



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ARAGÓN"

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN

CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA
ANALOGÍA, LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL, EL BIEN
JURÍDICO PENAL Y LA CULPABILIDAD EN LA
CORRIENTE CAUSALISTA NEOCLÁSICA. (EL PAPEL
DEL DERECHO PENAL EN LOS PROCESOS
ELECTORALES)

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

S U S T E N T A:

ROSA MARÍA VALENCIA GRANADOS

TUTOR:

DR. BERNABÉ LUNA RAMOS

Bosques de Aragón, Estado de México, de 2008



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.

DEDICATORIAS

A Dios

Por permitirme llegar a una nueva meta.

A mis padres

A quienes les estoy eternamente agradecida.

A mis sobrinos

Como un estímulo para su constante superación.

A mis hermanos

Que aún cuando la distancia nos separa, siempre estaremos en los momentos difíciles.

A mis queridas amigas Doris, Lupita y Angelita

Gracias por seguir creyendo en mi y su apoyo incondicional.

A mi Asesor de Tesis Dr. Bernabé Luna Ramos

Gracias, ya que por mucho tiempo me ha distinguido con su amistad, apoyo y conocimientos.

A mis compañeros Profesores de la UNAM FES “Aragón”

Gracias por creer en mi y brindarme su amistad.

Al Mtro. Mauricio Sánchez Rojas.

Por su apoyo incondicional. Gracias.

**A los Lics. Juan Junes
Vilchis y Reyna Suárez
Bonilla.**

Que mas que mis Jefes han
sido mis amigos, gracias por
su apoyo, comprensión y la
deferencia que siempre han
tenido hacia mi persona.

**A la Facultad de Estudios Superiores
“Aragón” y División de Estudios de
Posgrado e investigación**

Por darme la oportunidad de seguir
adelante.

Al H. Jurado

Dr. Bernabé Luna Ramos
Dr. Juan Mario Cardoso Castillo
Dr. Alejandro Hernández Mercado
Mtro. Raúl Campos Martínez
Mtro. Mauricio Sánchez Rojas

Por su valiosa colaboración y
tiempo brindado.

Al Ing. Armando López

Por su valioso apoyo y comprensión.

A mis alumnos y Exalumnos

Por ser mi fuente de superación.

Mi agradecimiento

Para todas las personas que de una u
otra forma han contribuido a la
culminación de este trabajo.

**CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA ANALOGÍA,
LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL, EL BIEN JURÍDICO PENAL Y LA
CULPABILIDAD EN LA CORRIENTE CAUSALISTA NEOCLÁSICA.
(EL PAPEL DEL DERECHO PENAL EN LOS PROCESOS ELECTORALES)**

	Pág.
ÍNDICE -----	I
INTRODUCCIÓN -----	V

**CAPÍTULO I
LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL**

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

1.1.1 Laguna de la ley -----	2
1.1.2 Concepto de analogía -----	6
1.1.3 Lógico -----	8
1.1.4 Jurídico -----	12
1.1.5 <i>Latu sensu</i> -----	14
1. 1.6 Axiológico -----	15
1.1.7 Conceptualización personal -----	16

1. 2. REQUISITOS Y CLASES DE ANALOGÍA

1.2.1 Requisitos -----	17
1.2.2 Clases -----	17
1.2.2.1 Legal o <i>legis</i> -----	17
1.2.2.2 Jurídica o <i>iuris</i> -----	19
1.2.2.3 In malam partem -----	21
1.2.2.4 In bonam partem -----	23
1.2.2.5 Técnica y Política -----	26
1.2.2.6 Analogía mediata o remitida -----	26
1.2. 2.7 Analogía antropológica -----	27
1.2.3 Analogía y Derecho Libre -----	28

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

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

CAPÍTULO II INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

2.1 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	
2.1.1 Concepto de Interpretación Jurídica -----	38
2.1.2 Naturaleza de la interpretación -----	40
2.1.2.1 Objeto, propósito y finalidad de la Interpretación Jurídica -----	40
2.1.3 Tesis Subjetiva y Objetiva -----	43
2.2 LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN	
2.2.1 Método Gramatical -----	46
2.2.2 Método Lógico -----	47
2.2.3 Método Histórico -----	49
2.2.4 Método Exegético -----	50
2.2.5 Método Sistemático-----	51
2.2.6 Método Teleológico -----	53
2.3 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL	
2.3.1 El juez-----	54
2.3.2 Función Judicial de aplicación del Derecho -----	56
2.4 LA JURISPRUDENCIA -----	59

CAPÍTULO III EL BIEN JURÍDICO PENAL

3.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO DERECHO SUBJETIVO	
3.1.1 La Ilustración -----	63
3.1.2 Teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach -----	64
3.1.3 Teoría de los derechos subjetivos de Birnbaum -----	65
3.1.4 Teoría del Bien Jurídico de Binding -----	66
3.1.5 Teoría del Bien Jurídico de Liszt -----	67
3.1.6 Teoría del Bien Jurídico de Welsel -----	69
3.1.7 Teoría del Bien Jurídico de Günther Jakobs -----	70
3.1.8 Bien Jurídico y Constitución -----	71
3.1.9 Teoría de la Constitucional Amplia -----	71
3.1.10 Teoría de la Constitucional Estricta -----	72
3.2 LOS PRINCIPIOS DEL BIEN JURÍDICO	
3.2.1 Límite al <i>ius puniendi</i> -----	72
3.2.2 Principios generales del Derecho Penal -----	73
3.2.3 El principio de la utilidad de la intervención penal -----	73

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

3.3.1 Consideraciones sobre el Bien Jurídico atendiendo al principio de mínima intervención -----74

3.3.2 Principio de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal-----78

3.4 SUJETO PASIVO DEL DELITO COMO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

3.4.1 Concepto del Sujeto Pasivo, Víctima y Ofendido -----82

3.4.2 El Titular del Bien Jurídico -----84

3.4.3 La sociedad y el individuo como titulares de los Bienes Jurídicos -----85

CAPÍTULO IV

LA CULPABILIDAD EN LA CORRIENTE CAUSALISTA NEOCLÁSICA

4.1 EL CAUSALISMO

4.1.1 Causalismo -----89

4.1.1.1 Escuela Clásica -----91

4.1.1.2 Escuela Neoclásica o Neokantiana -----97

4.2. EXPONENTES DE LA TEORÍA CAUSALISTA NEOCLÁSICA RESPECTO DE LA CULPABILIDAD

4.2.1 Reinhar Frank -----102

4.2.2 James Goldschmidt -----103

4.2.3 Berthol Freundenthal -----104

4.2.4 Eberhar Schmidt -----105

4.2.5 Edmundo Mezger -----106

4.2.6 A. Hegler -----108

4.3 EL FINALISMO -----108

4.4 FUNDAMENTACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD -----113

4.5 ELEMENTOS Y FORMAS DE LA CULPABILIDAD

4.5.1 Elementos de la Culpabilidad -----114

4.5.1.1 Imputabilidad -----115

4.5.1.1.1 Elementos de la imputabilidad -----117

4.5.1.2 Inimputabilidad -----120

4.5.1.3 *Actione Liberae in causa* -----121

4.5.1.4 Formas de Culpabilidad -----123

4.5.1.4.1 Dolo-----123

4.5.1.4.2 Culpa -----130

4.6 LA PRETERINTENCIONALIDAD O ULTRAIINTENCIONALIDAD -----135

4.7 LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA -----138

4.8 CAUSAS DE INCULPABILIDAD -----142

4.8.1 El error -----146

4.8.1.1 Error de hecho esencial e invencible -----	147
4.8.1.2 Error accidental -----	152
4.8.2 Error de Derecho -----	153
4.8.3 Caso Fortuito -----	154
4.9 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA -----	155
4.10 CRÍTICA DEL CAUSALISMO NEOCLÁSICO CON RELACIÓN A LA CULPABILIDAD -----	158

