidad por el hecho injusto concreto, en beneficio de las garantías de una correcta individualización, siempre es conveniente juzgar el hecho, no el carácter de la persona, pero teniendo en consideración que el hombre es una unidad biopsíquica y que

⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada. Tomo V. p.348

todos sus actos corresponden, en su esencia profunda, a sus propias y exclusivas características personales que se sintetizan en la voz "personalidad".

No se trata, al hablar de la total personalidad, de realizar un enjuiciamiento sobre ella cuando ocurre un acontecimiento típico y antijurídico; el problema se reduce a la necesidad y a la conveniencia de considerar que el hecho ocurrido es producto de la conducta de un imputable, quien como tal, tiene que responder del reproche que se le formule, en su integridad biopsíquica, o sea de su personalidad, junto con las causas motivadoras de su conducta y del contenido volitivo de ella. Debe quedar claro, insistimos, que el enjuiciamiento no es a la personalidad, sino al acto injusto concreto y a las especiales condiciones y características del sujeto.

4.2.5. Claus Roxin.

Ya para la segunda mitad del siglo XX, de la mano de Claus Roxin, aparece *el funcionalismo*, en su vertiente moderada, moderna o racional-final o teleológica, comenzando su vigencia a partir de 1962, fecha en la que se polemizó por primera vez a la teoría finalista, polémica consumada el 13 de mayo de 1970. Esta corriente sólo se empeña en atribuir nuevos contenidos a las categorías, con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad.

Así, Roxin procede a una amplia normativización de todas las categorías del sistema, convencido de que sólo esta vía permite coordinar la dogmática y la política criminal como clave de todo su sistema, partiendo de los problemas al sistema.

En su sistemática, se observan dos innovaciones; la primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo las categorías puras de la

causalidad por un conjunto de reglas orientadas a las valoraciones jurídicas *-no basta la existencia de una relación de causalidad, sino que es necesario hacer uso de criterios jurídicos de valoración-*; y, la segunda, concerniente a la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la “responsabilidad”, esto es, a la culpabilidad siempre se le debe añadir la necesidad preventiva de la sanción penal.

En síntesis, el funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), pero con una orientación político criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del derecho penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político criminal. Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado, depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma.

4.2.6. Günther Jakobs.

El funcionalismo radical o sociológico, es la teoría defendida por Günther Jakobs, la cual aparece en los años ochenta del siglo pasado; afirmando que el derecho, está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad; de ahí que formula su concepción en los conceptos y categoría de la teorías de los sistemas sociales; presentándose una total ausencia de valoración político criminal y un total normativismo.

Por ende, para Jakobs, el delito es una falta de fidelidad hacia el derecho, una amenaza para la integridad y estabilidad social; por ello, atendiendo al fundamento del “*quebrantamiento de un rol*”, desarrolla una teoría de la imputación objetiva exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría del sistema social, es decir, culpable será el que, pudiendo, no obra conforme a derecho.

Jakobs, hace un revés en la concepción de culpabilidad de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder y acción no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica.

Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito es que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la adscribe conforme al criterio de lo que es necesario para el ejercitamiento del Derecho, sin tomar en consideración las capacidades del autor.

Jakobs niega terminantemente que la capacidad de actuar constituya un estado constatable, procediendo a explicarlo como *"una atribución que tiene lugar porque debe procesarse un conflicto y no puede procesarse más que retrotrayéndolo a una persona, dado que únicamente el fin da contenido al concepto de culpabilidad"*.

4.2.7. Eugenio Raúl Zaffaroni.

La culpabilidad como vínculo personalizado del injusto con el agente, concebida como valoración y como capítulo de la empresa reductora o contenedora del poder punitivo, debe incorporar el dato de la selectividad estructural y procurar compensarlo o reducirlo, como parte del cometido de imposición de un mínimo de eticidad al poder punitivo.

Por tanto la culpabilidad según Zaffaroni es *"el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste"*.

Dado que el poder punitivo que presenta características de menor irracionalidad, la mera existencia de un conflicto criminalizado (el injusto) no es suficiente para afirmar la existencia del delito, cuando no pueda vincularse a un autor en forma personalizada, puesto que la criminalización secundaria siempre lo es de una persona.

La moderna prevención general positiva no es más que la necesidad de valerse del mal inflingido a una persona para fortalecer la confianza del resto en el sistema y renormalizar la situación o provocar consenso.

En síntesis, puede concluirse que *la culpabilidad "es el juicio "necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor, y en su "caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder "punitivo que puede ejercerse sobre éste. Esto es, el juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo, el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad*⁴⁵.

4.3. DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

En el Sistema Clásico del delito, que estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, el cual quería someter a las Ciencias del espíritu, al ideal de exactitud de las Ciencias naturales y reconducir al Derecho Penal a componentes de la realidad empíricamente verificables.

⁴⁵ ZAFFARONI Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. editorial Porrúa. Noviembre de 2001. pp. 621-625.

Ofrecía por ende una división entre elementos objetivos y subjetivos. Alcanzó su apogeo con el sistema de Beling y von Liszt que consideró a la acción como comportamiento dominado por la voluntad, a la tipicidad como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, a la culpabilidad como relación psicológica del autor con su hecho. Estos objetos materiales del mundo real habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos. Este sistema dominó aproximadamente hasta el año 1900.

Un problema ampliamente debatido es el que se refiere a las diversas teorías existentes para construir conceptualmente la culpabilidad, se dice que son dos las teorías que se enfrentan: la psicológica y la normativa, existiendo una más conocida como la Teoría Finalista.

4.3.1. La Teoría Psicológica o Psicologismo.

La separación del aspecto externo (injusto) con respecto al aspecto interno (culpabilidad), da lugar al llamado concepto psicológico de la culpabilidad.

La culpabilidad consiste en el reproche que se dirige al individuo por haber conservado un comportamiento psicológico contrario al deber, por haberse determinado a un comportamiento socialmente dañoso en contra de las exigencias de la norma que le imponía adecuar su conducta a sus prescripciones.

La culpabilidad, fue entendida como la relación psicológica que se establecía entre un autor y su hecho, relación que podía ser directa (dolo) o indirecta (culpa), pero siempre vinculada con la conducta; en otras palabras, la

culpabilidad se determinaba por la posición psicológica del autor frente a su hecho.⁴⁶

La culpabilidad para Mir Puig, es como una “*relación cuasi-causal entre el hecho objetivo y la mente del autor*”.

Liszt por su parte, deja reducida la acción a un proceso causal, creado por un impulso voluntario y la representación de su contenido no es un problema de la acción sino de la culpabilidad. Este jurista define a la culpabilidad como responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario.

Sebastián Soler señala que la culpabilidad se destaca con un doble elemento: por una parte, presupone la vinculación del sujeto con el orden jurídico (elemento normativo de la culpabilidad); por otra, presupone la vinculación subjetiva del individuo a su hecho (elemento psicológico de la culpabilidad). Ambos elementos son en realidad psicológicos, pues mientras uno atiende a la relación del sujeto con una instancia de responsabilidad (por lo que presupone una valoración normativa); el otro, al considerar las relaciones del sujeto con el hecho, atiende a una situación puramente psíquica y despojada de valoraciones.

Georges Vidal subraya que no puede haber delito, y su autor no es punible, si no se une al autor con la ejecución material, un lazo moral que permita ponérselo en cuenta, es decir, de imputarle el mal que ha cometido, y de declararlo culpable.⁴⁷

⁴⁶ Véase en este sentido a C. Montan Palestra, *El elemento subjetivo del delito*

⁴⁷ Cita en apuntes sobre la Cátedra de “*Teoría de Culpabilidad*”, impartida por el Dr. Ricardo Franco Guzmán, División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, agosto de 1996.

Buscando una definición de tipo genérico que abarcara tanto el dolo como la culpa, se ha llegado a decir que la culpabilidad es *"la relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona un evento querido, o no querido, y aunque no previsto, previsible"*.⁴⁸

Representantes de tal concepto psicológico de la culpabilidad fueron V. Buri, V. Liszt, Radbruch, Binding, Merkel y Meyer, Sebastián Soler

Fernández Doblado, en México afirma, que *"para la doctrina que comentamos (psicológica), la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso"*.⁴⁹

Villalobos se ha expresado como afiliado a la teoría que nos ocupa. Para él, la ley mexicana se apega a la teoría psicologista. Así es, este autor expresa: *"genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa"*.⁵⁰

Lo verdaderamente interesante, en tratándose de la culpabilidad, lo es la actitud psicológica, ya que siempre se tiene como presupuesto la satisfacción de lo antijurídico de la conducta, y si lo que va a ser motivo de la posterior calificación de culpable lo constituye una cualidad de la acción antijurídica, es indispensable conocer lo que va a ser objeto de la valoración,

⁴⁸ BELLAVISTA, *El problema de la colpevolezza*, citado por Bettiol, Derecho Penal. p 320

⁴⁹ FERNÁNDEZ DOBLADO Luis., *Culpabilidad y error*. P. 24

⁵⁰ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Derecho Penal Mexicano* editorial Porrúa. 2002. p. 283.

que al decir de Villalobos, únicamente lo puede ser la voluntad antijurídica de la acción.

Es ella la que contiene la manifestación del sujeto al oponerse francamente al orden jurídico (dolo) y también en la voluntad se forman la indolencia o desatención que indirectamente crea la oposición del sujeto al orden jurídico (culpa).

En esta forma el psicologismo se identifica como fundamento esencial de la culpabilidad, limitada ésta a las dos posibles manifestaciones relevantes de la voluntad: dolo y culpa.

Conforme a lo dicho, la culpabilidad no es algo existente al lado de la conducta causal del culpable, algo independiente de esa conducta, algo como formado de una especial materia, sino que es la misma conducta causal apreciada con arreglo a los criterios dominantes y digna de imputación según estos criterios.

Ahora bien, el concepto de la culpabilidad tomado en el sentido tratado por V. Liszt es completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío. Este concepto no exige más que el supuesto incontrovertible e incontrovertido de que toda conducta humana es determinada o determinable por las representaciones de la religión, de la moral o del Derecho.

El determinismo está enteramente facultado para formular la reprobación jurídico-social, que recae sobre el acto y el autor, contenida en último término en el juicio de culpabilidad, mientras que el indeterminismo está completamente incapacitado para hacerlo.

El determinismo es el único que puede poner el acto aislado en relación con toda personalidad psicológica del autor; sólo él consigue establecer una medida para la culpabilidad que crece o disminuye, según que el acto sea, la expresión de la naturaleza propia y estable del autor.

Comenta List que transcurre largo tiempo hasta que la imputación del resultado se hizo depender del dolo y de la culpa y hasta que se determina el alcance de estos dos conceptos. El Derecho Romano en su último estado de evolución, elevó el *dolo* del agente a característica esencial del delito; mientras que corresponde a la concepción germánica, la responsabilidad por actos fortuitos.

La Edad Media italiana acepta el concepto romano de dolo. Pero la concepción jurídica germánica y las necesidades de la vida jurídica traen como consecuencia que se considere culpable al autor, aún por el resultado simplemente visto, aunque no querido.

Así como ya lo habíamos descrito, nace el principio de que en caso de un *versari in re illicita* del agente, le sea imputado el resultado no querido pero sí previsible.

El delito culposo como tal, fue desconocido por el Derecho Penal romano en todas las épocas de su historia. En todo delito se exigía el dolo. Así el concepto de delito culposo fue enteramente extraño a las legislaciones derivadas de la romana.⁵¹

Ahora bien, el juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano una acción, que ya fue declarada por la ley socialmente imputable,

⁵¹ LISZT FRANZ Von. *Tratado de Derecho Penal*. edición alemana. Edición Reus 20^º. Madrid 1927. p 382.

es el resultado de tres juicios diversos. Así, el juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto.

Así para que pueda declarar legítimamente que una acción es imputable a su autor como delito, deben concurrir de modo indefectible los siguientes requisitos:

- a) que le sea imputable moralmente;
- b) que pueda imputarse como acto reprobable;
- c) que ese acto sea dañoso a la sociedad.

Además de esto, para que la declaración de imputabilidad resulte eficaz, es menester:

- d) que esté promulgada la ley que la prohíbe.

Es preciso que el agente tenga conciencia de la antijuridicidad tipificada de su acto y que realice éste voluntariamente. La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad tiene que satisfacer esas exigencias. Su definición se sitúa en un plano puramente psicológico, repudiando el aspecto teológico basado en el libre arbitrio y responsabilidad moral, como la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

La libertad de la voluntad, según las concepciones determinista e indeterminista, es un aspecto necesario para la imputación jurídica y un elemento de la imputabilidad.

La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad tiene que satisfacer dos exigencias: que el agente tenga conciencia de la antijuridicidad

tipificada de su acto y que realice éste voluntariamente (capacidad de conocer y querer).

Entonces, su presencia o ausencia en nada afecta a la conducta y a la antijuridicidad, pero para incursionar en las valoraciones propias de la culpabilidad sí es menester afirmar previamente la existencia de la imputabilidad.

Así es, la teoría de la imputación considera el delito en sus puras relaciones con el agente, y a éste, a su vez, lo contempla en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y que no se modifican con el variar de los tiempos, pueblos y costumbres. Se atribuye a Feuerbach la paternidad de la idea de que la imputabilidad es la capacidad de pena, apoyada en la función de prevención general que cumple dicha sanción.

El penalista mexicano, Vela Treviño, indica que la imputabilidad no puede estimarse como anterior o ajena al delito, *“sino formando parte del propio concepto del delito y contemporánea con él”*, resulta por ello fundamento para el juicio de reproche, relativo a la culpabilidad de que el sujeto es imputable y, consiguientemente, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.⁵²

La doctrina sostuvo y los códigos consagraron la llamada imputabilidad disminuida, partiendo de la idea de que pueden darse en el sujeto situaciones en las que se encuentra afectada su psique o sus facultades mentales, sin que ello implique excluir su imputabilidad.

⁵² VELA TREVIÑO Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*. Trillas 1977. México pp. 28,29.

Es de resaltarse la certera observación de Reinhart Maurach, en cuanto a que en la imputabilidad disminuida no se está en presencia de un *“caso límite, ni tampoco ante la duda de si el autor es imputable o inimputable”*. Antes se consideraba a las psicopatías como formas leves de enfermedad mental, y como las enfermedades mentales se identificaban con las enfermedades cerebrales, se consideraban las psicopatías como enfermedades cerebrales leves.

Por ejemplo, la madre que sabiendo que se agita intranquila durante el sueño, coloca por imprudencia a su hijo junto a ella en la cama y lo aplasta.

Al efecto el Código Penal Federal, en su artículo 15 fracción VII, prevé que: *“...cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión..., en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible”*.⁵³

La inimputabilidad como condición de la culpabilidad, así como todas las circunstancias jurídicamente importantes, deben ser comprobadas de oficio; su ausencia no necesita ser probada por el acusado.⁵⁴ Liszt nos dice que la misión del legislador no consiste en la definición positiva de la imputabilidad, sino en la descripción de aquellos estados que excepcionalmente hacen aparecer a ésta como imposible.

Al parecer el antiguo Derecho Romano no había puesto ningún obstáculo al castigo del ladrón menor de edad. El Derecho romano posterior y el canónico, mantuvieron la impunidad al *infans* (hasta los siete años cumplidos). Desde esta edad se procede, en caso de delito de impúber, al examen del caso

⁵³ Compilación de Amparo y Penal Federal. Editorial Juárez Carro. 2008. p.147

⁵⁴ LISZT FRANZ Von. *Tratado de Derecho Penal*. p.387

concreto. En el Derecho de las tribus germánicas no se admitía, con frecuencia era el pago del precio por la paz, en las infracciones cometidas por los menores. En la Edad Media tampoco se imponían penas, al menos criminales cuando se trataba de niños.

La falta de madurez puede también tener su fundamento en un retraso del desarrollo. Es el caso de la sordomudez, es decir la mudez originada por la falta de oído; o bien, cuando falta la salud mental. Así también, existe la expresión "*perturbación morbosa de la actividad mental*", que comprende no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también los retrasos en el desarrollo (idiotismo, imbecilidad) y los estados de degeneración mental (debilidad senil).

Ante la ausencia de la capacidad de imputación, la punibilidad quedará necesariamente excluida, bien por falta de madurez mental o a falta de ésta. El juez es quien tiene que decidir, según su propio examen y su propia responsabilidad, si la perturbación mental, comprobada por los peritos, excluye o no la imputabilidad.