CAPÍTULO V EI PAPEL DEL DERECHO PENAL EN LOS PROCESOS ELECTORALES

5.1 MARCO CONCEPTUAL -----	165
5.1.1 Sociedad-----	166
5.1.2 Estado -----	167
5.1.3 Soberanía -----	168
5.1.4 Gobierno-----	170
5.1.5 Democracia -----	171
5.2 CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DEL PAPEL DEL DERECHO PENAL EN LOS PROCESOS ELECTORALES	
5.2.1 Concepto de Derecho Electoral -----	174
5.2.2 Concepto de Derecho Penal Electoral -----	178
5.2.3 Objeto Material de Protección del Derecho Penal Electoral -----	179
5.2.4. El Bien Jurídico en el Derecho Penal Electoral -----	180
5.2.5 El Derecho Penal en los procesos electorales -----	188
CONCLUSIONES -----	197
BIBLIOGRAFÍA -----	203

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Bien Jurídico como obra del pensamiento de la ilustración, merece destacar que los tratadistas al realizar sus estudios respecto a la sistemática, siendo el Bien Jurídico una condición fundamental del Derecho Penal, por ser el motivo único de

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

sanción de las conductas ilícitas, no se le brinda la debida atención en la sistemática de la Parte General, de la Teoría de la Ley Penal, y es hasta la Teoría del Delito cuando se vuelve hacer mención pero considerado como uno de los presupuestos del delito.

Por ende, los Bienes Jurídicos tutelados por el Derecho Penal serán aquellos que requieran de mayor protección por el valor que representa el objeto de tutela como son: la libertad, la integridad física, la salud, la libertad sexual, el medio ambiente, el patrimonio, entre otros.

Con base en lo anterior, de igual forma hemos agregado otro Tercer Capítulo denominado “El Bien Jurídico”, para lo cual se abordarán como temas los siguientes: en el primer apartado lo llamamos El Bien Jurídico Protegido como derecho subjetivo, en el cual se tratarán como puntos: La Ilustración, Teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach, Teoría de los derechos subjetivos de Birnbaum, Teoría del Bien Jurídico de Binding, Teoría del Bien Jurídico de Liszt, Teoría del Bien Jurídico de Welsel, Teoría del Bien Jurídico de Günther Jakobs, Bien Jurídico y Constitución, Teoría de la Constitucional Amplia y Teoría de la Constitucional Estricta. En el segundo intitulado Los Principios del Bien Jurídico comprende: Límite al *ius puniendi*, Principios generales del Derecho Penal, El principio de la utilidad de la intervención penal. En el tercer apartado titulado denominado Sobre el Carácter Fragmentario, subsidiario y de la *ultima ratio*, en el cual se hará referencia sobre: Consideraciones sobre el Bien Jurídico atendiendo al principio de mínima intervención, Principio de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal. Y en el apartado cuarto denominado: Sujeto Pasivo del delito como Titular del Bien Jurídico, en donde se tratarán los Conceptos del Sujeto Pasivo, Víctima y Ofendido, El Titular del Bien Jurídico y La sociedad y el individuo como titulares de los Bienes Jurídicos.

Asimismo, para tener como vulnerado el Bien Jurídico, es menester que al sujeto se le declare responsable por haber realizado una conducta ilícita. De ahí la importancia que reviste la culpabilidad conceptualizada como juicio de reproche.

El tema de la culpabilidad es muy ambicioso, ya que, ha sido objeto de un sinnúmero de estudios, no obstante ello, es un tema que no pasará de moda, además de su importancia que reviste, como uno de los elementos constitutivos del delito sin él no es posible concebir su existencia. Esta realidad quedó apuntada por Beling al elaborar el principio *nulla poena sine culpa*.

En razón que la Culpabilidad como elemento del delito ha sido estudiada en diversas corrientes que van desde la psicológica hasta la funcionalista, hemos considerado en el Cuarto Capítulo delimitar el tema de la “Culpabilidad en la Corriente Causalista Neoclásica”, para ello, el primer apartado lo denominamos El Causalismo en el cual se harán algunas consideraciones generales del mismo, así como de la Escuela Clásica y Escuela Neoclásica o Neokantiana. En un segundo apartado hablaremos sobre Los principales exponentes de la Culpabilidad en la teoría Causalista Neoclásica como: Reinhar Frank, James Goldschmidt, Berthol Freundenthal, Eberhar Schmidt, Edmundo, Mezger y Hegler. En el tercer punto, de igual manera haremos breves consideraciones respecto de la corriente Finalista. En el cuarto punto haremos mención al Fundamentación de la Teoría de la Culpabilidad. En el quinto apartado denominado Elementos y formas de la culpabilidad nos avocaremos hacer un breve análisis dogmático respecto de sus elementos: Imputabilidad, inimputabilidad, *Actione Liberi in Causa*, Formas de Culpabilidad: dolo y culpa. En el sexto apartado nos referiremos a la preterintencionalidad. En el séptima trataremos a La Exigibilidad de otra conducta. En el apartado octavo hablaremos sobre las Causas de inculpabilidad: error (de hecho, de derecho y caso fortuito) para finalmente hacer una Critica del Causalismo Neoclásico con relación a la Culpabilidad a fin de dejar asentado que la conceptualización de la culpabilidad proviene básicamente de dos enfoques: la psicológica y la normativa, siendo la última el eje principal para la formación de nuevas corrientes, la que mejor traduce el concepto de Culpabilidad.

Como se observará en el desarrollo de la investigación en un principio se le consideró a la Culpabilidad como un aspecto subjetivo, referido tanto al actuar del sujeto como al sujeto mismo. Por lo que atendiendo a la corriente psicológica la culpabilidad era sólo el dolo o la culpa, por lo que es a partir de estas en donde se va

analizar si entre la acción y el resultado existía una vinculación subjetiva, es decir, para atribuir responsabilidad al sujeto basta que el resultado le sea imputable subjetivamente.

Ya en la corriente normativa con Frank ve a la culpabilidad como “la reprochabilidad” del hecho respecto a un comportamiento que se caracterice por la imputabilidad del autor, la relación psíquica de éste con tal hecho -en forma de dolo o de imprudencia-, y la normalidad de las circunstancias concomitantes. Mientras en la corriente, Finalista con Hans Welzel, quien al dolo, a la culpa y a la lesión objetiva del deber de cuidado en el caso de la imprudencia fueron extraídos del concepto de culpabilidad y atribuidos al tipo de injusto. La culpabilidad es concebida como “un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo”.² En otras palabras tiene su noción en el juicio de reproche del hecho a su autor porque pudo actuar de una manera distinta; pero sustraen de ella los componentes psicológicos que los clásicos y los neoclásicos le reconocían.

Por último, considerando la estructura que se le ha dado al presente trabajo, nos permite tratar algún otro tema de interés, para ello, tomamos en consideración como tema de actualidad la materia electoral y en especial la materia penal, ya que uno de los reclamos hechos por la sociedad es que los procesos electorales sean transparentes y legítimos, circunstancia que no acontece, pues, normalmente se suscitan una serie de regularidades en los procesos electorales, lo que trae como resultado o la nulidad de la elección o bien, se imponga una sanción penal para aquellas personas que con su actuar se adecuan algún tipo penal electoral y que generalmente dichas conductas terminan siendo impunes en el campo del Derecho Penal y, si bien el sistema jurídico mexicano se ha preocupado, por que en los procesos electorales se salvaguarden los bienes jurídicos protegidos, lo cierto es que su función ha sido ineficaz al no cumplir calvamente con su finalidad protectora de salvaguardar la legitimidad y el cumplimiento de los principios de legalidad a que

² Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª edición, México, 1998, p. 49

deben estar sujetos todos los procedimientos establecidos para el ejercicio de la función ya sea federal, estatal o municipal.

Por tal motivo se incluye como Capítulo Quinto el tema denominado “EL Papel del Derecho Penal en los Procesos Electorales”, estructurándose de la siguiente forma: en primer lugar en un Marco Conceptual en donde se tratará de manera general, y sin entrar en polémicas respecto de los siguientes conceptos: Sociedad, Estado, Soberanía, Gobierno y Democracia; en el segundo punto lo denominamos Consideraciones Generales respecto del Papel del Derecho Penal en los Procesos Electorales y para su desarrollo abordaremos como temas: Concepto de Derecho Electoral, Concepto de Derecho Penal Electoral, Objeto Material de Protección del Derecho Penal Electoral, El Bien Jurídico en el Derecho Penal Electoral y El Derecho Penal en los procesos electorales.

Cabe destacar el presente trabajo lo hemos delimitado al campo de la Teoría de la norma y la Teoría del Delito respectivamente, el cual tiene como objetivo hacer un estudio multifacético y aún cuando los temas a tratar se ubican en distintos teorías: de la norma y del delito, estas están íntimamente interrelacionados.

Asimismo, utilizamos diferentes métodos como lo es el deductivo, operación lógica que consiste en ir de lo general a lo particular que a partir de la teoría se irían adecuando a las particularidades de cada tema; el método inductivo, género de argumentación por el cual, parte de un conocimiento particular a uno universal, en lo referente al tratar los temas de la Analogía, Interpretación Judicial, Bien jurídico y la Culpabilidad en la Corriente Neoclásica y el Papel del Derecho Penal en los Procesos Electorales, los cuales al irse desarrollando se fueron aplicando principios, leyes como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Amparo y Códigos Penales entre otros.

Asimismo, fue utilizado el método analítico, el cual tuvo como propósito la comprensión de los principios o elementos del objeto que se investiga, por lo que se analizaron cada uno de los temas procurando desglosarlos en cada una de sus partes, para su mejor comprensión.

Mediante el método descriptivo, se pretendió lograr una visión amplia y coherente respecto de cada uno de los temas, abordando no sólo aspectos meramente jurídicos, sino los aspectos históricos y doctrinarios,

Para el desarrollo de los temas se empleo además la documental consistente en: Bibliografía Nacional y Extranjera, consultas por Internet y legislación.

Con los métodos puntualizados se buscó lograr una visión general y coherente respecto de cada uno de los temas, al abarcar aspectos no solamente históricos, sino además, aspectos teóricos- jurídicos.

Por último, por la forma que fue estructurado el trabajo no pretende innovar o aportar algo nuevo, o dar alguna propuesta concreta, respecto de cada uno de los temas, sino simplemente brindar algunos puntos de vista con base en los criterios emitidos por los estudiosos del Derecho Penal.

CAPÍTULO I

LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL

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

El legislador dentro de sus funciones tiene la obligación de emitir leyes claras y precisas, sin embargo por ignorancia, olvido o voluntad, contribuye a la existencia de lagunas en la ley penal, lo que trae como consecuencia que los órganos jurisdiccionales o en su caso las autoridades investigadoras, al momento de interpretar la norma al caso concreto, se encuentren con el problema de su aplicación y, tengan la necesidad de integrarla, mediante uno de los medios integración a saber: la Analogía.⁴

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

⁴ La palabra "analogía" proviene de la palabra griega analogía compuesta de la partícula ana= reiteración - comparación; y de la palabra logía = logos, palabra, razón. De esta manera "analogía" significa comparación o relación entre varias razones o conceptos. Otros en el mismo sentido indican la Analogía es una palabra que deriva del griego ana logon cuyo significado literal es semejanza, proporción. La analogía es la semejanza en los elementos esenciales de dos [o más] hechos o cosas que permiten a una decisión jurídica imponer la misma consecuencia. La analogía no supone identidad o igualdad plena, sino simplemente semejanza en los elementos esenciales; de allí que se hable de igualdad parcial o situaciones parcialmente iguales. La prohibición de la analogía *in malam partem*.

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

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

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

1.1.1 Lagunas de la ley

La palabra laguna proviene del latín *lacuna*. Sirve para designar al “depósito natural de agua, generalmente dulce y por común de menores dimensiones que un lago”. Significa además: “defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o serie”.⁵

Las lagunas en la ley se representan a la falta de hipótesis normativa aplicable al caso concreto y, por ende, la imposibilidad de aclararla por medio de la interpretación, aplicándose al caso el criterio del juzgador, esto es, creando o aplicando una norma a través de la integración de la ley. Así, se dice “que existe una laguna en la ley cuando no existe una disposición legal expresamente aplicable (...)”.⁶

En consecuencia, no debemos confundir la interpretación con la integración de ley, en razón, que la interpretación le da a la ley el precepto de la búsqueda y el sentido de desentrañar algún supuesto jurídico; mientras, la integración se encarga de colmar una laguna a través de la aplicación de alguna norma.⁷

⁵Diccionario universal de términos parlamentarios.

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

⁶ Idem

⁷ Las lagunas de la ley son aquellos vacíos que existen en ésta y que es el juez quien tiene que llenarlos al momento de aplicarla, en virtud de que no puede alegar oscuridad en la ley o falta de previsión: no puede dejar de resolver por la falta de la norma aplicable. Cuando se presente este problema tiene que resolver utilizando los principios generales del Derecho, la equidad y la analogía. López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1997, p.112; También puede definirse en una primera aproximación como la falta de una norma para la regulación de un caso concreto. Modugno, Franco. Teoría de la Interpretación Jurídica, Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política, México, 2004, p. 149

Kelsen – citado por Pavón Vasconcelos- niega la existencia de las lagunas y distingue entre *lagunas lógicas* y *lagunas técnicas*, respecto a la *laguna lógica* argumenta que hay un litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho en una demanda y la otra lo cuestiona afirmando tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano de resolver el litigio debe determinar si el Derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que lo cuestiona. Al respecto, puede emitirse una resolución afirmativa u negativa rechazará su demanda.⁸ En ambos casos aplica el Derecho vigente. Si da la razón al actor aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda aplica la regla general *todo lo que no está prohibido está permitido*, esto es, que la conducta no regulada por el Derecho es una conducta libre, porque la libertad está garantizada por el mismo orden jurídico, por tanto, éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada, del mismo modo garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no está obligado, puesto que impone a cada sujeto una doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirse a lo que no está prohibido.⁹ En este sentido la controversia se puede resolver mediante la aplicación del Derecho vigente.

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

⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., pp. 105-106

⁹ idem; Germán Cisneros, nos dice siguiendo la Teoría de Enneccerus, las lagunas se clasifican: 1. Laguna Técnica. Cuando la ley da al juez una orientación general, señalándose expresamente o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas o características particulares y que el juez debe estimar e investigar para el caso concreto (...) 2. Laguna normativa cuando la ley calla en absoluto, ya sea en forma intencionada, o porque no se previó el caso, o porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después dictada la misma. 3. Laguna de conflicto. Cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna entre sí se contradicen recíprocamente ineficaces. 4. Laguna axiológica. Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos acarrea consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado éstas. Hablamos entonces de investigación correctora del Derecho. Cisneros Frías, Germán. La Interpretación de la Ley, Ed. Trillas, 3ª edición, México, 2004, p.125

vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho”.¹⁰

En cuanto a la *laguna técnica* “(...) Cuando el legislador omite la norma necesaria para la aplicación técnica de la ley se está en presencia de una laguna técnica y ésta podría colmarse mediante la interpretación, en otras palabras es una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el Derecho positivo y el Derecho Privado y el Derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que una norma es solamente un marco”.¹¹

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

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

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

- a) por voluntad del legislador;
- b) por imprevisión u olvido; y
- c) por ignorancia”.¹²

¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 106

¹¹ Ibidem, p. 106

¹² Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 19ª edición, México, 2001, p. 125

Agrega el autor, la integración de la norma debe realizarse cuando se encuentra el legislador con esos espacios vacíos, utilizando los medios de integración los “Principios generales del Derecho, la equidad y la analogía”.¹³ Por su parte, Arilla Bas señala “como medios integradores de la ley, los principios generales del derecho, la equidad, la analogía y la mayoría de razón, mismos que se encuentran previstos en la norma constitucional en su artículo 14 en donde se autoriza en materia civil los principios generales del Derecho, y prohíbe la integración de la ley penal, vedando expresamente la analogía y la mayoría de razón”.¹⁴ Cabe añadir a la opinión del autor, que en el artículo 2º del Código Penal para el Distrito Federal, igualmente se prevé la prohibición de la analogía y la mayoría de razón.