En resumen, en aquellos casos en que no existe imputabilidad puede muy bien originarse, en ciertas circunstancias una responsabilidad por lo acontecido, fundada en la precedente conducta del individuo. El supuesto de que se parte, es que la conducta antecedente se halla en conexión causal, con el resultado producido y que éste se presenta como imputable, ante todo, en atención a la índole de tal conducta.

Asimismo, es necesario recordar que la influencia de la corriente naturalista conllevó al desarrollo de la concepción psicológica de la culpabilidad, acorde con el cual tanto el dolo como la culpa son las formas constitutivas de la culpabilidad y no sólo sus elementos.

Cuando exista identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, hablamos de culpabilidad dolosa, como la especie más perfecta de la culpabilidad, porque supone la relación psíquica (o nexa psicológico) completa entre el hecho y su autor.

El dolo se remonta al Derecho Romano, como se desprende del escrito del Emperador Adriano *In Maleficios voluntas spectatur, non exitus*, haciendo la diferencia entre *dolos bonus* y *dolos malus*, destacándose en este primer momento la exigencia del dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto. Este requisito desaparece con la influencia canónica religiosa a partir de la cual por "culpabilidad" ha de entenderse no sólo el *dolos* y la culpa del Derecho romano, sino que constituía requisito indispensable para el autor de un hecho delictivo.

Del concurso de la inteligencia y de la voluntad surge la intención, la cual se define en general, como un esfuerzo de la voluntad hacía cierto fin; y en particular, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito. La intención puede ser perfecta e imperfecta.

Es perfecta si el entendimiento y la voluntad están en su plenitud actual; es imperfecta cuando una causa cualquiera disminuye (sea en forma habitual o con respecto a un acto). Es imperfecta, cuando una causa cualquiera disminuye el poder intelectual o la espontaneidad volitiva del agente (sea en forma habitual, sea con respecto a un acto).

La intención además se distingue en directa e indirecta.⁵⁵ Es directa cuando el agente previó el efecto criminal y lo quiso, considerándolo como consecuencia de sus propios actos, lo que ejecutó precisamente con el fin de

⁵⁵ CARRARA Francesco, *Programa de Derecho Criminal* pp. 71,72.

producir, de un modo más o menos cierto, esas consecuencias. Es indirecta, cuando el efecto fue solo una consecuencia posible de los actos, del agente. No prevista en manera alguna, o prevista sin quererla. El criterio de esta distinción, debe deducirse no tanto de los medios, como del estado de ánimo.

La trascendencia de la delimitación entre ambas figuras radica fundamentalmente en la pena que se impondrá al sujeto activo del delito, pero además repercutirá en las bases del concepto tradicional del dolo, en cuanto a su elemento volitivo, pues surge la interrogante de que si tal elemento volitivo será imprescindible también para sancionar una conducta a título de dolo eventual

Resumiendo la tesis psicologista, puede decirse que según ella, habrá culpabilidad juridicopenal, cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue sometido dolosa o culposamente.

4.3.2. Teoría Normativa o Normativismo.

El Sistema Neoclásico está predominantemente basado en la filosofía de los valores neokantianos (influyente hasta 1930), que hizo separarse al Derecho Penal, en cuanto a su método de las Ciencias naturales, pues se trataba ahora de un Derecho referido a fines y a valores.

A la culpabilidad se le atiende "normativamente" como reprochabilidad, a partir de Frank (1907) y si se liga con la concepción kantiana de la "retribución" por el contenido ético que el reproche lleva.

La culpabilidad es normativa, implica, para su definición, una referencia y valoración de la norma, a un juicio de valor, propiamente en razón

de una conducta que se presenta como contraria al deber impuesto por dicha norma.

Puede decirse que la esencia de la culpa, está precisamente en la voluntaria inobservancia de toda aquella norma de conducta que impone al hombre que vive en sociedad, obrar con prudencia y diligencia, en forma tal de evitar determinado resultado de daños o de peligro para los intereses jurídicos protegidos. Así es, la culpa consiste en la violación de la obligación de diligencia y prudencia que nos imponen determinadas normas; concebida de esta manera, implica un reproche que se dirige al sujeto por el comportamiento psicológico contrario a determinadas normas de prudencia y diligencia, contrario a las exigencias impuestas al sujeto por el ordenamiento jurídico.

El normativismo, no constituye una tesis opuesta al psicologismo, sino más bien complementa la forma tradicional; pero en razón de lo que se agrega al concepto de culpabilidad se producen fenómenos de gran trascendencia en la ubicación de ciertos aspectos que provocan inexistencia de delito.

Al igual que la psicológica, la teoría normativa, presupone, para estructurar su concepto de culpabilidad, *"la existencia de una conducta o hecho antijurídico"*. La culpabilidad precisa Welzel, agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, mientras la antijuridicidad es la relación entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otra, por tanto la culpabilidad hace al autor, el reproche por no haber omitido esa acción antijurídica.

La culpabilidad, para la concepción normativa, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta solo representa el punto de partida. Teniendo presente un hecho *psicológico concreto*, deben precisarse los motivos

del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa.

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

Reinhart Maurach, nos dice que con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor que no haya actuado conforme a Derecho, que se ha decidido a favor del injusto; así es, la culpabilidad está plenamente imbuida en un contenido psicológico, puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un resultado típico y antijurídico y una conducta que, como tal, tiene la manifestación especial de voluntad de un sujeto.

Diremos entonces que, el concepto que el normativismo proporciona, se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad.

Así se desprenden los siguientes aspectos fundamentales de esta teoría:

- a) La culpabilidad es un juicio de referencia, por versar sobre el hecho psicológico.
- b) La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.
- c) La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la

exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

- d) La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia la reprochabilidad y la exigibilidad.

El maestro Vela Treviño estima que el normativismo, al abandonar la teoría psicologista y su relación hecho-voluntad, permite el análisis total de la personalidad del sujeto, autor de la conducta enjuiciada, incluyendo sus motivaciones, aspectos caracterológicos y sobre todo, permite que el hecho aislado se vea como reflejo o manifestación de una determinada personalidad, entendiendo ésta como una unidad que es propia y exclusiva del autor del hecho.

Al fijarse los límites de la culpabilidad por medio de la exigibilidad, se obliga al juez a realizar un estudio de las condiciones subjetivas del individuo en relación directa con la norma y a través del acto concreto, lo que conduce a llegar al reproche con mejores elementos de juicio y no exclusivamente por medio de la vinculación hecho-voluntad, que propicia que se pongan "ciegamente", a cargo del sujeto, todos los resultados sin mayores discriminaciones para hacerlo responsable por resultados que jamás estuvieron enclavados en su voluntad".

Según esta corriente, son elementos de la culpabilidad: la imputabilidad, entendida como capacidad de la culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa; las formas de culpabilidad dolo y culpa que se comprenden como voluntad defectuosa, relativas tanto a los hechos como a la significación antijurídica; y la ausencia de causas de exculpación, cuya presencia impediría la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho.

Ya hemos dicho que el estudio de la culpabilidad significa la manifestación del avance del Derecho Penal, ya que es indudable que todo aquello que permita una atribución más justa y más correcta de lo que el hombre hace, buscando el por qué de su conducta, es, a no dudarlo, un paso adelante en la justicia individualizada.

No basta saber que algo se hizo, para considerar que hay culpabilidad, es menester saber igualmente por qué se hizo, en qué condiciones, cuáles fueron los motivos, pero sobre todo, se necesita saber si lo que se hizo fue realizado cuando había exigibilidad de un comportamiento distinto, adecuado a la norma, lo que sólo puede obtenerse a través del normativismo, que determina los límites de la culpabilidad por medio de la exigibilidad. De ello que en la actualidad esta teoría es la más aceptada, por ser la más jurídica.

Ahora bien, corresponde que hagamos referencia a la reprochabilidad de la conducta que únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

Dicho en otras palabras, cuando el juez tiene que resolver un caso concreto para individualizarlo, al llegar a la formulación de reproche, debe ocuparse de determinar si al sujeto de que se trata le era exigible, normativamente, un comportamiento diferente al que realizó. Reproche que se traducirá en la comprobación y determinación de la culpabilidad. En estas condiciones la exigibilidad siempre precede a la reprochabilidad.

El sistema bajo el que está construido el Derecho Penal sustantivo es absolutamente normativo; en él, se encuentran las normas que determinan las formas que pueden revestir las conductas para ser constitutivas de delito y aun cuando se establezca un imperativo normativo del contenido de cada norma

relativa a las conductas, se desprende la exigibilidad de actuar en forma tal que no se lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicamente protegidos.

La esencia misma del normativismo para estudiar la culpabilidad se ubica en la exigibilidad como concepto genérico y su presupuesto de existencia de una norma en lo que se refiere a lo específico, cuando haya de determinarse la exigibilidad de otra conducta diferente en un caso concreto.

Cuando hablamos de exigibilidad debemos mencionar dos elementos.

La primera emana de la obligación genérica que todos tenemos que respetar las normas y la consiguiente exigibilidad del cumplimiento de la obligación. La segunda se refiere específicamente al caso concreto, es la que sirve para fundamentar la reprochabilidad, en orden de la culpabilidad, cuando un sujeto determinado y en momento también determinado, le era exigible al respecto del contenido de la norma.

Para que pueda reprocharse a alguien una conducta determinada es necesario, en consecuencia, que el sujeto de que se trate, haya violado con su conducta un deber jurídicamente impuesto y que esa violación haya producido un resultado típico y antijurídico.

Ahora bien, el deber que se tiene es el de actuar conforme al contenido de la norma, ya que es obligación de todos los imputables no producir lesiones a los bienes jurídicamente tutelados; al incumplirse la obligación se tiene que sufrir la consecuencia por la conducta realizada, dado que era exigible el cumplimiento del deber jurídicamente impuesto.

Sin embargo, tiene que agregarse el principio genérico del poder, ya que la culpabilidad funciona en la teoría del delito conforme al hecho o acto

concreto, así, resulta lógico que la exigibilidad siga idéntico principio; para la formulación del juicio de reproche que va siempre dirigido a una conducta individualizada, debe estudiarse si en el momento preciso en el que la conducta enjuiciada se produjo, el sujeto autor de ella, conforma a las circunstancias concurrentes y sus características individuales, podía haber cumplido con la exigencia normativa de imponer a su conducta un sentido determinado, conforme a la pretensión de la norma.

La falta de un resultado objetivo da cabida a la impunidad de la conducta. Empero tal arribo insatisfactorio fue, más tarde, superado por el finalismo, mediante el análisis de la finalidad de la acción y la reubicación consecuente del dolo y la culpa en el tipo, y así determinar si el resultado objetivo de un delito debe ser imputado a título doloso o culposo en su caso.

4.3.3. Teoría Finalista o Finalismo.

Para mejor entender esta teoría en el ámbito de la culpabilidad, resulta conveniente remontarnos un poco a sus orígenes conceptuales.

El finalismo surgió como una réplica a la concepción naturalista de la acción, según la cual, la conducta debe entenderse siempre en sentido natural, como un juego de causas y efectos que a la postre ocasiona una modificación del mundo exterior, sensorialmente perceptible. Así entendida la conducta humana, no era posible explicar el fenómeno de la omisión, puesto que de la nada no puede surgir nada. Además, siendo esta, una explicación puramente causal de la conducta y siendo la causalidad un fenómeno de la naturaleza, no resultaba apta para desentrañar los problemas del mundo jurídico y concretamente del Derecho penal.

Con los precedentes mencionados, subjetividad del injusto y culpabilidad normativa, se asentaron las bases para una nueva concepción del

delito. Es Hans Welzel, principalmente, quien estructuró esta nueva teoría del delito, Tomando como punto de partida la función ético-social, como la misión mas importante del derecho penal y la elaboración de sus consecuencias dogmáticas, superando las tendencias naturalistas-utilitarias en la ciencia del derecho penal, Welzel hace un estudio crítico al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano.

Este sistema sostiene que el derecho penal está vinculado a la estructura final de la acción; luego entonces la acción ya no es concebida causalmente, sino finalmente.

Al mismo tiempo, sostiene Welzel, el ser humano no es sólo un ser actuante finalísticamente, sino alguien que es moralmente responsable de sus acciones; nos quiere decir que teniendo el hombre la posibilidad de actuar finalísticamente debe siempre elegir atendiendo al sentido y al valor social de su conducta; por eso cuando elige, atendiendo a las exigencias del deber que surge de los valores de la comunidad, actúa meritoriamente; en cambio, si lesiona esos valores, actúa culpablemente. Afirma Welzel, el hombre es persona en doble sentido de que es un ser que actúa finalísticamente y es moralmente responsable de sus acciones.

Afirma Welzel: *"El derecho no sólo prohíbe al hombre una actividad dolosa antijurídica, sino que también espera de él —en cuanto quiera tomar parte en la vida social sin restricción— que observe en sus demás acciones un mínimo de dirección finalista para evitar la lesión de bienes jurídicos"*.

Los finalistas consideran, en efecto, que si la culpabilidad es juicio de reproche de una acción típica antijurídica y si dentro del fenómeno de la acción

está el dolo, no pertenece a la culpabilidad sino a la conducta, y más exactamente al injusto, entendido como conducta típica y antijurídica.⁵⁶

Para Welzel, en sentido estricto, es solamente reprochabilidad y el reproche se formula por la formación inadecuada de la voluntad, en cuanto a su contenido de antijuridicidad; igualmente es reprochable, con deferencia de grados, la dirección dolosa impuesta a la conducta dirigida a la concreción de un tipo (dolo), que la falta de dirección finalística para la no producción de un resultado antijurídico no querido (culpa).

El reproche, conforme al finalismo, es personalísimo; en esto debe estarse absolutamente de acuerdo, afirma Muarach; pero existe una variación sustancial entre la teoría y la realidad, que hace inoperante el concepto de la exigibilidad y tiene como fundamento, la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, entendida ésta en una forma genérica, puesto que es la propia ley la que establece genéricamente el límite de exigibilidad de ciertos comportamientos, como ocurre en el llamado exceso en la legítima defensa; lo que significa que no hay un proceso individualizado para determinar la exigibilidad y consecuentemente, el reproche en función de la exigibilidad no satisfecha, tampoco puede ser individual, sino que genérica.

La imputabilidad consiste en la capacidad de conocimiento y en la capacidad de motivación (presupuesto existencial de la reprochabilidad).

Welzel dice que se trata de la capacidad que tiene el autor para:

- Comprender lo injusto del hecho, y
- Determinar su voluntad, de acuerdo con esa comprensión.

⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ Juan *Culpa y finalidad*. Edit. Abeledo-Perrot, 1958, p. 32

La capacidad de culpabilidad constituye el primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de culpabilidad. La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o mejor dicho, capacidad de culpabilidad. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad, es un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder por ellos.

Tanto más capaz de culpabilidad tenga el autor, tanto más grave será su culpabilidad, y a la inversa.

Históricamente la imputabilidad aparece como una limitación de la responsabilidad a aquellas personas que tenían facultades mínimas para participar en la vida de relación social como miembros de pleno derecho. Pronto se observó que los enfermos mentales y los niños no podían ser tratados como los adultos o los aparentemente sanos mentalmente.

De acuerdo con las consecuencias de la teoría de la acción finalista, fue elaborada la *teoría extrema de la culpabilidad*, que trata al conocimiento del injusto no como elemento del dolo, sino exclusivamente, como parte subjetiva, al tipo, como factor-recto, a la acción. El conocimiento del injusto, por tanto, va a ser elemento determinante en la existencia o inexistencia de la culpabilidad, pero en nada afectará al dolo. En este supuesto, el error de prohibición no puede excluir al dolo, pero puede perfectamente, en determinadas circunstancias desplazar la culpabilidad.

En referencia al contenido del juicio de reproche, debe decirse que el límite de la culpabilidad está determinado por el acto típico y antijurídico, como

producto de la voluntad del sujeto; o sea que toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad en los casos en que el sujeto ha formado incorrectamente la dirección de su voluntad, cuando le era posible establecerse una dirección diferente. Por esto es que la culpabilidad, está limitada en el reproche a lo que ha sido causa de la voluntad libre, cuando el ejercicio de la libertad de actuar convierte a la acción (conducta) en típica y antijurídica.

La culpa funciona en razón del conocimiento de la concreción del tipo y en la falta de diligencia adecuada de la conducta para evitar el resultado sobrevenido.

Sobre la base de su libertad de decisión o de elección, se reconoce al hombre la capacidad de ser dueño de sus decisiones y de definir su conducta, se le reconoce la aptitud para "formar libremente su voluntad".

Por eso opina Welzel que la culpabilidad es la reprochabilidad de la formación de voluntad.

En oposición fundamental al animal, el hombre está caracterizado negativamente por su amplia libertad de los modos congénitos e instintivos de comportamiento y posteriormente por la capacidad y misión de encontrar y realizar él mismo lo correcto de su actuar a través de actos comprensivos.