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

En la mayoría de razón hay: a) un caso no previsto en la ley y otro no previsto, b) De semejanza entre el caso previsto y el no previsto, y c) *Ratio legis* más intensa en el caso no previsto que en el previsto”.¹⁵

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

¹³ Los Principios Generales de Derecho son fundamentos éticos sociales y son la base y cimentación de un sistema jurídico. La equidad es otro medio de integración de la norma cuando el juez se encuentra en la necesidad de llenar esos vacíos que quedaron al crear la norma y es la aplicación de la justicia natural que no es otra cosa de dar a cada quien lo que le pertenece como principio universal y no como principio legal. Otro medio de integración de la ley penal para colmar las lagunas legales es la analogía que es la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero. López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Ob.cit., p.112 - 113

¹⁴ Arilla Bas, Fernando. Derecho Penal. Parte General, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 2001, p. 177

¹⁵ Ibidem, p. 179

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

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

1.1.2 Concepto de Analogía

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

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

anterior se infiere es que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino *creación o formulación analógica de una norma nueva, cuyo disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyo supuesto sólo son semejantes*".¹⁶

Rafael de Pina define a la analogía "como el procedimiento que se puede emplear para resolver un caso concreto que no tiene una exacta solución en la ley acudiendo para ello a un caso semejante que sí esta prevista en la ley".¹⁷

Para Claus Roxin, la "Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)".¹⁸

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

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

¹⁶ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 44ª edición, México, 1992, p. 369; Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 110

¹⁷ Pina Vara, Rafael de. Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 1965, p. 77

¹⁸ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Ed. Thomson. Civitas, Traduc. 2ª edición, Traduc. Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Ramesal, España, 2006, § 5,8

Unidos Mexicanos en su párrafo tercero que instituye “ (...) En los juicios del orden criminal queda prohibida imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (...)”, en el mismo sentido lo prevé el artículo 2º del Código Penal para el Distrito Federal.

1.1.3 Lógico

La palabra lógica tiene diversos significados y entre sus usos comunes la empleamos para designar, la orientación de grupos o como razón,¹⁹ e incluso en el campo del conocimiento encuentra más de un significado, pues, se ha dividido en dos campos de estudio diferentes, lógica material y lógica formal. En la primera se identifican como partes integrantes de las ciencias de la epistemología²⁰ y la metodología; la segunda, “tiene como objeto particular el estudio de las formas del razonamiento y de los usos del lenguaje relacionados con su función en la comunicación,” además a la analogía lógica se le ha colocado en diversos métodos para concluir una determinada verdad o falsedad en el campo científico; en los estudios de lógica le llaman problema de los métodos, razonamiento, o bien, inferencia incluyéndose en el mismo dos modos de razonar: el inductivo y el deductivo y en forma secundaria la inferencia por analogía.

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

Así, los aristotélicos conceptúan a la analogía como "el acto por el cual nuestro intelecto de conocimiento de una o varias cosas similares pasa al conocimiento de otra cosa también similar en virtud de que conoce que cada uno de tales casos en parte son idénticos con otra tercera. Asimismo, la estructura del

¹⁹ Witker, Jorge y Rogelio Larios. Metodología Jurídica, Ed. McGraw Hill, México, 2002, p. 3

²⁰ Epistemología. Rama de la filosofía que trata de los problemas filosóficos que rodean la teoría (logos) del conocimiento (episteme). La epistemología se ocupa de la definición del saber y de los conceptos relacionados, de las fuentes, los criterios, los tipos de conocimiento posible y el grado con el que cada uno resulta cierto; así como la relación exacta entre el que conoce y el objeto conocido. Método, proviene del griego *meta* que significa hacia y *ados* que significa camino. Denominamos método a todo procedimiento o mecánicas adecuadas coherentemente para lograr u obtener un fin.

raciocinio por analogía se procede a partir de lo singular, en lo cual conviene con la inducción, para concluir además en lo singular, en virtud que el intelecto conoce que dos cosas singulares en parte son idénticas con otra misma tercera, en lo cual conviene con el silogismo. Por tanto el raciocinio por analogía participa por inducción y del silogismo y su conclusión siempre es verdadera y cierta”.²¹

Los escolásticos afirman a partir de la ejemplificación, la analogía procede “de dos cosas entre sí en orden a una tercera, como cuando por conocer: a) Que esta rata contrajo esta enfermedad por la inoculación de este virus, se conoce; b) Que este hombre contraerá la misma enfermedad infecciosa por la inoculación del mismo virus”.²²

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

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

La fórmula de la analogía se traduce, según la moderna lógica en el siguiente esquema: M tiene la propiedad P; S es semejante a M en las propiedades A, B, C; luego, S tiene (probablemente) la propiedad P (...).²³

²¹ Mariscal Vásquez, César A. La Analogía en el Derecho Penal. Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1984, p. 315. El silogismo es una forma de razonamiento lógico que consta de dos proposiciones como premisas y otra como conclusión, siendo la última una inferencia necesariamente deductiva de las otras dos. El silogismo fue formulado por primera vez por Aristóteles, en su obra lógica recopilada como El Órganon, de sus libros conocidos como Primeros Analíticos (en griego: Proto Analytika, en latín – idioma en el que se reconoció la obra en Europa Occidental: Analytica Priora).

²² Ibidem, p. 315

²³ Idem

Los lógicos como los tomistas²⁴ ven la deficiencia racional de la analogía, en lo que se han calificado de perfección de la inducción, es decir, se refieren al número mayor o menor de casos, los cuales resultan insuficientes para obtener una inducción perfecta.

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

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

A) Cuando en los supuestos de las proposiciones jurídicas existen algunos elementos comunes, puede decirse son análogos: estamos frente a la analogía de supuestos.

B) Sí los elementos comunes corresponden a las consecuencias en leyes se trata analogía de disposiciones.

2º. No se agota la aplicación del razonamiento analógico, usándolo solamente en supuestos y disposiciones, también interesa conocer sus defectos en relación con situaciones que se pretenden considerar análogos, al aplicarles a ambos, la norma que forma alguna de ellas”.²⁵

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

“1: a, b, c, d;

2: a, b, c, e;

²⁴ El término tomismo sirve para designar todo el sistema filosófico-teológico de Santo Tomás. También significa la sistematización, la interpretación y el desarrollo de esta doctrina de sus seguidores.

²⁵ García Máynez, Eduardo. Ob. cit., pp. 367-369

3: a, b, e, f.

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

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

Ejemplo:

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

Supongamos, que el precepto legal tiene enunciados: si a, b y e y d son, deben ser X. Esto es, que al realizarse el supuesto X, expresado en la disposición. Imaginemos ahora que un tribunal debe resolver el caso a, b, c, e, no previsto en la ley y encuentra que hay la misma razón jurídica para resolverlo de igual manera que el caso a, b, c, d, análogo al primero. Hace entonces un razonamiento analógico y atribuye al caso imprevisto las consecuencias jurídicas que de acuerdo con las que la ley produce en otro”.²⁶

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

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

²⁶ Ibidem

1.1.4 Jurídico

Julián Calvo –citado por César A. Mariscal- expresa “si la ley ha de ser algo más que un simple catálogo de cosas, debe interpretarse. Si históricamente la ley ha de ensanchar su ámbito de lo particular a lo general, para ser aplicada después, por virtud de un proceso de subsunción lógico de lo general a lo particular otra vez debe ser objeto de interpretación, es la analogía. Gracias a ella se amplía la vigencia de la ley de lo previsto a lo no previsto por el fácil punto de la semejanza”.²⁷

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

Cuello Calón, por el contrario no admite la analogía en materia penal aun cuando pueda tener eficiencia para el caso de que existan lagunas en la ley a pesar de ello no se exime de definir el término diciendo “la interpretación analógica o analogía consiste en extender una norma jurídica que regula un determinado hecho a otro semejante no previsto”.²⁸

Virgilio Domínguez, nos dice, la analogía “es un procedimiento eficaz de integración, concediéndole seguridad jurídica para los pocos casos en los cuales procede. Define a la analogía en aplicar una disposición a un caso no previsto por ella, cuando entre la situación prevista en la norma y la no comprendida, existen afinidad de hechos e igualdad de razones jurídicas”.²⁹ Esto es, el autor tiene presente el principio de la analogía en *donde existe la misma razón, debe aplicarse el mismo precepto*.

²⁷ Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p.316

²⁸ Ibidem, p.320

²⁹ Ibidem, p. 321

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

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

Para Bobbio –citado por Jiménez de Asúa- partidario de la aplicación de la analogía sostiene que no es verdad que se aplique la analogía por que es justa, pero si es verdad que se aplique la analogía por que está fundada en la razón, esto es el principio de la analogía en donde existe la misma razón legal debe aplicarse el mismo precepto, identificándola con la interpretación extensiva.³⁰

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

³⁰ Cfr. Bobbio, Norberto. Plenitud del orden jurídico y la interpretación. <http://descargas.cervantesvirtual.com>; Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Filosofía y Derecho Penal. Ed. Losada, S.A., 4ª edición actualizada, Buenos Aires, 1964, p. 480

1.1.5 *Latu sensu*

La analogía “es un procedimiento que implica la aplicación del contenido de una norma jurídica referida a un caso concreto, a otro semejante, no previsto en la ley de este concepto se derivan como elementos de ésta: una disposición legal que regule una situación concreta; un caso no regulado; y una situación semejante entre el caso no regulado y el caso no previsto en la ley”.³¹

Igualmente se le ha conceptualizada como “aquel al que no se puede uno referir de modo unívoco ni equívoco, asume varias verdades y varias posibilidades de error. Se les denomina conceptos abiertos, esto es, conceptos que se aplican primero a un caso central y en forma semejante o analógica a los casos de penumbra o de la distancia del centro”.³²

Enrique Bacigalupo se muestra partidario de la prohibición de la analogía, la que tiene su fundamento en el principio de legalidad. Además hace la distinción entre interpretación extensiva y la analogía, diciendo mientras la interpretación extensiva da una aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consienta el sentido literal de la misma, la analogía se entiende la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en el texto.³³

En cambio para Celestino Porte Petit, la analogía constituye uno de los medios de integración de las lagunas existentes en el Derecho Penal, presuponiendo que sólo es aplicable a las normas de sentido amplio, y para definir a la analogía cita la jurisprudencia diciendo: “es de explorado derecho reconocer que, por ampliación analógica se entiende aquella interpretación mediante la cual el juzgador establece relaciones de semejanza, a fin de comprender un caso expresamente previsto por la Ley dentro de alguno de los mandamientos de ésta”.³⁴

³¹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1998, p.181

³² Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., p. 124

³³ Cfr. Bacigalupo Z. Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Témis, 3ª edición, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1996, p. 321; Para Bobbio la analogía es interpretación. Jiménez de Asúa Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 480

³⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p. 127.

1.1.6 Axiológico

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

Al respecto debemos distinguir dos significaciones del vocablo analogía: “el primero como modo de raciocinio en la dialéctica formal del pensamiento y el segundo como contenidos axiológicos similares constitutivos de las especies de un mismo género. Consecuentemente esta concepción de analogía supera a la concepción tradicional de la mayoría de los autores, porque han hecho girar el problema en torno al raciocinio análogo, tal como viene planteado desde Aristóteles en la lógica formal y entendiéndolo como un nuevo modo de razonar paralelo a los modos deductivo e inductivo”.³⁵

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

³⁵ Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p. 326; “La axiología jurídica trata el problema de los valores jurídicos, es decir, dilucida cuáles son los valores que harán correcto un modelo de derecho que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho. Por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos excluyen de sus códigos penales la pena de muerte, ya que el valor consistente en que “el estado no prive de la vida a sus gobernados” es fundamental, mientras que en algunos estados de Estados Unidos ese valor no existe; allí el Estado puede ejecutar a sus ciudadanos sin que ello sea un disvalor para el conjunto de la sociedad. De todos los valores del Derecho el más importante es el de “justicia”. Tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica como *Teoría de la Justicia*. La tolerancia podemos considerarla, también como un valor jurídico ya que de esta, nace el respeto, admitiendo que existen otras personas, con distinta forma de pensar a la nuestra y desde allí que es muy importante para realizar justicia. Uno de los exponentes mas grandes de la axiología jurídica es el maestro Luís Recasens Sichees”.
<http://enciclopedia.us.es/index.php/Axiolog%C3%ADa>

dos hechos deben producir las mismas consecuencias de derecho, no es problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquella.³⁶

1.1.7 Conceptualización personal

Difícil resulta brindar un concepto de analogía, cuando los tratadistas de renombre ya lo han proporcionado, sin embargo tomando en cuenta los criterios vertidos, tomaremos como parámetro el papel que desempeña la lógica y la axiología en el Derecho y de manera especial en la analogía, por ello, partiremos del concepto de analogía que nos proporciona Marcial Vásquez cuando dice "analogía es el medio lógico y axiológico, que trata de inducir de un caso particular (*analogía legis*) o de soluciones particulares (*analogía iuris*) el principio íntimo que las explica, para buscar enseguida las condiciones del mismo principio en otras hipótesis y aplicarlas por vía de deducción".³⁷

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

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

³⁶ Cfr. García Máynez, Eduardo. Ob. cit., p. 370

³⁷ Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p. 329

1.2 REQUISITOS Y CLASES DE ANALOGÍA

1.2.1 Requisitos

Independientemente de que a la analogía se le tenga como medio de integración, ésta debe reunir ciertos requisitos. Porte Petit, señala como requisitos de la analogía: “ a) Un precepto jurídico referido a un caso concreto; b) Un caso no regulado; y c) Semejanza entre el caso no regulado y el previsto por la ley”.³⁸

Desde el punto de vista del razonamiento analógico tenemos: “A) Un concepto jurídico o preceptos referidos a un caso o casos concretos, o a una institución jurídica determinada. B) Semejanza total o parcial entre el o los casos no regulados explícitamente y el o los casos de la institución prevista por la ley; y C) existencia de un principio informador de las normas previstas”.³⁹

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

1. 2. 2 CLASES

1.2.2.1 Legal o *legis*

Porte Petit infiere, “la analogía legal o *legis* se le denomina así, por que nace de la ley; es aquella que consiste en aplicar una norma jurídica que se refiere a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley”.⁴⁰ El juez aplica la solución dada para casos similares a una situación no regulada.

Por su parte Germán Cisneros Frías nos dice, la *analogía legis*, “es un procedimiento comparativo intensivo, compara algo de la ley hacia otra; consiste en comparar de lo particular a lo particular. Toma como base una disposición concreta, específica de la ley para aplicarla a casos semejantes en su esencia, es decir, para casos de semejanza esencial, no incluidos por la ley pero análogos en

³⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p. 127; Maggiore señala como elementos: 1) que falte una disposición precisa en el caso que va a decirse; 2) Que hay igualdad de esencia entre el caso que se va a regular y el caso ya regulado; Maggiore Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I, Ed. Témis, 2ª reimpression, 1989, pp.176-177; Cuello Calón menciona como requisitos: a) falta de una disposición aplicable al caso concreto, es decir, una laguna legal; b) que exista una semejanza entre el hecho regulado y el hecho a regular.