Maurach nos dice, que el hombre tiene la capacidad de distinguir entre conducta conveniente y conducta inconveniente, sentida como valiosa o desvalorada por el mundo circundante. El hombre es un ser responsable, o mejor dicho, un ser con la predisposición de autoresponsabilidad, así es el criterio que lo distingue de todo el mundo animal.

Ahora bien en su aspecto caracterológico, los actos de la función del "yo", transcurren en el ámbito del sentido, no en el de la fuerza causal, los motivos de pensamientos y voluntad son los fundamentos materiales, vale decir, los no causales, sobre los cuales se apoyan, según el sentido, los actos de pensamiento y voluntad.

Sólo la decisión voluntaria libre, separa al deber de su efecto psico-social como motivo. El deber no puede nunca, naturalmente, llegar a imponer coactivamente esta eficacia social en la toma de decisión del obligado. La capacidad de tomar la decisión del hecho concreto no es significativa; ella se presupone y se afirma con la capacidad de acción. De esta manera, junto al momento cognitivo aparece ahora un momento volitivo. Ambos momentos en conjunto constituyen la capacidad de cumplir el deber.

No obstante lo dicho, no es suficiente para la formulación del reproche el conocimiento o el posible conocimiento de la calidad típica de la conducta; se requiere, también, el conocimiento de la calidad de antijurídica de esa conducta típica, o la posibilidad de ese mismo conocimiento en orden a la antijuridicidad.

No debemos confundir el dolo con la conciencia de la antijuridicidad, ya que para el primero sólo basta conocer el hecho y las circunstancias que rodean al mismo; por ejemplo, saber que está privando de la vida a otro y tener la voluntad de hacerlo.

Así la conciencia de la antijuridicidad se constata con el conocimiento del sujeto de estar realizando un injusto y tener la voluntad de hacerlo. Por tanto, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica.

La antijuridicidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. De modo que, quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa antijurídicamente.

Por eso, la eficaz estructuración del Derecho Penal, requiere la adecuación típica de lo injusto. El veredicto ético social del fallo del Juez penal, y su intervención profunda en la vida, libertad y honor de los hombres, exigen garantías jurídicas fundamentalmente más firmes que otras ramas del Derecho.

Para Welzel, la teoría del dolo, debería conformarse con un "conocimiento" de lo injusto, esto es, en la teoría de la acción finalista, la voluntad representa el elemento que gobierna toda acción humana. En tratándose de delitos intencionales, es decir, con dolo, éste es el elemento integrante de la acción y por lo mismo, elemento subjetivo del tipo de delito. De ahí que siempre sea un dolo natural. El conocimiento del injusto es pues presupuesto (o elemento) de la culpabilidad, y representa un simple juicio sobre la posibilidad que el autor concreto tenía, en el caso real, de conocer la ilicitud de su hacer.

Culpabilidad no es un hecho psicológico, sino un puro juicio de apreciación, entonces, el autor que ha configurado el tipo objetivo del delito, con dolo y que tuvo la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de su acción, debe castigarse por la perpetración de un delito doloso.

Esta teoría tiene la gran ventaja de evitar las fallas inevitables de la teoría del dolo. El autor que configure el tipo de un delito, cuando lo hace con voluntad y conocimiento de los elementos objetivos del mismo, actúa con dolo, sin que interese que le haya faltado el conocimiento del carácter ilícito de su hecho.

Además, la afirmación del dolo aislado no puede dar base de reproche al delincuente. Es más bien deber del Juez examinar, por el aspecto de culpabilidad, si el autor tuvo la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito de lo que hacía. Si el Juez comprueba que aquél no tuvo esa posibilidad, el autor debe ser declarado culpable o no por la inexistencia del dolo, sino por carencia de culpabilidad.

La culpabilidad es el reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. La culpabilidad implica la existencia de una violación del deber jurídico, o de puesta en peligro de un bien jurídico.

El único aspecto negativo de la culpabilidad es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos valorativos del tipo legal en particular (el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal). El error vencible sobre la concreción de los mismos elementos sólo reduce el grado de reproche. Éste se presenta cuando el agente cree o supone que, en el caso particular, no tiene a su cargo dicho deber. El error sobre la violación del deber jurídico penal opera cuando cree o supone que con su conducta no incurre en la violación, porque considera que su conducta será amparada por una causa de justificación.

Por último, sin descartar que la reprochabilidad se refiere al acto o hecho concreto, siempre debe entenderse éste como una manifestación de la personalidad, lo que significa en última instancia, que el reproche que el juez formule, en orden a la culpabilidad, lo dirige en realidad a la total personalidad al sujeto.

Esto se confirma si se atienden las reglas generales que para la aplicación de las sanciones contienen los artículos 51 y 52 del Código Penal, que se refieren a "*las peculiaridades del delincuente*", así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, que en conjunto podrían entenderse como un estudio de la personalidad del sujeto actuante.

En este apartado haremos resaltar, sólo algunos conceptos entre las teorías causalista y finalista.

Creemos que un punto importante es hablar del "injusto penal", el cual se ha entendido como la conducta típica y antijurídica. Para el causalismo partiendo de su fundamento, el contenido del injusto penal es eminentemente objetivo, pues lo que se analiza son las circunstancias objetivas, el impacto en el mundo real que se puede llegar a considerar como delito, pero sin entrar al mundo interno del hecho.

En cambio, para el finalismo, el injusto penal no puede ser netamente objetivo, pues ni la conducta se ve como un mero resultado –sino como una manifestación de la voluntad humana dirigida a un fin-, ni el tipo va separado del elemento interno o subjetivo, pues aquí se ubica el dolo y la culpa. Por tanto, el contenido del injusto penal es distinto para el causalismo y el finalismo.

Con respecto a la culpabilidad, hay también diferencias trascendentes, dado que para el causalismo el contenido de ésta se refiere al dolo y a la culpa.

En efecto, el dolo causal contiene tres elementos a saber: *conocer, querer y conciencia de antijuridicidad*.

Sin embargo, para el finalismo, los únicos elementos esenciales del dolo son el *conocer* y el *querer*, los cuales resultan necesarios para la ejecución de una manifestación de conducta, desde la perspectiva ontológica.

Como se puede apreciar, la conciencia de antijuridicidad no es un elemento que para los finalistas se halle en el dolo, pues estos parten de que el reproche realizado al sujeto activo del delito, recae precisamente en su conciencia de antijuridicidad del hecho cometido, es decir, no basta el conocer y querer (elementos necesarios en la constitución de un tipo penal) genéricos, sino que la intención o la finalidad buscada con la comisión del hecho, debe coincidir con la finalidad prevista por el tipo penal.

Ahora bien, conocer la significación y el fondo de esta conciencia de antijuridicidad, es que los finalistas, en su concepción del dolo, excluyen dicha conciencia de antijuridicidad, ya que éste sólo implica el conocer y el querer, en relación a la norma penal, el cual servirá para reprochar al sujeto su conducta cuando se analice la culpabilidad; cuando el sujeto actúa, siempre lo hace pensando en un fin, pero ese fin que persigue, debe ser contrario a derecho. Es por este motivo que el dolo causal es más extenso que el dolo final y, consecuentemente, los finalistas al transferir el dolo y la culpa al tipo penal, no vacían la culpabilidad, sino que la dejan con la conciencia y ubican a la imputabilidad, como presupuesto de la culpabilidad, la mayoría de los partidarios del finalismo se inclinan a considerar a la imputabilidad, como un elemento de la culpabilidad a la par de la conciencia de la antijuridicidad.

Por otra parte la punibilidad. Como ya hemos dicho, la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia.

Al respecto, conviene señalar que no existe una diferencia sustancial entre causalismo y finalismo, al analizar la culpabilidad, pues las teorías

mencionadas intentan explicar la metodología que se debe aplicar en el análisis del delito, siendo éste su meta.

Es así, que el causalismo y el finalismo no deben analizarse como teorías aisladas, sino apreciar al causalismo desde el punto de vista histórico, entendiendo que es el primer esfuerzo realizado por intentar sistematizar al delito y que, consecuentemente, al ser el iniciador, adolece de ciertas fallas, las cuales se pretenden subsanar en el finalismo.

Finalmente, resulta pertinente decir que el juez al aplicar la pena, tendrá presente: el grado de responsabilidad del sujeto, el daño producido, la reincidencia y la habilidad, y otros factores más, que las pruebas le proporcionen.

La observación de la violación ética que importa pena dosificada conforme a la culpabilidad, es respondida por Jakobs afirmando que sólo se trata de una constatación de la realidad, que hace expresa una función latente.

CAPÍTULO 5.

LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

*"La individualización de la pena es la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada".*⁵⁷

En efecto, el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y por ende, debe hacerlo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada.⁵⁸

5.1. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.

El desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad como sus elementos los siguientes:

- I.- La imputabilidad, (ya tratada en el capítulo anterior).
- II. Las formas de culpabilidad, dolo y culpa consideradas por algunos como partes integrantes de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y
- III. La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Por su parte, la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de presupuesto de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro hecho psicológico, por cuanto en él yace la necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor.

⁵⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Porrúa. 2001. p. 949.

⁵⁸ *Ibidem*.

Mezger determina, como contenido del juicio de culpabilidad, al acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor.

Mezger mantiene el dolo y la culpa como forma de culpabilidad.

Para la integración de la culpa punible es menester que la conducta lleve consigo un querer consciente contrario al deber. El deber, como parte del delito culposo, tiene que ser referido a dos aspectos; el primero es el ordenamiento jurídico general que, como tal, impone a los individuos determinadas obligaciones que así se convierten en deberes a cargo de los sujetos; el segundo aspecto se refiere el conocimiento que el sujeto tiene de su obligación de conducirse en forma tal que cumpliendo con su deber, evite la producción de resultados que deben ser evitados en función del deber general que impone la norma.

El juicio de reproche se puede realizar al actor, siempre y cuando le podamos exigir otra conducta. Es decir, cuando al autor de una conducta típica y antijurídica le podemos exigir que, en la situación en que se encontraba, debería haber actuado conforme a derecho, entonces y sólo entonces se puede constatar la culpabilidad y pasar a determinar la pena a imponerle, dentro del mínimo y el máximo previstos por el legislador para la comisión de ese delito.

Así la pena a imponer se graduará conforme a la culpabilidad del delincuente y para ello el juez deberá tomar en cuenta sus antecedentes, su grado escolar, entorno familiar, y todos aquellos datos que sean necesarios para determinar hasta qué grado se le puede reprochar el haberse comportado contrariamente a lo establecido por el orden jurídico.

Si partimos de las bases desarrolladas al considerar a la conducta-típica como una conducta prohibida y concebir a las causas de justificación como circunstancias excepcionales que justifican un hecho prohibido, entonces no podemos considerar al error sobre las causas de justificación como un error de tipo ni como un error de prohibición.

En otras palabras, en los supuestos de error sobre la justificación se verifica la conducta típica y antijurídica, por lo cual tenemos que resolver el problema a nivel de culpabilidad sin poderlo denominar o clasificarlo como una especie de error de prohibición.⁵⁹

La fórmula del *actio libera in causa* señala que la responsabilidad criminal de quien ejecuta el delito en estado de inimputabilidad, descansa no en la consideración de la actividad u omisión consumativa del delito, sino en la consideración de la causa de esa actividad u omisión, libremente puesta por el autor que, luego al consumarse la infracción, carece de esta libertad.

De esta manera, el concepto de *actio libera in causa* da por inexistente la imputabilidad del agente durante la ejecución del delito, y la traslada al tiempo en que el sujeto se procura, dolosa o culposamente, el estado de inimputabilidad, en el cual tiene plena capacidad de entender y querer.

Si bien se pretendió aplicar este criterio de la acción exclusivamente a las conductas realizadas por el sujeto inimputable, a consecuencia de la ingestión de bebidas embriagantes, la dogmática moderna del delito quiere ver

⁵⁹ DIAZ ARANDA Enrique. Teoría del Delito. México 2006. editorial Straf. P.192.

igualmente en todas aquellas incapacidades originadas en causas distintas como el sueño, la sugestión hipnótica, el sonambulismo etc⁶⁰.

5.2. FORMAS DE CULPABILIDAD.

Con respecto a la culpabilidad, dolo o culpa, por medio de las probanzas será posible determinar: el comportamiento del sujeto, si la voluntad se tradujo en un actuar voluntario, dirigido a la producción del resultado, típico y antijurídico, o sí, por el contrario, el sujeto *"infringió un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado pudo prever"*.⁶¹

La acción o conducta, en cuanto se refiere a su propio contenido de voluntad, únicamente puede manifestarse como decíamos para los efectos de la culpabilidad, en dos formas: intencional o dolosa y no intencional o culposa. Es cierto que si exclusivamente se hace referencia a las formas que pueden revestir la culpabilidad, tenemos que aceptar la exigibilidad, fundamento de la culpabilidad, ya que sólo funcionará ante una conducta que lleve los contenidos psíquicos de intención o dolo o no intención o culpa.

Sabemos, que para que exista delito, se requiere la satisfacción de todos los elementos que forman parte de él; la conducta, primero de los elementos del concepto, siempre lleva consigo un contenido de voluntad que es el que sirve para reprocharla, en orden a la culpabilidad; lo anterior significa que la culpabilidad, de acuerdo al sistema penal mexicano, puede presentarse en las formas dolosa (intencional) o culposa (no intencional o de imprudencia) y entendida esa culpabilidad en cuanto al contenido de voluntad del sujeto agente.

⁶⁰ ROMÁN QUIROZ Verónica. *La Culpabilidad y la Complejidad de su comprobación*. Editorial Porrúa. 2006 pp. 217-219.

⁶¹ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*. pág. 171.

El artículo 8. del Código Penal Federal establece: Las acciones u *"omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.*

Y el artículo 9. del mismo Código dice:

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

"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".⁶²

Así queda establecido que el juez es quien al conocer de un hecho individualizado, que es motivo de su enjuiciamiento, resuelve el juicio decretando la culpabilidad del autor, quien pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo que el derecho pretende, resulta la consecuencia de reprocharle, vinculando psicológicamente con el acontecimiento, no haber adecuado su conducta a lo que las normas establecen.

5.2.1. Forma Dolosa (Intencional).

Citaremos en primer lugar la Teoría de la Voluntad, considerada como la tradicional o clásica, y que data desde la antigüedad romana, pero encuentra su mejor expositor en el maestro de Pisa, Francisco Carrara, quien afirma como ya mencionamos en su oportunidad, que *"el dolo se define como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe, es contrario a la ley".⁶³*

⁶² Compilación de Amparo y Penal Federal. Editorial Juárez Carro. 2008. p.146.

⁶³ CARRARA FRANCISCO. *Programa de Derecho Criminal, tomo I.* p. 73.

Carrara destaca de ella como elementos del dolo el conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho e intención de realizarlo. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la intención de dañar.

El primero consiste en la previsión del perjuicio. El segundo en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no siempre será esencial para constituir el dolo, lo es siempre indispensablemente la primera

A las ideas de Carrara, valiosas en principio, se le han hecho críticas que han servido para el perfeccionamiento de esta teoría, en lo esencial.

Remo Pannain dirige su crítica a Carrara en lo que se refiere a la voluntad del sujeto agente. En muchos casos, sostiene el crítico, no hay una voluntad dirigida a la violación o contrariación de la ley, sino hacía un objetivo final diferente. Por ejemplo: el caso del ladrón, quien no obra queriendo violar la ley, sino simplemente para posesionarse o apropiarse de la cosa que no le pertenece.

Maurach define el dolo como el querer, regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo y más adelante, teniendo en consideración que esta parte objetiva del tipo es únicamente el enlace entre una acción y un resultado, ambos determinados por la ley, el dolo aparece para este autor alemán referido a la teoría de la acción como *"la voluntad de la acción dirigida al resultado"*.

Lo característico de la teoría de la voluntad, se encuentra en la voluntad misma, sin embargo, no es suficiente esa sola voluntad respecto de un hecho para que pueda surgir el dolo con toda su trascendencia; es necesario que también exista la intención de producir el resultado sobrevenido; por ejemplo: el hecho de disparar una arma de fuego, queriendo hacerlo, no

constituye un acto doloso para los efectos penales, se requiere también que al manifestar en esa forma la voluntad, se tenga la intención de producir cierto resultado, como puede ser herir o matar a alguien.

Ya en la actualidad una teoría pura de la voluntad es difícil de encontrar; la voluntad por sí sola no satisface a los teóricos modernos, quienes han buscado y encontrado una mejor fórmula para acabar con innumerables ejemplos e hipótesis, según los cuales el simple querer algo y la ejecución de los medios para alcanzarlo no es suficiente para fundamentar un concepto de dolo.