³⁹ Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p; 329; Malo Camacho, Gustavo. Ob. cit., p.181

⁴⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., p.128

su característica esencial. Es decir, la ley existe y se interpreta su razón o razones de semejanza hacia los casos particulares no previstos. Hay por tanto una interpretación lógica de la ley- por medio del procedimiento analógico-, en este caso procedimiento de *analogía legis*”.⁴¹

Juan Carlos Mondaca Bonnet define a la analogía legal como “aquella en que se descartan las condiciones no esenciales, y una vez clarificada, se aplica a los casos que abatan bajo ella. Es de hacer notar que en la medida que eliminemos mayor cantidad de condiciones, mayor será el número de casos que se resuelvan por la disposición legal”.⁴² El autor parte de una serie de premisas que pueden dar lugar conforme a la ley a una serie de soluciones a casos diferentes y todos emanados de la ley.

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

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

⁴¹ Cfr. Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., p. 122; Jiménez de Asúa, Luís, llama a la analogía *legis* la que se actúa cuando el caso no previsto se resuelve acudiendo a un precepto legal que regula un caso afín. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 479 y 527

⁴² Mendonca Bonnet, Juan Carlos, Argumento de Analogía.
http://www.pj.gov.py/tercera/revista_js/analogi.html

La disposición constitucional establece, en primer lugar, una regla general: que ninguna ley puede tener efecto retroactivo; y a continuación, una excepción: pueden tener efecto retroactivo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado. Pues, bien, si decimos que “la analogía no puede funcionar “contra la regla”, lo que queremos significar es que no cabe la aplicación analógica de la excepción que viola la regla. En consecuencia, nadie que no sea encausado o condenado puede solicitar, por analogía, que se le aplique retroactivamente una ley que le sea más favorable, porque esto iría “contra la regla”.⁴³

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

1.2.2.2 Jurídica o *Iuris*

La analogía jurídica es aplicable al caso no previsto, ello se desprende del ordenamiento jurídico en su conjunto, no de un precepto en particular, es decir, es aplicar una disposición particular a un caso concreto a través de los principios generales del Derecho, distinguiéndose de la analogía *legis*, en razón que la norma rige casos en el mismo sentido. Jiménez de Asúa, nos señala que la analogía *iuris* se da “cuando la regla para el caso omitido se deduce del sistema del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto en su obra”.⁴⁴

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

⁴³Idem

⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p.481

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

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

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

4. Inexistencia de una voluntad del legislador. La voluntad contraria del legislador puede manifestarse expresamente al usar en ciertos casos el sistema analógico, tal como se da en materia penal; por ello, se dice que para exista la analogía *iuris* debe darse la inexistencia de una voluntad del legislador contraria a este razonamiento”.⁴⁵

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

⁴⁵ Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., pp. 127-128

en que opere en perjuicio de aquél; pues, para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley no está fijada o determinada legalmente la punibilidad".⁴⁶

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

1.2.2.3 *In Malam Partem*

La *analogía legis* origina la *analogía in malam partem*, puesto que crea analógicamente delitos o penas que atentan contra los principios de legalidad,⁴⁷ de reserva⁴⁸ y de la pena.⁴⁹

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

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

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

⁴⁶ Roxin, Claus. Ob. cit., §5,8

⁴⁷ El principio de legalidad. Rige en el proceso penal e indica el deber de las autoridades competentes de intervenir, persecutoriamente, en todos los casos en que exista un hecho punible. Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, Tomo II, 1ª edición, México, 1989, p.1384

⁴⁸ Principio de Reserva. Es el principio, en el ámbito jurídico según el cual toda conducta que no este prohibida, está permitida. En el ámbito del Derecho Penal se conoce como "nullum crimen nulla pena sine lege", principio según el cual, sino hay una ley específica que describa una conducta de forma expresa como delito, esta conducta entra en el ámbito de la libertad de las personas y no puede ser sancionada.

⁴⁹ Principio de la proporcionalidad de pena, La pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho.

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

“La analogía *in malam partem* implica que el juez, en libre creación del derecho y mediante la exploración del sentido de la norma, extiende la norma o la crea mediante la interpretación (sic) (Más bien mediante la integración). Si existe una laguna legal que solamente puede llenarse mediante interpretación analógica, puede completarse si favorece al reo. Si por la interpretación el juez trata de llenar una laguna legal en contra del reo, no puede hacerlo”.⁵⁰

Del mismo modo, “la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el principio de legalidad criminal en su artículo 9, como un derecho humano fundamental”.⁵¹ En consecuencia el juez que aplique por analogía *in malam partem* la ley penal, vulnera con su sentencia el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 1º y 2º del Código Penal para el Distrito Federal, que establecen respectivamente:

ARTÍCULO 9º. Principio de Legalidad y de Retroactividad

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

⁵⁰ Castillo González, Francisco. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal. La exclusión dolosa de la tipicidad y la *analogía in malam partem*. Anuario de Derecho Penal, 2005; <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/05/10-Francisco%20Castillo.pdf>; Convención Americana de los Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969 <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

⁵¹ Idem

a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

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

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

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

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

1.2.2.4 *In Bonam Partem*

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

tomarse en consideración su vinculación con otro principio superior al propio Código Penal, es decir, al principio *nullum crimen sine lege*.⁵²

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

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

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

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

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

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

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

⁵² Cfr. Núñez R. citado por Argibey Molina, José. Derecho Penal. Parte General, Ed. Edior, Argentina, 1972, pp. 110-111

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

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

6º Es imposible aceptar sin reserva alguna, que la ley en sentido estricto no se aplique la analogía, y en un sentido *lato* sí, ya que con frecuencia las leyes penales autorizan el razonamiento por interpretación analógica, aun cuando se llega a la denominada: interpretación sistemática o extensiva.⁵³

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

⁵³ Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., pp. 338-340. Las causas de Justificación no calificadas en nuestro ordenamiento jurídico, la aplicación de procedimiento analógico esta prohibido sólo para las normas penales en sentido estricto, es decir, para las disposiciones que prevén cada uno de los delitos y que establecen las penas correspondientes o que, de otro modo restringen los derechos de los individuos. La extensión analógicas de las normas que no presentan esos caracteres, sino que se resuelven en una ventaja para el individuo no puede considerarse como prohibido. Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Témis, 8º edición, Bogotá-Colombia, 1988, p. 219

1.2.2.5 Técnica y Política

Jiménez de Asúa, partiendo de la idea rigorista de la analogía frente a la lógica y de los argumentos de Bobbio, Walter Sax, Jean Groven,⁵⁴ éste último afirma. “La aplicación del Derecho a una situación no prevista por el legislador puede procederse, sea del deseo de una justicia lo más perfecto posible que venga a colmar las lagunas técnicas de la ley (...) sea del deseo de una defensa política y social, lo más cerrada posible -llamada *analogía técnica*- cuyo funcionamiento se ha puesto en Dinamarca, consiguiéndose con su ejercicio, respaldar “ el principio de la libre apreciación” de los poderes del juez en quien se puede confiar cuando se trata de un régimen liberal”.⁵⁵ A diferencia de la *analogía técnica*, la *analogía* política procede de un espíritu completamente diferente que va más allá, tiene su fundamento en el deseo de una defensa política y social lo más cerrada, es característico de los regímenes totalizadores o dictadores.

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

1.2.2.6 Analogía Mediata o Remitida

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

⁵⁴ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 483-484

⁵⁵ Ibidem, p. 480

opone, al principio de legalidad, porque su existencia se apoya en el tipo penal regulado por la ley.