El *dolus* para Beling,⁶⁴ significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente, por consiguiente, no sólo no existirá el dolo cuando el autor con respecto a la ilicitud en general no estuviese en actitud dolosa, sino que no lo habrá tampoco cuando dándose tal dolo genérico, el autor no tenga la dirección específica orientada a la realización del delito-tipo correspondiente.

Por tanto, el dolo podría y debería ser definido como la conciencia del autor que ataca su acto; lesionando o poniendo en peligro los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o de la colectividad. El dolo exige la presunción exacta de que los hechos están previstos por la ley.

El *dolos malus* en el Sistema Clásico, estaba compuesto por el conocimiento y la voluntad de los hechos y; la conciencia de su significación antijurídica (o conocimiento del Derecho). El causalismo psicologista (relativo al período clásico), sostiene que el dolo se construye exclusivamente con base a

⁶⁴ BELING ERNST VON. *La doctrina del delito-tipo*. Sebastián Soler, Buenos Aires. p. 73

dos elementos: a) *el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal y; b) el querer esos hechos que previamente se han conocido.*⁶⁵

Para la existencia del dolo, se requiere entonces el conocimiento y previsión del resultado ilícito; esto es, el elemento intelectual del dolo. También constituye elemento intelectual, el conocimiento de que el resultado querido es el ilícito, o sea, de que tiene una significación antijurídica (injusto).

El elemento emocional del dolo, en cambio, está constituido por la viciada voluntad de causación. Y respecto a que si concurren a integrar el dolo los motivos reseñados por los positivistas (relativos al grado de íntima inmoralidad del agente); el jurista Carrancá y Rivas atinadamente observa que aquellos tienen importancia cuando es hora de individualizar el tratamiento.

Acerca de esto es necesario que definamos las modalidades de dolo.

El *dolo genérico* que es aquel en el cual el autor del delito comete el acto en forma tal que prevé las consecuencias del acto, aunque no determine la víctima, pero sí tiene conciencia del hecho delictuoso y sus consecuencias.

El *dolo específico*, es aquél que está determinado por un fin especial, y este fin es el que le da fisonomía propia al delito. El dolo directo se configura cuando el sujeto ha dirigido su voluntad hacia un hecho o un resultado antijurídico que ha previsto como cierto con el fin de determinarlo.

Dentro de un mismo hecho, como es el apoderamiento y la sustracción que configuran los delitos contra la propiedad, se pueden dar diferencias fundamentadas en el dolo específico. Si el apoderamiento de la cosa

⁶⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis de los delitos contra la vida*. Trillas 1998. p.45.

es con el fin de obtener provecho habría hurto o robo; si lo es para destruirla, será delito de daño. En los delitos contra la libertad, el fin puede cambiar la naturaleza del tipo. Si se priva a alguien de su libertad individual con fines de causar alarma, cometerá un delito contra la libertad, agravado. No se encuentra la persona, con fines de libertinaje o de matrimonio, incurrirá en el delito de raptó; y si realiza el secuestro, que es privación de libertad para obtener un rescate, habrá cometido un delito contra la propiedad.

El *dolo eventualis* o dolo eventual, en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor de la comisión del acto.

Para Carrara el dolo eventual tiende a lesionar otro más, ocasionándole así un daño consecutivo, pero sin la voluntad positiva de causar este último resultado, de ahí la consecuencia lógica de considerar como culposa la acción por cuanto se esperaba poder evitar el daño consecutivo, no lográndose por imprudencia.

El *dolo de ímpetu*, es el resultado de una decisión repentina y realizada de inmediato y en otras palabras, cuando entre el propósito criminal y su actuación no corre ningún lapso. Es el ideado y puesto en práctica de manera súbita, que se valora en la moral y el lo penal sobre todo con cierta indulgencia que no alcanza la perversidad puesta de manifiesto en el dolo de propósito.

El *dolo de propósito o premeditado*, el cual se caracteriza fundamentalmente, por la perseverancia del sujeto en el propósito delictivo durante un lapso considerable antes de la actuación (elementos cronológicos), y por el proceso de reflexión que acompaña y se mantiene durante tal periodo de preparación del delito.

La doctrina menciona que el dolo *inicial o antecedente*, es aquel que precede a la conducta prescrita en la ley como delito o contravención, por ejemplo: el sujeto homicida que manda el paquete de dulces envenenados a su enemigo.

El *dolo concomitante*, se da cuando acompaña al agente durante todo el *iter criminoso*, o cuando surge durante el desarrollo de una actividad lícita que se transforma en delictiva; por ejemplo: al comienzo de una relación sexual voluntaria con una persona mayor de edad y en el curso de ella la mujer reclama suspenderla, pero el hombre la continua con violencia.

El *dolo subsiguiente o sobrevenido*, es aquél que habiendo realizado un comportamiento de suyo lícito, descubre que va a producir o está produciendo daño y entonces omite el deber de actuar para evitarlo, a sabiendas de que vulnera así un interés penalmente tutelado; por ejemplo, el abuso de confianza en la que el agente posee la cosa lícitamente porque la ha recibido así de su dueño y después decide no devolverla.

El *dolo de consecuencia* necesaria el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción ya ha admitido en su voluntad el resultado.

Indica Díaz Aranda que el análisis de la voluntad en sentido interno se realiza en la conducta, mientras que en su sentido externo corresponde al dolo propiamente dicho. Desde esta perspectiva las teorías causalistas, al ubicar al dolo en sede de culpabilidad, dejaban para ese momento el contenido de la voluntad, es decir, la dirección o finalidad del sujeto, centrando su

atención en sede de tipicidad única y exclusivamente en la voluntad de causar⁶⁶.

Ahora toca citar a la Teoría de la Representación, en donde podemos decir que Franz von Liszt fue quien inició la formulación de esta teoría, con abandono de la hasta entonces predominante tesis de la voluntad. El profesor afirmó que el dolo *"es el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley"*.

Si analizamos los elementos del concepto anterior, se puede sostener que entre ellos, se encuentra la representación del hecho, entendida como la de un acontecimiento que habrá de realizarse y es perceptible sensorialmente o como el conocimiento de las circunstancias de hecho, de donde resulta una definición del dolo "prima facie", como *"la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de la voluntad"*.⁶⁷

Conforme a esto, el fundamento de la teoría de la representación en orden al dolo, se caracteriza por el proceso interno que realiza el agente en su mente y por el cual se representa un resultado que causalmente ha de producir su conducta y a pesar de ello ejecuta u omite, según sea el caso, esa conducta que finaliza produciendo el resultado representado.

Por ejemplo: la enfermera que debe administrar una inyección a su paciente cada hora para que no muera, y que en vez de hacerlo se va de paseo, comete homicidio ya que el paciente muere, puesto que quiso la acción (ir de paseo y se presentó el resultado (muerte del paciente), aunque no haya querido la muerte, sino que la haya lamentado.

⁶⁶ DIAZ ARANDA Enrique. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa. pp.58-59.

⁶⁷ LISZT FRANZ Von. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus, 2ª. Edición. Madrid 1927. tomo II. p. 397.

Abundando en la teoría de la representación, es conveniente agregar que el dolo, como forma más destacada y trascendental de la culpabilidad, únicamente puede ser entendido como parte de un todo; esto quiere decir que el concepto que se sustente acerca del dolo tiene que ser acorde con lo que por culpabilidad se entienda; en este orden de ideas, hemos sostenido que para que exista la culpabilidad se requiere la vinculación entre el acontecimiento y la voluntad del autor, y además, es necesario que haya reprochabilidad y exigibilidad, es indudable que no puede dejarse a un lado el elemento vinculatorio que viene a ser, la voluntad del sujeto.

Mezger afirma que *"actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado"*.

Welzel considera que el dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo. Para llegar a esta afirmación sostiene el autor alemán que *"el dolo penal tiene siempre dos dimensiones; no es solamente la voluntad tendiente a la concreción del hecho, sino también la voluntad apta para la concreción del hecho"*. Con esta función, el dolo pertenece a la acción porque distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones.

Conforme a lo anterior, los elementos consistentes en la voluntad y en la representación no satisfacen la pretensión de darle al dolo su verdadero contenido sobre todo si se tiene en consideración la trascendencia que en el campo del Derecho Penal tiene la culpabilidad manifestada en su forma dolosa. Como ejemplo de lo antes dicho tenemos que, cuando el autor de una conducta representa como resultado, que su comportamiento se encaminó hacia la producción del resultado, o cuando menos lo aceptó como posible, entonces habrá dos elementos que antes eran considerados aisladamente.

De este concepto se pueden obtener como elementos integrantes los que se denominan intelectual y afectivo.

Si consideramos que la teoría que nos ocupa pretende involucrar a las otras dos formas que fundamentan el dolo, encontraremos que existe la necesidad de referir al dolo el contenido intelectual de la conducta, es decir, el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que matizan la antijuridicidad de la conducta y que la tornan culpable, específicamente culpable dolosa; el sujeto que es autor de la conducta debe tener el conocimiento de la índole de esa conducta, en cuanto se refiere a sus características de hecho, y además el alcance jurídico penal de esa misma conducta. Puesto lo anterior en una fórmula simple, puede decirse que el elemento intelectual del dolo está constituido por el conocimiento de la criminalidad de la conducta.⁶⁸

Este conocimiento de la criminalidad de la conducta o elemento intelectual del dolo, requiere para su integración que el sujeto tenga conocimiento de los hechos y de las circunstancias fácticas relevantes para el tipo legal, de lo decisivo de ellos en el proceso causal y de la significación jurídica de los propios hechos, en orden a su tipicidad y a ser quebrantadores de un deber, o sea en orden a su antijuridicidad.

Así tenemos que la vinculación entre voluntad y representación vienen a ser los ingredientes más puramente subjetivos que caracterizan al dolo y lo distinguen de otras formas de la culpabilidad.

El elemento emocional, volitivo o afectivo, consiste en que no basta, para que haya dolo que el agente represente un resultado antijurídico determinado, sino que es menester, que desee la realización de ese resultado típicamente antijurídico. La escuela positivista combate insuficientemente el

⁶⁸ VELA TREVIÑO Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Editorial Trillas. Segunda Edición p.217

concepto clásico del dolo, integrado únicamente por la concurrencia de la inteligencia y de la voluntad, y lo hace consistir en tres elementos: voluntad, intención y fin.

La voluntad se refiere al acto en sí, como en el disparo de un revólver que puede ser requerido o accidental. La intención se refiere al motivo por el que el acto con esta intención se ha buscado producir, como en el disparo del revólver, dirigido deliberadamente a matar, se busca (el fin) vengar la ofensa, lograr el robo, defender a la persona o ejecutar una orden de autoridad.

En varias partes de la teoría del delito a que hicimos referencia en el capítulo anterior, hablamos de la voluntad, y en cada caso le corresponde un concepto especial. Para los efectos del elemento afectivo volitivo del dolo, por voluntad se entiende el contenido de la intencionalidad de la conducta, cuando le impone a ésta una dirección determinada que viene a ser contraria a la norma y marcha hacia un resultado antijurídico.

Debe observarse que la conducta siempre tiene un contenido volitivo ya que, como dijimos, lo que carece de él es irrelevante para el Derecho Penal; ahora bien, partiendo del supuesto de que se está ante la presencia de un sujeto imputable, al campo de la culpabilidad le interesa determinar cuál fue el sentido que el sujeto impuso a su conducta, es decir, su en su subjetividad se realizó el proceso mental previo que lo indujo a actuar en cierta y determinada forma. Cuando se logra establecer esa coincidencia entre lo pensado y lo actuado y además se ha precisado una orientación de la conducta hacia la producción de un resultado antijurídico, puede hablarse de que se tiene integrada una conducta dolosa.

También es de destacarse que la orientación de la conducta resulta contradictoria con la norma. El Derecho tiene como pretensión ideal que todos

los sujetos que están bajo su imperio ajusten su conducta al contenido cultural de la norma o sea, que no incurran en la contradicción de afectar con su conducta la norma protectora de los bienes jurídicos que son motivo de la tutela penal. Al haber voluntad de contrariar la norma, hay dolo, ya que finalmente a ello tendía la conducta emitida.

5.2.2. Forma Culposa (No Intencional).

En un aspecto negativo, cuando no hay intención o existe imprudencia, faltará la posibilidad de reprochar la conducta, o sea que no habrá culpabilidad y en consecuencia, tampoco delito;

Por lo que toca al término "imprudencia" que la ley mexicana asimila, gramaticalmente se entiende este término a la punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que serían delictuosos; por esta razón emplearemos la palabra "culpa" que debe entenderse como denominación en orden a la culpabilidad y sustitutiva de "no intención o imprudencia", cuando la refiramos a nuestra legislación positiva.

La culpa, en el aspecto conceptual se ha entendido como opuesta al dolo; en consecuencia, es importante que se encuentre un fundamento adecuado para la reprochabilidad de la culpabilidad en su especie culposa, que justifique tanto la necesidad como la conveniencia de imponer una sanción a quien, sin quererlo, causa un daño a un bien jurídicamente protegido.

Para evitar posibles interpretaciones erróneas es menester aclarar desde este momento que la conducta culposa no es necesariamente una forma de manifestación de la conducta que se exterioriza mediante la llamada omisión.

Vemos que lo que convierte reprochable una conducta culposa es el hecho de que su autor haya impuesto a su conducta esos ingredientes de precaución, diligencia, cautela, cuidado, etcétera, que son indispensables para la preservación de los bienes jurídicamente protegidos y que todo individuo por ser parte de la sociedad, debe incluir como elemento de su comportamiento social.

En síntesis, no se trata de una omisión en cuanto a la forma de la conducta, sino en lo que se refiere a su mínimo contenido psíquico de la sociabilidad. En los delitos de omisión el cuerpo está inactivo, pero el ánimo está activo, porque para el fin a que tiende impone la inactividad al cuerpo.

La voluntariedad del acto en materia de la culpa corresponde a un vicio de la propia voluntad no de la inteligencia, puesto que lo que matiza la culpa es la omisión de la reflexión por medio de la cual pueden conocerse anticipadamente las posibles consecuencias de la conducta que habrá de realizarse y al omitir ese deber de atención, cuidado y reflexión, se está colocando voluntariamente el sujeto en situación culposa si acontece el resultado previsible.

La previsibilidad del resultado o de las consecuencias de la conducta, radica en opinión de Carrara la esencia de la culpa, ya que debe haber reproche para quien puede prever y no prevé y para quien habiendo previsto actúa con la esperanza de evitar las consecuencias.

Aquí se encuentra el campo que delimita de lo doloso, lo culposo y lo fortuito. Si se actúa con el fin previsto de causar daño, hay dolo; si la actuación se debe a la omisión de previsión o la esperanza de que no aconteciere el resultado previsto, hay culpa; en cambio, si se produce un resultado

imprevisible, aparece el caso fortuito, porque no hay omisión de previsión, por no ser previsible el resultado.

Del grado de previsibilidad se obtienen tres clases de culpa, que son: la lata, leve y levísima.

Es *lata* cuando el resultado dañoso lo habrían podido prever todos los hombres; es *leve*, cuando solamente lo habrían podido prever los hombres diligentes; y es *levísima*, cuando se habría podido prever solamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común.

Atento a lo anterior se distinguen dos clases de culpa: la llamada consciente, con previsión, con representación o inmediata, y la denominada inconsciente, sin previsión.

En este sentido Zaffaroni, la define como aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado, aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento lo evitará o no acontecerá.

Como ejemplo de este especie de culpa, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente, y pese a presentarse la posibilidad de un atropellamiento impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que nada ocurrirá. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y sin embargo confiando en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

La culpa inconsciente, en cambio, es la ignorancia de las circunstancias del hecho a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (saber y poder). Dicha ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad.

Existe una frontera sutil entre el dolo y la culpa: a fin de establecer la distancia entre el dolo eventual y la culpa consciente se parte de la teoría del consentimiento, la cual propone la existencia del dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepta la producción del resultado, en tanto que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación.

Mero accidente, hecho causal o contingente es el caso fortuito, desde el punto de vista del sujeto a quien no puede imputarse ni intención (dolo) ni imprudencia (culpa), por lo que el elemento psíquico del delito se encuentra, desde luego ausente, y por ello, ausente también la voluntad.

El caso fortuito encuentra su reglamentación en la fracción X del artículo 15 del Código Penal vigente: *"El resultado típico se produce por caso fortuito"*.

En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. En consecuencia el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

Sabemos que no todos los delitos admiten la forma culposa. Muchos tipos requieren necesariamente de una ejecución dolosa, es decir, sólo pueden actualizarse mediante una conducta dirigida subjetivamente a la realización típica.

Así también mencionemos al estado de necesidad disculpante o estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, que se diferencia del estado de necesidad justificante porque aquí el bien jurídico es de mayor jerarquía que el interés sacrificado.

La descripción normativa del estado de necesidad que plantea el sacrificio de un bien jurídico de idéntica jerarquía a la del bien preservado, constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta conforme al Derecho, toda vez que en estas situaciones conflictuales es inhumano pretender un comportamiento heroico o excepcional.

El Sistema Clásico no pudo explicar sistemáticamente por qué debía quedar excluida la culpabilidad frente a los supuestos de estado de necesidad exculpante⁶⁹ y a los de miedo insuperable.

El miedo, de *metus*, significa inquietud, ansiedad; es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge en la imaginación.

Temor, de *timor*, o espanto, pasión del ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas.

⁶⁹ CASTELLANOS TENA Fernando. *Lineamientos elementales del Derecho Penal*. Novena Edición. pp. 272-273. ...También denominado estado de necesidad disculpante o estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, se diferencia del estado de necesidad justificante porque ahí el bien jurídico es de mayor jerarquía que el interés sacrificado.

El miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro.

Peligro grave e inminente para la persona o la de otro, en primer lugar requiere la realidad de un mal grave que amenace en forma grave o inminente al propio sujeto que actúa o a otra persona, y que se convierte en la motivación que impulsa y constriñe a la acción necesaria.

Como expresa el estado de necesidad, no sólo comprende el caso despedido para la propia persona sino que también se extiende al supuesto del auxilio al tercero amenazado por el mal o peligro; pero por otra parte, en cuanto a los bienes salvaguardados se hace regencia solo a la persona.

Que la situación de peligro no haya sido causada voluntariamente por el agente, en segundo lugar se requiere que la situación de peligro no haya sido causada voluntariamente por el agente. Si el sujeto a causado el peligro intencionalmente, esto es si lo ha previsto y querido, no podrá alegar a su favor el estado de necesidad. En cambio si podrá alegarlo si ha provocado culposamente la situación de conflicto.

Consecuentemente, el análisis de la culpabilidad del sujeto en dicho supuesto no sólo se sustenta en datos subjetivos, sino también en los objetivos que rodearon al hecho, como son la verificación de la inexistencia de otro medio de salvamento.

La diferencia entre el dolo, la culpa y la culpa consciente es muy semejante a la distancia entre el dolo eventual y la culpa consciente, la cual propone la existencia del dolo eventual cuando el sujeto consciente acepta la producción del resultado, en tanto que si realiza la acción con la confianza de

que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación.

El maestro Pavón Vasconcelos, nos dice que en el dolo eventual se acepta el resultado, lo que implica voluntad, mientras que en la culpa consciente ni se quiere ni se acepta el mismo, eliminándose la voluntad respecto a la causación del resultado.

El jurista Franco Guzmán distingue al dolo eventual de la culpa consciente, sosteniendo que en el primero el agente no quiere el resultado, aunque se lo representa como posible, pero lo acepta (el resultado) en caso de que se presente. En la segunda: el agente también quiere el resultado, se lo representa como posible, pero no acepta el resultado en caso de que se presente.⁷⁰

En síntesis, la culpabilidad se funda en el reproche y en la exigibilidad como ya expusimos anteriormente, y sólo funciona en razón de un hecho concreto que es motivo del enjuiciamiento, hecho aislado que siempre tiene que ser típico. No puede afirmarse sin embargo, que todo lo típico es culpable ya que siguiendo la interpretación de las normas y conforme al mencionado artículo 8º, de la ley de la materia, el reproche se formula por parte del juez cuando el contenido de voluntad de la conducta típica no es adecuado a la pretensión normativa, lo que significa que puede haber, y en realidad hay, conductas típicas que no son culpables.

Ahora bien, tomando la definición de culpabilidad que expresa el maestro Sergio Vela Treviño en su obra⁷¹: diremos que *“culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber*

⁷⁰ DR. FRANCO GUZMÁN Ricardo. *Apuntes sobre la cátedra de “Teoría de la culpabilidad”*. UNAM, México, agosto-diciembre 1996.

⁷¹ VELA TREVIÑO Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Editorial Trillas. p. 99.

"realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma".

Dicho lo anterior, deseamos destacar que no basta una vinculación hecho-voluntad para determinar la culpabilidad, sino que siempre es menester por parte del juez la formulación del juicio relativo a la culpabilidad, atendiendo al contenido de las normas para obtener de ahí tanto la graduación de reproche, como la forma de la culpabilidad y el fundamento de la exigibilidad; lo que es exigible y se omite, es reprochable; pero la exigibilidad siendo normativa, también lo será el reproche y como de ambos se obtiene la culpabilidad, ésta es normativa.

No obstante, debe quedar claro, que el concepto de culpabilidad que funciona en el sistema penal mexicano sigue siendo psicológico, pero con la adición de la exigibilidad y la reprochabilidad, que lo convierten en consecuencia, en un concepto normativo de la culpabilidad.

Abundando en la teoría normativa de la culpabilidad y sobre todo en la aplicación a los hechos actualizados, decimos que es a través de esta concepción normativa que le es dado al juez penetrar con pleno acierto en el campo de lo subjetivo que corresponde al elemento "culpabilidad" del delito, al fijarse los límites de la culpabilidad por medio de la exigibilidad; se obliga al juez a realizar un estudio de las condiciones subjetivas del individuo en relación directa con la norma y a través del acto concreto, lo que conduce llegar al reproche con mejores elementos de juicio y no exclusivamente por medio de la vinculación hecho-voluntad.

Si el estudio de la culpabilidad significa la manifestación del avance del Derecho Penal, es indudable que todo aquello que permite una atribución

más justa y más correcta de lo que el hombre hace, buscando el por qué de su conducta, es sin dudar, un paso adelante en la justicia individualizada.

5.3. BREVES ANTECEDENTES SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

En principio diremos que la individualización de la pena, no siempre fue reconocido al menos con el sentido y el alcance con que se le concibe actualmente. Aunque la idea de adecuar la pena a la personalidad del delincuente no es nueva.

Ya en las Partidas (Partida VII, Libro XXXI, Ley 8º), se establecía que: *"catar deben los juzgadores, quanto quieran dar juicio de escarmiento "contra alguno, si es siervo o libre, o de aldea, o mozo, o viejo"; y de acuerdo a "ello, pueden crecer o menguar la pena, según entendieren que es guisado y lo "deben hacer".* Disposiciones que eran comunes en las legislaciones de la época medieval y no un privilegio exclusivo de España, cuyas leyes se consideraban superiores a las que regían en otros países.

Pero este tipo de individualización de la pena, que ya conoció el antiguo derecho romano, el derecho germano y el derecho canónico, no es la que postula la ciencia penal contemporánea, ya que implicaba consagrar la más irritante e injusta arbitrariedad y la desigualdad de los hombres ante la ley.

Montesquieu, en su libro *"De l'esprit des lois"*, decía que los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley y consideraba que aquéllos eran "seres inanimados" que no pueden moderar la fuerza o el rigor de la ley.

También Beccaria, inspirado en esa idea, afirmaba que la libertad y la seguridad de los ciudadanos sólo se garantiza cuando las leyes son fijas y

literales, cuando no se confíe a los jueces más que el examen de las acciones de los ciudadanos para decidir si son conformes o contrarias a la ley escrita.

La llamada escuela clásica cumplió su importante misión histórica desterrando para siempre el imperio de la arbitrariedad en el derecho punitivo, salvaguardando las garantías individuales e intentando realizar el democrático principio de la igualdad de todos los hombres ante la ley. La consagración legislativa de sus principios, constituyó una valla contra las penas arbitrarias y contra los abusos del soberano.

Ahora bien, la necesidad de adecuar la pena a la personalidad del delincuente fue puesta de manifiesto por el positivismo penal y por la escuela correccionalista, pero el primer autor que se ocupó en forma sistemática del problema de la individualización de la pena fue el austriaco Emilio Wahlberg, quien en 1869 publicó en Viena una monografía sobre los *"principios de la individualización de la ley penal"*. Sin embargo su obra no tuvo gran trascendencia.

Años más tarde, el profesor de la Facultad de Derecho de París, Raymond Saleilles dio a luz su conocido libro *"L'individualisation de la peine"*, cuya segunda edición aparecida en París en 1908, y que contiene muy pocas modificaciones con respecto a la primera, fue publicada cuando su prestigioso autor ya había abandonado la enseñanza del derecho penal para consagrarse a la del derecho civil; esta obra fue traducida en 1914, por Juan de Hinojosa, con el título *"La individualización de la pena"*.

Esta obra de Saleilles adquiere especial importancia, no sólo por los juicios contenidos en la misma, también porque partiendo de las ideas de los positivistas italianos, en cuanto consideraban que el derecho penal era política de defensa social, Saleilles afirma que el derecho penal es *"la política de defensa social adaptada las necesidades de la idea de justicia"*; es decir, la

pena tiene un fin social, que mira procurando un resultado en el porvenir, por esto, la pena debe aplicarse a cada delincuente en particular y que ésta sea apropiada a su fin, para que produzca el mayor efecto posible.

Con respecto a nuestro país, durante la época colonial, rigieron normas de legislación hispana que establecían diferencias de tratamiento según la condición del delincuente, distinguiendo entre nobles, plebeyos, negros, mulatos, indios, etc.

La mayor parte de los códigos penales establecen una serie de normas tendientes a permitir la adecuación de la pena a las particularidades de cada caso y a la personalidad de cada delincuente en concreto, dando facultades al juez para que pueda realizar esa individualización de la sanción dentro de ciertos límites, al igual que a los funcionarios administrativos que tienen a su cargo el cumplimiento de la pena o sea, la parte ejecutiva.

Se afirma que la pena y su individualización, no deben responder a la personalidad o al carácter del sujeto o cualesquiera otra referencia con la así denominada culpabilidad del autor, limitan también la reincidencia como factor de imposición penal autónomo y directo, lo que implica que la pena debe determinarse exclusivamente en relación con el hecho realizado.

5.4. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN LA ACTUALIDAD.

La ley penal mexicana, a partir de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, en que expresamente hace referencia al principio de readaptación social, hoy llamado "*reinserción*", el cual se relaciona con las bases de la decisión política fundamental del Estado mexicano, que definen su estructura política en la cual se reconoce a una persona en su dimensión individual y social en los términos que establecen los artículos 39, 40, 41 y 40, a su vez en relación con los derechos humanos que como garantías individuales y sociales,

aparecen previstas principalmente en el capítulo primero de nuestra Carta Magna.

5.4.1. Determinación de la Pena.

El abandono del sistema clásico de las penas rígidas y la adopción del sistema de las penas alternativas y de las penas divisibles, trasladó la cuestión de *la individualización legislativa* de la pena a su *individualización judicial*; de ello se deduce que ésta última, es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez determina las consecuencias jurídicas de un delito según la clase, gravedad y forma de ejecución del ilícito cometido.

Efectivamente, el legislador, al sancionar una norma punitiva puede optar entre predeterminar un marco penal más o menos amplio del cual, posteriormente, el juez deberá individualizar la sanción justa o establecer una pena invariable.

Así queda establecido que el juez es quien al conocer de un hecho concreto, que es motivo de su enjuiciamiento, resuelve el juicio, decretando la culpabilidad del autor, quien pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo que el derecho pretende, resulta la consecuencia de reprocharle, vinculando psicológicamente con el acontecimiento, no haber adecuado su conducta a lo que las normas establecen.

Ya mencionamos que la culpabilidad es el resultado de un juicio, ya que el juez es el capacitado para pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de ella, que en cada caso particular estudia la conducta que se encuadra al tipo, para poder determinar si en razón de su contenido volitivo, satisface el requerimiento indispensable para poder ser reprochada a título de dolo o de culpa, según quede acreditado con los elementos probatorios de que disponga el juzgador.

Partiendo del supuesto de que se está ante la presencia de un sujeto imputable, al campo de la culpabilidad le interesa determinar cuál fue el sentido que el sujeto impuso a su conducta, es decir, si en su subjetividad se realizó el proceso mental previo que lo indujo a actuar en cierta y determinada forma.

Cuando se logra establecer esa coincidencia entre lo pensado y lo actuado y además se ha precisado una orientación de la conducta hacia la producción de un resultado antijurídico, puede hablarse de que se tiene integrada una conducta dolosa.

El Derecho tiene como pretensión ideal que todos los sujetos que están bajo su imperio ajusten su conducta al contenido cultural de la norma, o sea, que no incurran en la contradicción de afectar con ella (su conducta), la norma protectora de los bienes jurídicos que son motivo de la tutela penal. Al haber voluntad de contrariar la norma.

Dicho lo anterior, deseamos destacar que no basta una vinculación hecho-voluntad para determinar la culpabilidad, sino que siempre es menester por parte del juzgador la formulación del juicio relativo a la culpabilidad, atendiendo al contenido de las normas para obtener de ahí tanto la graduación de reproche, como la forma de la culpabilidad y el fundamento de la exigibilidad; lo que es exigible y se omite, es reprochable; pero la exigibilidad siendo normativa, también será el reproche y como de ambos se obtiene la culpabilidad, ésta es normativa.

La individualización legal, no es más que la organización de la individualización judicial, porque fija los límites de la actuación del juez trazando el campo de su arbitrio.

En las escuelas positivista y ecléctica se decía que era necesario que la pena fuera indeterminada, entendida ésta, como la ignorancia por parte del delincuente a la duración que debiera tener dicha pena. Decían que la ésta debía durar el tiempo necesario para que el delincuente se readaptara. Se comparaba este sistema a la medicina, en la que el tratamiento debía durar el tiempo que fuese necesario para que se lograra la cura del paciente.

La individualización judicial, dice Saleilles, constituye sólo un diagnóstico y en materia de tratamiento moral, como en terapéutica, el diagnóstico no basta, es preciso aplicar el remedio, el cual varía de acuerdo a la persona que se aplica.

No se trata de curar una enfermedad, sino de rehacer un temperamento. La analogía entre enfermos y delincuentes no pasa de eso, analogía, ya que sin la observación constante de cada uno de ellos mediante funcionarios administrativos, ayudados por médicos y antropólogos, no es posible ni una clasificación acertada de los reos para los efectos del tratamiento, que debe variar según la índole y antecedentes de cada sujeto.

Como hemos señalado, la culpabilidad se sustenta en el reproche que se le puede hacer al sujeto que realizó el injusto porque pudiéndose comportar conforme a Derecho decidió contravenirlo. A dicha idea se debe sumar la capacidad del autor para comprender la trascendencia de su injusto ya para ello requiere cierta madurez, siendo el legislador penal quien deberá determinar la edad a partir del cual considera que su población en general alcanza la mayoría de edad penal.

5.5. ADECUACIÓN DE LA PENA AL DELINCUENTE.

La individualización de la pena se funda en el hecho cierto de que todos los delincuentes no son iguales, del cual resulta que no es posible someter exactamente a la misma pena a todas aquellas personas que han cometido un hecho similar, porque si así se procediera, la pena que para determinado individuo es adecuada, puede no serlo con respecto a otro.

El juez al dictar una sentencia condenatoria, impondrá la punición que estime justa y procedente, dentro de los límites de punibilidad para cada delito y en su caso, habiéndose considerado los aumentos o reducciones que resulten de la aplicación, de acuerdo al grado de reprochabilidad de la conducta del sentenciado, para lo cual deberá tomar en consideración:

- 1) La magnitud del daño causado al bien jurídicamente tutelado o del peligro a que hubiere sido expuesto;
- 2) Las circunstancias de tiempo, lugar, u ocasión de la comisión del delito y las demás circunstancias especiales que determinen la gravedad del hecho punible;
- 3) La forma y grado de responsabilidad del acusado en su caso, los motivos determinantes de su conducta;
- 4) Las particulares de la víctima u ofendido;
- 5) La culpabilidad del sujeto y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba al momento de cometer el delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Cuando el inculpado perteneciere a un grupo étnico indígena, también se tomaran en cuenta sus usos, costumbres y tradiciones.

Corresponde al juez, hacer la verdadera individualización de la pena, cuando toma contacto directo con el caso concreto y sólo a éste le es posible adecuar convenientemente la sanción, tomando en cuenta las condiciones personales del sujeto que ha delinquido, solicitando la realización de los exámenes periciales en materia de criminología, apoyado con los estudios de psicología y trabajo social, los cuales deberán obrar en la causa antes del cierre de la instrucción, con la finalidad de que el juzgador tenga conocimiento de la personalidad del sujeto, e individualice la sanción a imponer, considerando la gravedad del hecho, las circunstancias sobre los cuales aconteció el hecho, para así estar en aptitud de imponer la sanción adecuada a cada individuo.