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

La analogía mediata o remitida está permitida, porque la ley penal en varios de sus preceptos nos envía a otras disposiciones –Código Civil, Código de Comercio, Ley General de Salud, etcétera., en donde la analogía es lícita, pues, no obstante de ser interpretada preserva su valor -cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho- como integradora de la norma, cuyo contenido suele señalar la licitud o ilicitud de una conducta.⁵⁶ En otras palabras la analogía remitida es admitida por existir en nuestro Código Penal remisiones a otros preceptos legales, que vienen a complementar lo ya previsto por la norma.

1.2.2.7 Analogía Antropológica

Mario Carrara defiende *la analogía antropológica*, fundamentando la posición al delincuente en donde le reconoce su propia individualidad psicofísica y una peligrosidad social independientemente de acciones delictuosas verdaderas o propias. Si la analogía se ha de aplicar –dice Mario Carrara- no ha de fiarse a las categorías de reos y de los delitos configurados según la aparente entidad de éstos, sino que deberán tomar en cuenta exclusivamente la personalidad antropológica, la real desviación degenerativa para revelar la peligrosidad.⁵⁷

G. Geocomo, se muestra en contra de la *analogía antropológica* y afirma: “Se manifiesta insalvable la heteronimia de las instituciones jurídicas frente a la sublime ilusión de un tratamiento exclusivamente biológico de las acciones

⁵⁶ Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp.341-342

⁵⁷ Ibidem, p. 483

humanas, no pareciéndole admisible que el antropólogo sea extemporáneamente legislador, así como el legislador carezca de base biológica”.⁵⁸

Carlos Fontán Balestra, refiriéndose a Mario Carrara señala que ésta tesis no propugna la aplicación analógica de la ley penal, sino que desconoce la significación a las figuras al sustentar la teoría de la peligrosidad llevada a sus extremos, como lo hizo un sector del positivismo.⁵⁹

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

1.2.3 Analogía y Derecho Libre

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

⁵⁸ Ibidem, p. 484; Heteronimia. Fenómeno por el cual dos palabras de significado muy próximo proceden de etímos diferentes: cabayo- yegua. Diccionario enciclopédico. El Pequeño Larousse, Agrupación editorial, S.A., México, 1999

⁵⁹ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Ed. Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 260

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

Altaville, al examinar el concepto de analogía “concluye que sobre esta cuestión en la realidad judicial no pueden admitirse posiciones intermedias (...) la analogía teóricamente admite una diferenciación del Derecho libre en la práctica no es sino un procedimiento para enmascararlo”.⁶⁰

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

1.3.1 Interpretación analógica

La mayoría de los tratadistas coinciden que la interpretación analógica constituye un medio lícito de comprensión de la ley, pues, una disposición dudosa puede ser entendida con otros textos penales que regulen casos semejantes. Asimismo, José Antón Oneca considera la interpretación analógica, como un elemento que permite encontrar el sentido del contenido de una ley por otra previsor de un caso análogo como único límite analógico que existe entre lo prescrito y lo no establecido por el Derecho Penal en vista de la complejidad infinita de los casos análogos.⁶¹ Tal es el caso cuando se dice cualquier “otra cosa”; “cualquier lucro”.

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

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

⁶⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p.483-48

⁶¹ Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit., pp. 129; en el mismo sentido Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. cit., p. 111; Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., pp. 346-347

b') Que exista una disposición clara respecto a un semejante".⁶²

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

1.3.2 Interpretación analógica y analogía

Jiménez de Asúa, es quien por primera vez diferencia la interpretación analógica de la analogía diciendo: "En la analogía se trata de sancionar una conducta humana o de actuar una institución que no está en la voluntad y pensamiento. En cambio por interpretación analógica: a veces como ocurre en los códigos penales la propia ley requiere se complemente sus preceptos por analogía".⁶³ Niega en el primer caso la aplicación de analogía y admite su uso en la segunda forma.

José Antón Oneca, sostiene que la interpretación analógica (*intra legem*) es la interpretación de un precepto por otro que prevé caso análogo, cuando en el último aparece claro el sentido que en el primero está oscuro, concluyendo que no es pues, otra cosa que una forma de interpretación sistemática.⁶⁴

Queda claro que no debemos confundir analogía con la interpretación analógica, pues, no pretende ésta crear delitos al margen de la legalidad, sino desarrollar en forma lógica el contenido de un precepto penal e indagar su extensión comparando el caso de que se trata, no directamente previsto en la ley con otros semejantes incluidos en ella.⁶⁵

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

⁶² Ibidem, p. 130

⁶³ Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pp. 479-527

⁶⁴ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 113

⁶⁵ Cfr. González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Parte General y Especial, Ed. Porrúa 4ª edición, México, 1997, p. 634

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

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

1.3.3 Analogía e interpretación extensiva

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

Marcial Vásquez, expresa: la interpretación extensiva se presenta cuando se amplía la latitud de la ley a la voluntad contenida en la misma, por lo cual, es necesario fijar de manera indubitable dicha interpretación en un resultado, supuesto con el uso de verdadero mediante medios interpretativos (literal, lógico, teleológico, etcétera), llegando a la extensión, restricción o declaración de la auténtica voluntad objetiva contenida en la ley. Por otro lado, es necesario reconocer que la analogía, no es el resultado de la interpretación, sino como se desprende de su auténtica fuente científica, es en sí, un elemento de razonar, sentado lo cual, pasamos a dar conocimiento de los diversos criterios.⁶⁶

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

⁶⁶ Cfr. Mariscal, Vásquez, César A. Ob. cit., p 349; Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p.112

que es lo mismo, con la voluntad de la ley que es lo que definitivamente se trata de esclarecer”.⁶⁷

“Otra cosa es lo que sucede en la analogía, ya que el caso no está previsto ni en la letra ni en el espíritu de la ley descartándose que la voluntad normativa no cabe la incriminación de tal o cual conducta, lo que puede deberse a múltiples razones, por decir algunas: el legislador no quiso incluirlas, o ni siquiera las imaginó”.⁶⁸

Recordemos entonces, en la interpretación extensiva se aplica la ley (esta dentro del ámbito de una norma) y en la analogía se crea la norma, y tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir, “La interpretación extensiva constituye *“la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo conciente el sentido literal de la misma,* en cambio, *la analogía es la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en el texto”*.⁶⁹

1.3.4 Interpretación analógica y suplemento o sustituto analógico

Manzini y Paoli -citado por Jiménez de Asúa- “distinguen la interpretación analógica y suplemento analógico. La primera interpreta la ley que presenta una laguna, el segundo, suple la inexistencia de la institución general o particular. En el sentir de los autores citados, la primera se admite y el segundo se prohíbe”.⁷⁰

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

Asimismo, coadyuva al conocimiento del suplemento o sustituto analógico y

⁶⁷ Vidaurri Arechiga, Manuel. Interpretación de la Ley Penal, Boletín No. 58, Vol. XV, abril-junio 1995. Universidad de Guanajuato, p. 65

⁶⁸ Idem

⁶⁹ Prunotto Laborde, Adolfo. Recepción de la Analogía en el Derecho Penal. <http://www.cartapacio.edu.ar>

⁷⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 472

su diferencia con la interpretación analógica, J.P. Ramos sostiene⁷¹ “En toda interpretación analógica la norma existe y quiere ser extraída por medio de la analogía. En lo que es simplemente un suplemento o sustituto analógico, la norma no existe y pretender ser creada por analogía”.

La analogía funciona en su pureza lógica, lógica jurídica o axiológica jurídica, dependiendo necesariamente de la comparación con cierta norma existente, o perfectamente fijada en la ley penal; en cambio el sustitutivo analógico, sin ley comparativa alguna, pretende excepcionar toda una ley o caso particular al principio de la libertad en cuyo caso se está creando al margen de la legalidad una nueva reglamentación punitiva, razón suficiente para repudiar al llamado suplemento analógico.⁷² El admitir un suplemento o sustituto analógico conllevaría a vulnerar el principio de legalidad, y evidentemente, el juzgador estaría creando delitos.