Es así que corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo, dentro de los máximos y mínimos señalados en la ley y sin mas limitación que la observancia de las reglas normativas de la individualización de la pena.

La peligrosidad del sujeto activo, también constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no sólo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que el sentenciador, por imperativo legal, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino que también tomando en cuenta la conclusión racional resultante del examen de su personalidad en sus diversos aspectos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito.

El maestro Saleilles opina que no es posible hacer una verdadera individualización, dado que el código penal es dictado antes de que se produzcan los hechos, es decir, los códigos penales sólo pueden preverlos en

general y señalar los castigos. Sin embargo, éstos contienen una serie de disposiciones que tiene en cuenta la personalidad del agente, los efectos de graduar las sanciones y señalan, en forma genérica, diversas circunstancias atenuantes y agravantes que han de servir de base al órgano jurisdiccional para fijar las penas.

Por último, la individualización administrativa se refiere a la fase ejecutiva de las sanciones y se basa en la observación del condenado durante el cumplimiento de la pena impuesta.

La importancia de esta etapa final de la individualización de la pena ha sido puesta de manifiesto en los últimos años. Dos instituciones constituyen su corolario: la libertad condicional y los sistemas penitenciarios; aunque la primera ha sido incorporada a casi todos los países, también es universal con respecto a la segunda, la preocupación por organizar la ejecución de las sanciones penales en forma tal que cumplan sus verdaderos fines.

México no es ajeno a la inercia de emplear sistemáticamente la privación de la libertad como un recurso para enfrentar los problemas de seguridad, aunque esta estrategia no haya impactado en la percepción ciudadana de contar con mayor seguridad, ni haya reducido los índices de criminalidad. Aumentan en cambio los problemas de financiamiento de los centros de reclusión, propiciados por una sobrepoblación a 129 por ciento de su capacidad, y por las deficiencias en cuanto a la atención y resguardo de la población reclusa.

Así es, sabemos que el gran problema, es la notable carencia de instalaciones, personal especializado y medios materiales, lo que hace por demás limitada la atención del caso individual, y obliga a la búsqueda de medios colectivos de control de medida alternativa.

5.5.1. Fines de la Pena.

Ya sea en su faz legislativa, judicial o administrativa el proceso de determinación de la pena no puede prescindir del estudio de los fines de la pena.

El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto en la culpabilidad, tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado, en particular, a las necesidades públicas de prevención.

Estos fines preventivos del Estado pueden perseguirse más libremente mediante un puro Derecho de medidas de seguridad. La culpabilidad es por el contrario una suposición garante de la libertad, dirigida contra los excesos punitivos del Estado.

El principio de culpabilidad no grava al ciudadano, sino que lo protege, ya que las necesidades preventivas se impondrían con total independencia de la vinculación a la culpabilidad.

Para Muñoz Conde, no es una categoría nueva la "responsabilidad", lo que hay que hacer, es buscar suplir las deficiencias y aporías que presenta el viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad. Hay que redefinir y dotar de un nuevo contenido a este concepto (culpabilidad) para que pueda cumplir, sin contradicciones o forzamientos la función de fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un presupuesto de punibilidad (la fundamenta), pero no legitima ninguna retribución. El pensamiento kantiano de que la idea de justicia exigiría una compensación de culpabilidad desvinculada de los fines y de que la esencia o el sentido de la pena radicaría con ello en la retribución, no es compatible con un

concepto de culpabilidad libre, ni tampoco en absoluto con el Derecho Penal de un Estado moderno democrático.

5.5.2. Teoría absoluta de la Pena.

El fundamento de la teoría absoluta de la pena reside en la retribución del daño ocasionado; el verdadero sentido de la retribución es el de compensar un mal de manera de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor.

Para esta teoría, una vez que el infractor de la norma haya expiado su culpabilidad, entonces podrá reingresar a la sociedad como un hombre libre. Por ello, una concepción absoluta de la pena afirma que ésta se libera de toda finalidad preventiva.

Fue Kant quien sostuvo que el sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad. Puesto que la imposición de un castigo no se justifica en virtud de la utilidad social, éste no podría ser impuesto como medio para alcanzar otros fines.

Según esta teoría, se agota el contenido de la pena. Todos los otros efectos, intimidación, corrección, son en el mejor de los casos, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena. La sanción se impone contra el delincuente porque ha quebrantado una norma; considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto.

Desde una posición crítica puede objetarse la esterilidad político criminal de la teoría de la retribución, ya que no pretende corregir desviaciones sociales que afectan la convivencia en sociedad. Por otra parte, se sostiene que

si la reprobación ya ha recaído sobre el infractor, el reproche de la condena pierde toda función.

La teoría del fin de la pena explica sin dificultad por qué el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, porque aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico-penal de consideraciones preventivas.⁷²

5.5.3. Teoría de la prevención especial de la Pena.

Existe una segunda concepción de los castigos penales que, enfrentando los fundamentos de la teoría absoluta de la pena, propone como fin de la misma, el desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor.

Para una teoría de la prevención especial, esta finalidad se subdivide en tres fines de la pena: intimidación (preventivo-individual), resocialización (corrección) y aseguramiento.

Mientras la intimidación y la resocialización pueden ser concebidas como objetivos positivos, ya que buscan reincorporar al autor a la comunidad, el aseguramiento da expresión al aspecto negativo de la resignación en la recuperación del autor para la comunidad.

Sólo cuando la influencia resocializadora sobre el autor no ofrezca perspectivas de éxito, la medida de la pena se orienta conforme a la necesidad del aseguramiento de la colectividad, donde se acaba toda posibilidad de corrección.

Von Liszt afirmaba que sólo la pena necesaria es justa. El castigo era necesario cuando, desde el punto de vista preventivo especial, impedía la

⁷² ROXIN Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. pp.74-76

reincidencia del autor en el delito. En este orden de ideas, adoptando los lineamientos de la prevención especial, la culpabilidad carece de toda función en la determinación judicial de la pena.

Son varias las críticas que se le han efectuado a la teoría de la prevención especial. Entre ellas, consideramos importante destacar que, en pos de una supuesta "resocialización", esta teoría no pone un límite fijo a la pena; el término de ella, queda condicionado a la confirmación de un eventual resultado reeducativo.

Por otra parte, las medidas reeducativas impuestas en forma coactiva no son eficaces. En efecto, se ha demostrado que la resocialización organizada mediante la pena privativa de la libertad no hace más que acentuar y tornar definitivo el deterioro del condenado.

Las teorías preventivas especiales padecen en gran medida de la insuficiente distinción entre penas y medidas de seguridad. Ya que fracasan ampliamente en la interpretación de la pena.

Dado que toman como medida para la pena no la gravedad del juicio de culpabilidad, sino la peligrosidad social del autor (en especial la probabilidad de reincidencia), para lo cual el hecho cometido tiene sólo el valor de síntoma, ya que no se puede determinar en ningún hombre qué efecto va a tener la pena y cuán grande es el peligro de reincidencia; por eso, llegan a resultados injustos e incluso inauditos.

5.5.4. Teoría de la prevención general de la Pena.

También contrariando los postulados de la teoría absoluta, la teoría de la prevención general persigue, mediante la amenaza, disuadir a la generalidad de obrar contrariando las normas legales.

La idea de la prevención general se emplea, lo que a menudo se pasa por alto, en dos sentidos: en sentido estricto, en la intimidación general mediante la amenaza de la pena y en virtud de la sanción individual. En un sentido más amplio es la verificación del derecho como orden ético y sólo en forma secundaria es intimidación.

La verdadera posición de las teorías preventivas generales se dirige más bien a la intimidación, ya sea mediante ejecución ejemplificadora de la pena o a través de graves conminaciones de penas; en este sentido, la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach.

Anselm von Feuerbach explicó que la prevención general encontraba sustento en la existencia de una coacción psicológica, consecuencia del efecto intimidatorio que la aplicación de las penas tenía sobre los potenciales infractores de la ley.

En la prevención general subyace la idea de que el derecho es una institución destinada a la protección de la sociedad. En este sentido, las reflexiones de la prevención general determinan la creación de los tipos penales.

En la actualidad, Jakobs es el más claro expositor de esta teoría. Este autor alemán afirma que la pena pública persigue el mantenimiento del modelo de interpretación públicamente válido. La razón del proceso de la punición no ha de ser la maldad del hecho sino; por el contrario, el mantenimiento de una determinada configuración social.

Justamente, las sociedades sólo existen en tanto están reguladas por normas reales y generales, Jakobs explica que los individuos no deben actuar

conforme a sus esquemas individuales sino, por el contrario, en concordancia con un ordenamiento jurídico social general.

Los cuestionamientos que existen al respecto son, en primer lugar, que no existen criterios definidos acerca de frente a qué comportamientos el estado está facultado a intimidar y, en segundo término, que existe una imposibilidad empírica de demostrar el efecto intimidatorio que se le asignan a los castigos legales.

Se ha dicho que esta inseguridad acerca de la forma de la eficacia de la prevención general puede conducir a muchos jueces a plantear consideraciones de orden preventivo general de manera indiferente. De esta forma, además, se hace evidente una nueva problemática jurídico constitucional, en razón de que, para seguir los lineamientos de la prevención general, los magistrados pueden llegar a abandonar el criterio de la culpabilidad.

En este orden de ideas, los críticos de esta teoría señalan que resulta peligroso seguir la propuesta de la prevención general ya que ésta no fija un límite al poder punitivo del Estado.

En la misma línea de argumentación se observa que desde una perspectiva preventivo-general se justifica utilizar al hombre, a través de la pena, como medio para los fines sociales de otros hombres; lo que importa reducirlo a la condición de objeto.

5.5.5. Teorías mixtas de la unión.

Las teorías mixtas, reciben esa denominación, toda vez que median entre los postulados absolutos y los relativos; afirman que ni la teoría de la

retribución, ni las teorías de la prevención -por sí solas-, son capaces de establecer adecuadamente el objetivo y límite de la pena.

A través de una reflexión práctica, se sostiene que la pena puede cumplir con la totalidad de sus funciones y; puesto que la ley no prescribe ni prohíbe ninguna de las teorías, la aplicación preferencial de una de ellas -según sea el caso concreto a resolver- no encuentra ningún obstáculo legal.

La teoría preventiva de la unión es una variante de las teorías mixtas: en su formulación, la retribución no entra en consideración como finalidad.

La teoría preventiva de la unión, por lo tanto, toma los puntos de partida de la prevención especial y general, de modo tal que tan pronto unos u otros entren en el primer plano, el fin de resocialización preventivo especial toma el primer lugar; en compensación, la prevención general domina el ámbito de las amenazas penales y justifica la pena por sí sola en caso de ausencia o fracaso de los fines de prevención especial, mientras que no puede darse una pena preventivo especial, sin ninguna intención de prevención general, a pesar del dominio absoluto del objetivo de socialización en la ejecución.

5.5.6. Determinación Judicial de la Pena.

En el proceso de determinación judicial de la pena (que involucra la identificación de la pena y la decisión acerca de si corresponde suspenderla o sustituirla) deben analizarse, en función de los fines de la pena, las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor.

Para orientar al juez penal en su actividad se han elaborado diferentes teorías que pretenden crear criterios racionales para la imposición de medidas de carácter punitivo.

5.5.7. Teoría de la combinación.

La idea de esta teoría es que la pena aplicable a cada injusto se halla en el "triángulo mágico" de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

Efectivamente, la teoría de la combinación sostiene que la pena debe retribuir el ilícito según la culpabilidad del infractor, debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual recaída en el delito. Finalmente, como si ello fuera poco, la imposición de una sanción punitiva debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad.

5.5.8. Teoría del ámbito del juego.

Esta elaboración sostiene que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta y que, por tanto, no puede ser establecida en un punto preciso.

Esta formulación es desaprobada por quienes niegan la existencia de un "marco de culpabilidad". Tal es el caso de Jescheck, quien asegura que si bien para un hecho determinado no existe una pena que sea objetivamente justa, considera que, al individualizarla, el juez debe partir de la sanción que se adapte a la culpabilidad del autor.

5.5.9. Teoría de la Pena puntual.

En esta teoría, la culpabilidad debe establecerse en forma precisa: sólo existe una pena que se acomode a la culpabilidad del infractor.

Efectivamente, la teoría de la pena puntual niega la existencia de un "marco de culpabilidad" y, por el contrario, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad es una sola y que el juez, al momento de decidir qué pena aplicar no puede guiarse por los fines preventivos. En este sentido, es correcto afirmar

que esta teoría se fundamenta, principalmente, en la idea retribucionista de la pena.

Las críticas que se levantan contra la teoría de la pena puntual se vinculan con la imposibilidad que existe -desde el punto de vista del conocimiento- de determinar una medida exacta de la culpabilidad del autor del ilícito y, asimismo, porque el concepto de culpabilidad puede ser definido en base a criterios muy disímiles.

Para ejemplificar lo expuesto, basta recordar que a lo largo de la historia la culpabilidad fue definida, entre otros, sobre la base de criterios morales, jurídicos, psicológicos y normativos.

5.5.10. Teoría del valor relativo.

Esta teoría propone, como primer paso, que el juez gradúe la culpabilidad teniendo como parámetro la gravedad del hecho.

Luego, cuando la magnitud de la pena ya fue fijada en un punto exacto, el juzgador deberá seguir los criterios sentados por la prevención especial y decidir qué clase de pena aplicar y de qué modo deberá cumplirse.

Así las cosas, resulta evidente que esta teoría le asigna a la culpabilidad la función de coadyuvar en la determinación de la pena en sentido estricto, y a la prevención, el rol de orientar en la decisión acerca de que si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida.

En síntesis, la teoría del valor relativo divide el proceso de individualización de la pena en dos etapas bien diferenciadas que se guían por criterios de culpabilidad y de prevención.

CONSIDERACIONES FINALES.

El principio de culpabilidad tal como se reconoce, tiene su fundamento esencial en la dignidad de la persona humana, cuyo respeto impide que un hombre sea tratado como medio o instrumento para alcanzar otros fines distintos a los planteados por él mismo, no faltan también quienes encuentran el fundamento del principio de culpabilidad en la consagración de un estado de Derecho que lo inspira y legitima como deducción jurídico-constitucional del mismo; la cual estaría dividida en dos elementos:

1º. Que no haya pena sin culpabilidad y;

2º. Que no haya una pena que exceda la medida de la culpabilidad.

Al Estado no le puede bastar "*culpar*" a alguien por la comisión de un delito sin mayor criterio que su propia discrecionalidad, porque perdería legitimidad ante la sociedad y ante el infractor mismo. De allí que sea necesario determinar bajo qué presupuestos y condiciones, tanto fácticas como jurídicas, un delito puede atribuirse como obra a un autor.

El principio de culpabilidad constituye en el actual desarrollo del derecho penal contemporáneo el más importante axioma de los que derivan de modo directo de un Estado de Derecho, porque su violación implica el desconocimiento de la esencia del concepto de persona.

El principio de culpabilidad representa el límite mínimo que el Estado debe respetar, si es que pretende legitimar su intervención y la aplicación del instrumento estatal más poderoso: la pena. La sanción penal no puede simplemente justificarse por necesidades de defensa social o por criterios preventivo generales, que de por sí suelen ser expansivos y avasallantes cuando se trata de defender bienes jurídicos.

La pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto que consigue que la condena sea aceptada por la sociedad como una

conducta adecuada (justa), ayudando así a la estabilización de la conciencia jurídica general.

Así, el legislador se ha pronunciado a favor de la tesis que considera que la pena adecuada a la culpabilidad, es la más conveniente para mantener la confianza de la población en el Derecho, constituyendo este punto de vista en cierto modo la "*otra cara*" de la determinación de la pena.

Sin embargo, al ser el propio Estado, quien tiene el monopolio de atender los problemas relacionados con la seguridad pública y la justicia, es quien también ha provocado inseguridad jurídica, ya que ni los ciudadanos en general ni los encargados de aplicar la ley, saben con seguridad a qué atenernos debido a la inestabilidad legal, pues cuando lo que ahora se establece como la mejor opción, al otro día, se modifica ya sea por no funcionar o por no resultar comprensible.

Es importante destacar que las medidas, particularmente las penales, no funcionan mágicamente, como para ver sus resultados inmediatamente, por muy drástica que éstas sean; tampoco debe pensarse que las únicas medidas factibles son las penales, o que el problema de la delincuencia sólo se puede enfrentar a través de éstas, no es posible que sólo por aprobar y publicar una reforma penal, puede funcionar automáticamente y logre su objetivo inmediato, sin comprender sus debidos alcances.

El sistema de justicia penal, debe ser, en nuestra opinión, ante todo democrático de derecho, ampliamente respetuoso de los derechos humanos, para que el Estado así como el sistema de justicia penal, y por ende el Derecho Penal, deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre.

Mir Puig hace un importante aporte y afirma que 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. Así, la idea de Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad.

Tal restricción del uso del Derecho Penal obedece al principio de intervención mínima o de *ultima ratio*. Además la pena a imponer a quien ha cometido un delito deberá estar sujeta a otro principio básico, el de proporcionalidad, consistente en que la pena debe ser proporcional al hecho cometido, atendiendo a la nocividad social de la conducta; que el Estado reconozca y garantice a través de cauces formales, la condición humana y los derechos que le son inherentes para que los haga valer dentro de los principios de legalidad, legitimidad, de acto, de seguridad, presunción de inocencia y certeza jurídica; y que esos derechos y libertades se manifiesten también en el plano material, o sea, en la realidad social para que no quede en utopía.

Aunque la tendencia moderna apunta hacia la imposición de penas cortas, mejores para alcanzar la resocialización del individuo, en nuestro país, a pesar de que según el art. 18 constitucional⁷³ establece que el fin de la pena es la resocialización a través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; nuestro sistema penal ha elegido el camino de las penas largas.

Con relación a la determinación de la pena y al establecimiento de un marco de culpabilidad adecuado, la reincidencia es uno de los puntos más debatidos en la doctrina.

⁷³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Sista México 2000*. p. 7

El artículo 20 del Código Penal Federal⁷⁴ establece, que existe reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoriada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometiere un nuevo delito (...).

Es la reincidencia que agrava la pena, no porque agrave el delito cometido, sino porque al autor lo hace merecedor de una pena mayor que la normal; según unos, porque esa pena es insuficiente en relación con su sensibilidad; según otros, porque la recaída del autor en el delito a pesar de la condena anterior, demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor peligrosidad delictiva.

El fundamento de tal afirmación es que, con la condena anterior, el autor ya recibió el aviso de que debía adecuar su conducta a las normas legales que rigen en la comunidad y que, en una segunda oportunidad, a pesar de haber recibido esta primera advertencia, optó por contrariar nuevamente las normas.

Ziffer opina que el carácter agravante de las sentencias condenatorias previas debería quedar reservado para aquéllas que merecen la declaración de reincidencia; las demás, podrían quedar fuera de análisis.

También en materia de reincidencia corresponde señalar que, la consideración misma de circunstancias ajenas al hecho, debe encontrarse sujeta a estrictas restricciones respecto de la interpretación, por tratarse de una excepcional desviación del principio de culpabilidad.

Un sistema de impartición de justicia penal debe generar también, tranquilidad a quienes no han cometido delito alguno, de que no serán privados de su libertad por simples sospechas o circunstancias.

⁷⁴ Compilación de Amparo y Penal Federal. *Editorial Juárez Carro. 2008.* pp. 147.

No es la abundancia de leyes lo que constituye que un Estado sea justo; es la perfección de las leyes y su aplicación correcta, puntual y cotidiana lo que hace que las mismas conlleven a la debida interpretación hacia los cánones del Estado social y democrático de Derecho y no las reformas continuas y sin sustento, pues esta última vía no es garantía de seguridad jurídica, dado que el ciudadano no tiene certeza si lo que ayer era lícito, hoy ya es ilícito, o a la inversa.

Es menester señalar que el problema de administración de justicia en nuestro país es antiquísimo,⁷⁵ podría decirse que en México no se ha contado jamás con una administración de justicia plenamente satisfactoria. En los tiempos porecolombinos no la hubo, ya que ésta era el instrumento de la teocracia y de las clases privilegiadas. No la tuvo la época colonial, cuando la justicia se basaba en las diferencias de castas. La época independiente tampoco, porque la Justicia ha carecido de adecuada organización, y aun de independencia, lo cual la priva de respetabilidad social. No puede así, esperarse que en un breve lapso de nuestra larga historia, se logre todo lo que ha través de los siglos nunca hemos tenido.

El maestro Sergio García Ramírez⁷⁶ nos refiere, que en la actualidad también es importante que la institución del Ministerio Público cumpla una honda revisión, depure su organización y funcionamiento, entienda las necesidades de la justicia, asuma una misión más amplia e intensa que garantice su presencia en el porvenir, ya que hoy por hoy, el Ministerio Público por su falta de liderazgo y su nula especialización en la investigación de los delitos, lo llevan al fracaso en su función.

⁷⁵ CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. *Criminalia*. México 1961. ediciones Botas pp. 105-106.

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ Sergio. *Lex*. Año I, número 5, 3^o. Época, noviembre de 1995. UNAM p.11.

Por ello, creemos que es necesaria la especialización y mayores recursos para los órganos policiales, de procuración y de administración de justicia, que les permita familiarizarse con conocimientos científicos y auxiliares; para que así la justicia penal en México salga de la improvisación.

Sabemos que toda intervención pericial se origina con la petición de la autoridad competente, pero el éxito de ésta depende en gran medida, de la forma en que se plantea la cuestión. Ésta en términos claros y precisos, facilita la investigación pericial, no así un planteamiento vago, que entorpece por completo dicha investigación.

Por eso, la Criminalística y la Criminología, vienen a constituir un complemento fundamental de la función encomendada al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, otorgando así, protección a las fundamentales garantías del hombre, si no se fortalecen con certeras investigaciones científicas del delito.

Por ende, reiteramos que la capacitación al personal encargado de realizar en este caso, los estudios de personalidad integral del sujeto para así individualizar la sanción a imponer por el juzgador.

Tampoco se trata de aumentar, como ha sucedido, las consignaciones a jueces penales, ni de obtener sentencias condenatorias (como la estrategia del Programa de Procuración de Justicia del Distrito Federal 1995-2000), alejadas de la justicia, sólo por obedecer momentos electorales, de convencionalismo o consigna.

En la procuración de justicia, debemos comprender que vivimos en otros tiempos y la dinámica de los cambios puede rebasarnos sin remedio si no somos capaces de adaptarnos a su acelerado avance; sabemos que entre las

causas del incremento de los índices de criminalidad se cuentan: la violencia, la inseguridad e incluso como se ha visto en los últimos tiempos, la visible tendencia de muchas personas de hacerse justicia por sí mismas o de pedir mayor represión del Estado.

En un Estado social y democrático de Derecho, en un estado de legalidad, el juez penal debe estar siempre capacitado para hacer un correcto uso del arbitrio que la ley le concede, en la apreciación y valoración de la peligrosidad del sujeto sometido a su jurisdicción, se requiere de su formación especializada, es decir, su capacitación en las ciencias penales. Lo anterior, ya dicho anteriormente, ha de entenderse en cuanto a su arbitrio judicial y la individualización de la pena son de gran importancia, no para favorecer a los delincuentes, sino para evitar detener y privar de la libertad a quienes no lo son.

La adopción de los valores que sustentan las garantías individuales representa el límite de actuación del Estado frente a los gobernados; en el ámbito del Derecho Penal, tal circunstancia adquiere particular relevancia, en atención a la grave afectación que el inculcado puede resentir en su esfera jurídica, con motivo de la sujeción a un proceso penal en el que se le atribuye la comisión de un hecho ilícito.

Estrechamente vinculado con este principio se encuentra el principio de presunción de inocencia, que atribuye al órgano del Estado la carga de probar la culpabilidad del sujeto autor de la conducta antijurídica, y que mientras aquél no demuestre su culpabilidad se le tendrá por inocente.

Nos parece importante destacar el tema relativo a la presunción de inocencia, que aunque no ha sido muy explorado en la doctrina mexicana, tampoco en la Constitución Federal; los ordenamientos punitivos a que hacen

referencia expresan a la presunción de inocencia como garantía jurídico-penal del inculpado.

A pesar del reconocimiento de la existencia del principio de presunción de inocencia como derecho fundamental en nuestro sistema legal, se soslayó la función que tiene en la práctica judicial; esto es como regla en el tratamiento del inculpado durante el proceso penal e importancia en la valoración de la prueba; no obstante que con anterioridad México ha suscrito tratados internacionales relacionados con dicho principio, los que constituyen derecho vigente dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal.

Ante de la necesidad de afirmar la certeza, sobre la existencia de un hecho punible para justificar una sentencia de condena, se ha afirmado también que, en el procedimiento penal, la carga de la prueba de la inocencia no le corresponde al imputado o, expresado de otra manera, que la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador; pero tratándose del funcionamiento de la regla en la sentencia, los elementos no verificados con certeza, que permitan afirmar la existencia de un hecho punible, su resultado será la absolución.

Y ello porque, el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quién lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible. De esa manera, la presunción de la inocencia se refleja en una expresión de confianza.

Inocencia y confianza constituyen elementos que se retroalimentan; a mayor inocencia, mayor confianza.

Así, creemos, que el principio de inocencia no es un derecho más del mismo rango de otros derechos fundamentales insertos en la Constitución; sino que éste es más importante, porque es presupuesto de esos derechos y garantías.

Uno de los antecedentes históricos relevantes que sin duda ha servido como modelo para consagrar en las distintas normas internacionales el estado de inocencia como un derecho fundamental, es como citamos en el capítulo primero de este trabajo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada -iba su cabeza de por medio- por el rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, que en su artículo 9º, establece: *"Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley"*.

También en el siglo pasado, en el año de 1948, todavía sensibles las heridas de la terrible segunda guerra mundial, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el numeral 11.1 señala: *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*.

Este cuerpo de normas funda la era moderna del Derecho internacional desde la perspectiva de los derechos humanos y a casi sesenta años de su vigencia ha ido creciendo en importancia. Además, dicha Declaración recoge los principios de legalidad, publicidad y de un efectivo acceso a la defensa, que extrañamente hasta ahora han sido puestos en la mesa de la discusión en nuestro país con motivo de las propuestas de reforma,

es decir, con un atraso de más de medio siglo respecto al nacimiento formal proclamado por la mayoría de las naciones del orbe.

La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, acordada en Roma a fines de 1950, también contempla la presunción de inocencia en su artículo 6° apartado 2, y esta convención crea una Comisión Europea de Derechos del Hombre, así como el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, mecanismos que aseguran la eficacia de sus normas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deriva del consenso de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor internacionalmente hasta el 23 de marzo de 1976. En su artículo 14, apartado 2, señala: *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley"*.

En el Derecho internacional originado en nuestro continente, es de suma importancia la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá, Colombia, en 1948, por ser en Latinoamérica la primera norma que expresamente se pronuncia sobre la presunción de inocencia; en el apartado XXVI refiere: *"Derecho a Proceso Regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable"*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ambos formalmente aceptados por el Estado mexicano), en sus artículos 14, apartado 2, y 8, apartado 2, respectivamente casi en términos semejantes refieren: *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia"*

"mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". (texto de la Convención).

En la época actual, las legislaciones y en general los sistemas de Derecho de los países considerados a la vanguardia desde una perspectiva democrática y de respeto a los derechos humanos, verbigracia los de la Unión Europea y los Estados Unidos de América, confieren una especial ponderación a la inocencia y aplicación del principio que presupone su existencia. Por lo general, lo contemplan en sus Constituciones y excepcionalmente en leyes ordinarias.

Llega a tal grado el respeto de inocencia que hay legislaciones, como la francesa, que no sólo exigen que los jueces la apliquen al resolver los diversos casos criminales, sino que también prohíben que de manera pública (por ejemplo en los medios informativos) se señale a un sujeto determinado como responsable del crimen que se le imputa, cuando todavía no hay una sentencia condenatoria definitiva; prohibición con consecuencias legales que pueden comprender el pago de indemnización económica a quien no respete esa presunción.

Sin embargo, sorprende saber que el principio de inocencia no se contiene exclusivamente en legislaciones de "avanzada", sino en sistemas legales que pudiéramos considerar en etapa de desarrollo respecto a los derechos humanos; sirven de ejemplo las Constituciones de la República del Chad, de Camerún, de Rusia, que contemplan esa disposición en forma expresa.

En Latinoamérica, casi todos los textos constitucionales de las naciones contienen literalmente el principio de inocencia; en ese aspecto hay escasas excepciones. Nuestra legislación era lamentablemente una de ellas,

pero tal deficiencia ha quedado enmendada a partir de las reformas constitucionales aprobadas recientemente.

Por tanto, el principio de inocencia constituye una regla general de derecho y por su ubicación jerárquica debe orientar toda legislación penal (sobre todo procesal) y obviamente la actividad jurisdiccional.

Tal vez por ser evidente la importancia y el sustento en el sentido común de la presunción de inocencia, algunas legislaciones, como la nuestra, no la insertaron en su momento de manera expresa en los ordenamientos legales.

El artículo 1º constitucional establece que todo individuo goza de las garantías derivadas de esa ley y no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones estipuladas en la propia Constitución. En el mismo orden de ideas, el numeral 14 de nuestra máxima norma jurídica contempla la garantía del debido proceso y expresa otras restricciones para privar a cualquiera de derechos. El mismo sentido de exigir requisitos ineludibles para privar o molestar a alguien, se advierte en los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 y 102 del propio ordenamiento.

Los criterios de jurisprudencia son acordes con las mismas restricciones y exigencias de las normas legales; las interpretaciones que se hacen de las leyes penales invariablemente dan relevancia suprema a los derechos fundamentales de los particulares frente al Estado.

Miguel Carbonell al referirse al principio de presunción de inocencia lo deduce de la siguiente manera: *"...puede entenderse que está presente a contrario sensu a partir de la interpretación de las normas constitucionales que*

*establecen una serie de requisitos para que una persona sea privada de su libertad.*⁷⁷

Con independencia de estas reflexiones expresadas, nuestra Suprema Corte se ha pronunciado al respecto afirmando que es un principio constitucional, de especial y absoluta aplicación. Muestras patentes en la materia de este texto son las tesis de los rubros siguientes: "*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL*"⁷⁸. y "*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL*"⁷⁹. En la primera se hace una interpretación sistemática de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero; y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución mexicana, concluyendo que los principios constitucionales de debido proceso legal y el acusatorio (contenidos expresamente en la norma) resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, merced al cual al acusado no le corresponde probar su inocencia.

La segunda tesis de alguna manera complementa a la antes reseñada, al disponer que los alcances de la presunción de inocencia trascienden la órbita del debido proceso, y por tanto debe aplicarse en cualquier materia para garantizar al gobernado un trato de no autor o no partícipe en cualquier hecho que pudiera infringir la norma legal, se insiste, no sólo penal; refiere que con la aplicación de la presunción de inocencia "*se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la*

⁷⁷ CARBONELL Miguel. *Los derechos fundamentales en México* 1ª. Edición. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. y CNDH. 2004. p 739.

⁷⁸ Pleno. Tesis aislada. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto 2002. número de registro 186185.

⁷⁹ Segunda Sala. Tesis aislada. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo 2007, número de registro 172433.

"libertad, la honra y el buen nombre, que podrán resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares".

Los criterios en comento, aunque no obligatorios por no constituir jurisprudencia, representan un fundamento de especial jerarquía por su noble origen y, sin duda, por ello, son especialmente citadas por los juzgadores para sustentar aquellas determinaciones donde se privilegia la inocencia del gobernado. Igualmente interesante resulta, desde la perspectiva del tema de este texto, la diversa tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aparece bajo el rubro: *"DOLO, CARGA DE LA PRUEBA DE SU ACREDITAMIENTO"*⁸⁰. En ella se expresa y categóricamente se reconoce que en nuestro sistema imperan los principios del debido proceso y acusatorio, que resguardan -así lo dice la tesis- el principio universal de presunción de inocencia; la propia tesis expresa la esencia de dicha presunción como *"el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no existan pruebas suficientes que destruyan dicha presunción, esto es, que demuestren la existencia de todos los elementos del tipo así como de su plena responsabilidad en la comisión del delito y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra"*.

El 18 de junio de 2008 se publicaron en el Diario oficial de la Federación reformas y adiciones a diversos artículos de nuestra Constitución Federal, que tienen como finalidad cambios sustanciales en el sistema de justicia penal; en ese sentido destacan, las nuevas disposiciones insertas en el numeral 20 de la máxima ley, que empieza diciendo: *"El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación"*.

⁸⁰ Tesis aislada. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, marzo de 2006, número de registro 175607.

Enseguida, en el apartado A, que denomina "*De los principios generales*" establece, entre otros puntos:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, *proteger al inocente*, procurar que el *culpable* no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

(...)

V. La carga de la prueba para demostrar la *culpabilidad* corresponde a la parte acusadora

(...)

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la *culpabilidad del acusado*;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Las anteriores expresiones normativas derivan, sin duda alguna, directamente de la presunción de inocencia; sin embargo, para que no haya lugar a interpretaciones banales, el principio se inserta de manera expresa en el apartado B,

"De los derechos de toda persona imputada: I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa".

Con ello el legislador nos pone a la altura, al menos formalmente, de los sistemas de justicia penal de vanguardia internacional.

Cabe aclarar que, conforme a los artículos transitorios de las reformas constitucionales en comento, éstas no entran inmediatamente en vigor, sino hasta que lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder del plazo de ocho años (a partir de la publicación del

decreto); sin embargo, ello no significa que el principio de presunción de inocencia no pueda aplicarse en la actualidad.

En síntesis, los órganos jurisdiccionales, al tenor del tema anterior sobre el principio de inocencia, deben considerar al acusado hasta en tanto su culpabilidad haya sido declarada por sentencia ejecutoriada como inocente, esto es, respecto de la cual no proceda recurso o medio de defensa alguno que pueda modificarla o revocarla; hasta ese momento, en todas las resoluciones judiciales que se dicten durante la sustanciación del proceso, incluso en los juicios de amparo, el inculpado ha de ser tratado como no culpable, ello en el sentido de su no participación en el delito.

También creemos importante reiterar lo que ya fue expuesto en relación a la concepción estricta del principio de culpabilidad, en el sentido que debe dejar fuera de análisis toda valoración relativa a la conducta precedente del autor.

Los antecedentes y condiciones personales -edad, educación, composición familiar- permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación que legitime agravar o atenuar el castigo en función de una conducta anterior al hecho, como puede ser la ausencia de condenas anteriores que no conforman por sí sola una circunstancia atenuante, es decir que el sujeto haya llevado una vida -"buena" o "mala"- hasta el día del ilícito.

La regla podría ser formulada de la siguiente manera: desde la óptica del ilícito y de la culpabilidad, la conducta precedente sólo puede ser considerada en tanto y en cuanto se refleje en forma directa con el hecho.

La labor jurisdiccional se encuentra estrechamente vinculada con las acciones de los cuerpos policiales, pues la actividad de éstos, por lo general, es

la que da origen al procedimiento que luego se encauza a los órganos judiciales; por ende, la labor de los jueces penales consiste en gran medida en decidir respecto a la situación de los imputados con una verdadera individualización de la pena.

La autoridad está obligada a creer al menos formalmente, con todas las consecuencias que implica esa convicción, que el individuo es inocente y por tanto a conducirse de tal manera que no haga pensar que lo estima culpable; debe suprimir cualquier actuación o suposición que implique una consideración de culpabilidad.

El objeto del proceso penal es la conducta o hecho que genera la relación jurídica-material de derecho penal, que hace surgir al proceso mismo y que genera las consecuencias correspondientes; el proceso penal, resulta así, el único camino a través del cual el Estado ejercita su derecho a sancionar, lo que conduce a la restauración del orden perturbado, evitando la autodefensa.

Así también, la finalidad del proceso es obtener, mediante la sentencia del órgano jurisdiccional, la declaración de certeza respecto a la existencia del acto delictivo que sirve de fundamento a la pretensión punitiva del Estado y la aplicación de sus consecuencias jurídicas.

El artículo 19 constitucional, reformado el 18 de junio de 2008, expresa:

"Art. 19. ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder el plazo de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha

"cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión."

Podemos decir que el *auto de vinculación a proceso*, (antes llamado auto de formal prisión) *"es el acto "procesal por virtud del cual un juez establece "la litis base del juzgamiento oral, por considerar que existen elementos "suficientes para iniciarlo". Ya no se refiere a "cuerpo del delito" ni "probable "responsabilidad"; ahora se requiere la existencia de "un hecho que la ley "señale como delito" y sólo datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

De acuerdo a lo anterior, la plenitud de acreditación típica se reserva para la sentencia del juicio oral, en donde el ministerio público tendrá la carga de probar, por virtud del principio de presunción de inocencia; aunque ahora basta contar con datos de la imputación fáctica (hecho), sobre una base objetiva (circunstancias de tiempo, modo y lugar).

Concluyo el presente trabajo con la premisa de que nunca se debe examinar al sujeto en forma aislada, ya que la persona es un ser social por naturaleza y hasta el delito requiere ser cometido en sociedad, de lo contrario no tendría sentido sancionarlo.

Por tanto, debemos observar si, luego de cometido el delito, es necesaria o no la pena, es decir si se puede y se debe hacer responsable al sujeto por la acción que ha cometido. Tanto la prevención general como la determinación de la culpabilidad tienen como fin la mejor protección de los bienes jurídicos; el primero intimidando o amenazando a los sujetos para que no delincan y, el segundo, sirve para observar el grado de pena, de acuerdo al reproche que se le impondrá al sujeto en cuestión.

CONCLUSIONES

Actualmente, el derecho penal está orientado por un conjunto de principios fundamentales a partir de los cuales es posible su interpretación, sistematización y crítica.

Esos principios no surgieron de un día para otro, sino que son el fruto de un largo proceso de gestación durante muchos siglos en los que el género humano ha luchado contra la barbarie, con un grave derramamiento de sangre, en busca de consolidar los principios sobre los cuales debe estar cimentado el derecho penal de las modernas sociedades civilizadas, constituyendo ahora patrimonio común de la humanidad.

Por supuesto, cuando el constituyente los incorpora en la norma suprema, tales principios constituyen límites expresos a la actividad punitiva, que estaban implícitos en el modelo de Estado social y democrático de derecho, que adoptó el Constituyente de 1917.

Por esa razón, han sido incorporados en los Convenios y Pactos de Derechos Humanos que ha suscrito nuestro país.

La incorporación de tales principios en la Constitución no ha asegurado la inmediata construcción de un modelo de derecho penal garantista, con respeto absoluto a éste.

La riqueza de valores en un orden jurídico determinado no depende sólo de los principios incorporados en la Constitución, sino también del trabajo científico jurisprudencial y académico de los juristas, quienes están obligados a luchar por la vigencia real de tales postulados.

Un derecho penal liberal debe basarse en el reconocimiento de la existencia de una relación de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito cometido y la cantidad y calidad de la pena a aplicar.

No obstante ello, esta premisa se enfrenta a una problemática de muy difícil resolución: no existe un criterio único y verdadero acerca de cuál es la pena específica que corresponde para cada infracción penal. La determinación de la pena apropiada a cada delito, depende de múltiples factores que se relacionan con la finalidad que tiene cada sanción penal dentro de una comunidad, con los valores de cada grupo social.

Por ello, es necesario poner en evidencia que para que el juzgador pueda atender cada caso de manera imparcial para cada supuesto, una solución ajustada a la culpabilidad del autor, deberá determinar qué condena corresponde, justificarla razonadamente, además que la pena a aplicar será fundada según criterios legales y racionales. De esta forma, imponiendo a los jueces la carga de argumentar sus decisiones se abre la posibilidad de exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento.

Asimismo al tiempo de hablar de condenas justas, debemos referirnos a los lugares en donde se cumplen éstas para que exista una verdadera readaptación del delincuente (ahora inserción a la sociedad) y que es el objetivo primordial de la aplicación de la norma.

Sin embargo habría que hacer un profundo análisis a nuestro sistema penitenciario; ya que el idealismo de readaptar a los sujetos, mediante la educación y el trabajo, para que una vez que hayan dado cumplimiento a la sentencia y se reincorporen a la vida con la sociedad después de haber estado segregados.

Conceptos como "democracia", "seguridad", "delincuencia", "crimen organizado" y "terrorismo" han contribuido a que la mayoría de los sistemas jurídicos y penales de la región refuercen medidas cada vez menos tolerantes, no sólo contra la población que delinque, sino contra las personas que según el criterio del Estado podrían delinquir.

La tendencia a incrementar y ampliar las penas privativas de libertad para enfrentar el crimen ha provocado una gran sobrepoblación y hacinamiento en los centros de reclusión. Ello no obstante, los sistemas de administración de justicia en la región, especialmente los penitenciarios, son cada vez más conscientes de esta grave situación, que muchas veces conduce a situaciones insostenibles, como motines, fugas masivas, riñas y homicidios

Entendemos que todo el sistema penal está en crisis, con una inflación legislativa sin precedentes, con códigos más represivos que preventivos, con personal mal seleccionado e improvisado, y, por desgracia, con serias manchas de corrupción.

Es urgente promover una verdadera reforma en el sistema penitenciario, para así, mejorar, disminuir (y si es posible, eliminar), la prisión preventiva que redundará directamente en beneficio de los reos sentenciados. Por ejemplo La sustitución de la prisión por cualquier otra alternativa debe estar convenientemente individualizada. Para lograrlo es necesario que haya las facilidades legislativas, judiciales y ejecutivas.

A) Legislativamente hay que prever las medidas sustitutivas, así como los casos generales de aplicación. Se debe proponer un arsenal lo suficientemente amplio de sustitutivos; de lo contrario, las limitaciones son tan grandes que seguirá imperando la prisión.

B) Judicialmente se debe individualizar la sustitución; sin embargo, una correcta individualización judicial supone que el juez;

a) posee una especial preparación criminológica;

b) dispone antes del juicio, de informes válidos sobre la personalidad biopsicológica y social del delincuente;

c) puede encontrar en el Código Penal, o en textos análogos, una gama variada de medidas entre las cuales tenga la posibilidad de escoger la más adecuada a las circunstancias personales del sujeto;

d) conoce, finalmente, las ventajas e inconvenientes de dichas medidas respecto a la pena privativa de libertad, así como sus modalidades de aplicación.

C) Administrativamente, a nivel de ejecución, se debe también individualizar la sustitución.

Sabemos que el gran problema, es la notable carencia de instalaciones, personal especializado y medios materiales, lo que hace por demás limitada la atención del caso individual, y obliga a la búsqueda de medios colectivos de control de medida alternativa.

Si es indispensable el adoptar en la legislación penal las alternativas de la prisión (preventiva o penal), hay también una necesidad imperiosa de establecer cambios en materia procesal, ya que la mayoría de los códigos de procedimientos en nuestro país mantienen un peculiar sistema en el cual la primera fase es inquisitoria y la segunda acusatoria, representando esto, además de una fuente de violaciones a los derechos humanos, un obstáculo para cualquier reforma, de ahí que mientras ésta no exista, la prioridad es reconocer el respeto y protección de los derechos humanos dentro de los centros de reclusión en la capital ya que no posible ni éticamente aceptable

mantener las condiciones actuales de administración de justicia, hacinamiento y trato indigno de la población en los centros de reclusión.

No tenemos dudas de que la tarea más inmediata y urgente es profundizar y ampliar el camino para la reforma de nuestro sistema penitenciario, ya que las tasas a mortalidad carcelaria hacen de la prisión una pena (a veces ni siquiera formal) de muerte por azar.

Las reducciones presupuestarias hacen difícilmente reconocibles como prisiones algunos establecimientos, que se convierten en "ghettos" o que son sostenidos por ciertos huéspedes excepcionales con poder económico, Se requiere sinceridad, racionalidad y, especialmente, honestidad, en sistemas que por estas vías van profundizando su corrupción.

PROPUESTAS.

PRIMERA. Que el juzgador al dictar la sentencia condenatoria respectiva, deberá en todo caso, tomar en cuenta las normas establecidas por el legislador, **con absoluta independencia e imparcialidad**, para de esta forma, no conculcar las garantías de los sentenciados y fortalecer la efectividad de la sentencia y no sólo para acallar la voz popular.

SEGUNDA. **La capacitación y actualización constante de los juzgadores, en todas las instancias de nuestro sistema judicial;** para la adecuada aplicación de las penas a fin de evitar un reflejo erróneo de la individualización de la pena, por sustentar criterios equivocados que pueden ser innecesarios y/o no aptos para estimar el quantum de la culpabilidad del acusado.

TERCERA. Que el juzgador al momento de dictar sentencias definitivas en materia penal, **solicite inexcusablemente los exámenes periciales en materia de personalidad para así, cumplir con un estudio exhaustivo de la individualización de la pena.**

QUINTA. **Que todo acto de autoridad colme las exigencias de fundamentación y motivación que requieren en lo general todos los actos de molestia,** resultando necesario que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables; es decir, que en cada caso concreto, se configuren las hipótesis normativas de los preceptos que se hayan invocado.

Así la expresión “exactamente aplicable al delito de que se trata”, debe interpretarse histórica, lógica y sistemáticamente, lo que nos lleve a entender que la aplicación de las penas en materia penal debe ser razonada, fiel, cabal, motivada y justa.

SEXTA. Promover una verdadera reforma en nuestro sistema penitenciario, para así, mejorar, disminuir y si es posible, eliminar, la prisión preventiva, que redundará directamente en beneficio de los reos sentenciados. Es decir, la sustitución de la prisión por cualquier otra alternativa debe estar convenientemente individualizada. Para lograrlo es necesario que existan las facilidades legislativas, judiciales y ejecutivas.

BIBLIOGRAFÍA.

- BETTIOL, *Derecho Penal*. Capítulo II.
- BRAVO GONZÁLEZ AGUSTÍN Y SARA BIALOSTOSKY. *Compendio de Derecho Romano*. Edit. Pax-México 1971.
- BUSTOS RAMÍREZ Juan. *Penal y Estado democrático*. Barcelona 1987.
- CARBONELL MIGUEL. *Los derechos fundamentales en México*. 1ª. Edición. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. y CNDH. 2004.
- CARRANCA Y TRUJILLO. *Derecho Penal Mexicano*. 3ª. Edición 1950.
- CARRARA Francesco, *Programa de Derecho Criminal*.
- BUSTOS RAMÍREZ JUAN. *Culpa y finalidad*. Edit. Abeledo-Perrot, 1958.
- CARRANCA Y RIVAS Raúl. *Derecho Penal*. Editorial Porrúa. 2000.
- CARRARA FRANCISCO. *Programa de Derecho Criminal*, tomo I.
- CASTELLANOS TENA Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. Edit. Porrúa. 1975.
- CUELLO CALÓN. *Derecho Penal, "La acción y el resultado del Delito"*. Edición Jurídica Mexicana, México. Decimosegunda edición 1959.
- DIAZ ARANDA Enrique. *Teoría del Delito*. México 2006. editorial Straf.
- ERNST VON. *La doctrina del delito-tipo*. Sebastián Soler, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ DOBLADO Luis., *Culpabilidad y Error*.
- FERRAJOLI Luigi. *"Los fundamentos de los derechos fundamentales"*. 2002.
- FERRI Enrico. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*.

- FRANCO GUZMÁN Ricardo Dr. *Apuntes sobre la cátedra de "Teoría de la "culpabilidad"*. UNAM, México, agosto-diciembre 1996.
- GARCÍA MAYNEZ Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México 1963.
- HERRING Hubert. *"A History of Latin America"*. New Cork. p. 25. Tercera Edición. 1968.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL. Olga. *Análisis de los delitos contra la vida*. Trillas 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA Luis. *Tratado*. Tomo V.
- JIMÉNEZ HUERTA Mariano. *La Antijuridicidad*. Imprenta Universitaria, México de 1952.
- LISZT Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. edición alemana. Edición Reus 20ª. Madrid 1927.
- MAGGIORE Giuseppe, *Derecho Penal I*. Editorial Témis. Colombia. Reimpresión a la Quinta Edición.
- MAURANCH Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II.
- MEZGER Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. tomo II.
- MORENO HERNÁNDEZ Moisés. Cit. *Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad*. 2ª. Edición. 1990.
- PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Edit. Porrúa. Edición 16ª.
- PESET José. *Lombroso y la Escuela Positivista Italiana*. Madrid, España 1975.
- PORTE PETIT CANDAUDAP Celestino. *Evolución legislativa penal en México*. Editorial Jurídica Mexicana. 1965. México.
- ROMÁN QUIROZ Verónica. *La Culpabilidad y la Complejidad de su comprobación*. Editorial Porrúa. 2006.

- ROXIN Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. 1987
- VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*. Trillas 1977. México.
- ZAFFARONI, EUGENIO Raúl. *Teoría del delito*. Editorial Porrúa. 2001.

LEYES Y CÓDIGOS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
- Compilación de Amparo y Penal Federal. 2008. Editorial Raúl Juárez Carro, S.A. de C.V.

REVISTAS

- "Importancia de la Dogmática Jurídica Penal".
- Apuntes sobre la cátedra de *"teoría de culpabilidad"*, impartida por el Dr. Ricardo Franco Guzmán, división de estudios de postgrado de la facultad de derecho de la UNAM, agosto de 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ Sergio. *Lex*. Año I, número 5, 3ª. Época, noviembre de 1995. UNAM.