1.3.5 La analogía y las leyes excepcionales

Liszt-Schmidt y Schönke, manifiesta que por leyes excepcionales “han de entenderse aquellas normas que prevén los delitos en particular o establecen penas y además aquellas disposiciones, bien de la parte general, bien de la parte especial del Código que integran las primeras en el sentido de restringir el libre ejercicio de los derechos, Por lo tanto, para quienes así discurren, deben comprenderse en el sentido de leyes penales las disposiciones que prevean una eximente, una atenuante o una causa de exención de la pena. Hippel le niega valor a estas distinciones y Rocco en Italia, ha buscado, por otra ruta, exceptuar a las eximentes no constituyen normas excepcionales porque si son de este carácter las penales y las eximentes representan una negación de la negación, es decir, una reafirmación necesariamente entra en el Derecho común”.⁷³ Manzini -citado por César Mariscal Vázquez- apunta que la analogía está prohibida sólo cuando se conduzca a extenderla a casos o materias no contempladas ni explícita ni implícitamente por la ley incriminaciones o sanciones, o bien otras normas

⁷¹ Cfr. Mariscal Vázquez, Cesar. Ob. cit., p. 351-352

⁷² Ibidem, pp. 351-352

⁷³ Jiménez de Asúa, Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p.553

restrictivas de derecho (excepcional) o de otros intereses subjetivos individuales o de la potestad punitiva de carácter absolutamente excepcionales.⁷⁴

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

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

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

⁷⁴ Cfr. Mariscal Vásquez, César A. Ob. cit., p.354

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

Lo anterior tiene su sustento en la postura de Juventino V. Castro que acepta que se puede dar la analogía diciendo: "Por otra parte, no debe caerse en el fácil error en que algunos autores incurren, cuando se afirma que en el derecho penal está prohibido el uso de la analogía, de la mayoría de razón, de la interpretación extensiva, y de otros medios de interpretación similares, ya que lo único que se prohíbe es la creación de delitos y penas, por medio de la interpretación o la extensión, pero en tratándose de situaciones diversas a ésta se pueden perfectamente usar los sistemas interpretativos que son comunes al derecho".⁷⁵

⁷⁵ Castro y Castro, Juventino. Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, 9ª edición, México, 1992, p. 242; Hernández Ramírez, José Luís. Análisis de la fórmula: «interpretación jurídica» del Párrafo cuarto del artículo 14 constitucional, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 5, 2001/2002, pp. 73-87.
<http://www.filosofiyderecho.com/rfd/numero5/6-5.pdf>

Y al respecto agrega: “Este es el caso del uso del método interpretativo para las normas de derecho procesal penal, y también otros casos resueltos por los tribunales –cuando no se producen perjuicios, sino beneficios-, como puede ser aquel fallo de la Suprema Corte en que este Alto Tribunal usó la analogía para disminuir la penalidad impuesta a un reo, condenado por el delito de homicidio simple perpetrado en la persona de su concubina, la cual sorprendió en un acto de infidelidad. El condenado interpuso juicio de amparo alegando que su caso era similar o análogo al previsto por el Código Penal, según el cual merece pena inferior al homicidio simple, el que delinca al sorprender a su cónyuge en un acto de infidelidad, o en alguno próximo anterior o posterior, tomando en cuenta la disposición penal la gran conmoción interior que una persona sufre cuando toma conocimiento de tales hechos –llevados a cabo por su pareja-, sin que tenga por qué diferenciarse ese estado de ánimo por el simple hecho de no haberse realizado un formalismo legal –como lo es el matrimonio-, que sí aparece en caso distinto”.⁷⁶

⁷⁶ Idem

CAPÍTULO II

LA INTERPRETRACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

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

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

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

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

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

emplea el método gramatical y teleológico, concluyéndose con el método sistemático.

2.1 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1.1 Concepto de interpretación jurídica

Desde el momento que inicia la vigencia de la ley penal se empieza a interpretar la norma “es tanto como “comprender” lo que ella dice en abstracto para ser aplicada al caso concreto”.⁷⁷

La palabra interpretación⁷⁸ es un término que no se limita únicamente al ámbito jurídico, así el vocablo interpretar deriva del latín *interpretatio*. *Interpretationis*, explicación, interpretación, traducción. De la misma familia, la palabra interpres-interpretis, significa entre dos partes, intermediario, mediador, negociador; en otro campo semántico, comentador, traductor, expositor. Estos dos términos derivan a su vez del verbo *interpretor*, que es un compuesto de la preposición latina *inter*, entre en medio de; y del verbo *praeo*, ir delante, marchar a la cabeza, guiar, dar instrucciones.⁷⁹

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

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

⁷⁷ Fontán Balestra, Carlos. Ob. cit., p. 113

⁷⁸⁷⁸ Gramaticalmente interpretación es la acción o efecto de interpretar, este término a su vez proviene de la raíz latina *interpretare* la cual tiene los siguientes significados: Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad.//2. Traducir una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente.//3. Explicar acertadamente o no, acciones, hechos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos.//4 Representar una obra teatral, cinematográfica, etc. // 5. Ejecutar una pieza musical mediante canto o instrumento.//6 Ejecutar un baile con propósito coreográfico.//7. Concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1992

⁷⁹ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3ª edición, México, 2006, p. 182

disposiciones legales; y como formas de expresión jurídica podemos enunciar las siguientes: la constitución, las leyes, códigos, reglamentos a nivel federal, estatal o municipal y demás disposiciones emitidas, no sólo en material penal sino en cualquier otra rama del Derecho.

Interpretar la norma jurídica significa descubrir o desentrañar su contenido. Así, Manuel Messineo afirma “es la indagación o penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma, (o sea de la voluntad de la misma) para medir su precisa extensión y la posibilidad de su aplicación a las relaciones sociales que trata de regular”.⁸⁰ Esto quiere decir, que más que investigar el espíritu del legislador, lo que debe indagarse es la voluntad de la ley.⁸¹

Carlos Fontán Balestra, señala “interpretar consiste en materializar la voluntad abstracta de la ley a través de la mente del juzgador, quien al juzgar realiza un juicio de valor que es el fruto de la relación entre la conducta que se contempla y la norma”.⁸²

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

⁸⁰ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., p. 129; El concepto mismo de interpretación tiene una gran relación con la jurisprudencia, ya que ambas instituciones, en gran medida, se implican y guardan cierta reciprocidad; así sucede, en cierta medida, desde el derecho romano en el que los interpretes jurídicos eran llamados "iurisprudentes".

⁸¹ Cabe hacer mención que dentro de la interpretación de la ley penal no hay que perder de vista la importancia que reviste la ciencia de Derecho Penal, también denominada la dogmática jurídico-penal, entendiéndose ésta como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal; no concibe la norma como un dogma rígido sino que reconoce soluciones parciales a los problemas jurídicos, teniendo como función garantizar los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder punitivo del Estado; Porte Petit Candaudap, Celestino la define como la disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico penales, con base en el método jurídico, es decir, mediante la interpretación, construcción y sistematización de las normas penales. Ob. cit., p. 28

⁸² Fontán Balestra, Carlos. Ob. cit., p. 114

intérprete también decide el significado de la norma; siendo desde este punto de vista un acto de voluntad”.⁸³ Es evidente, que antes de aplicar la norma, primero debemos entenderla para posteriormente aplicarla.

Tamayo y Salmorán, señala “la interpretación jurídica es el conjunto de procesos lógicos que atribuyen un significado a la norma o describen el sentido de sus enunciados. (...) Es una forma de actividad creadora y práctica, no reducida a inferencias lógico-formales; antes bien, entre varios significados posibles de una norma, valora y apta por lo que ayuda a innovar, por lo menos, a completar y perfeccionar el ordenamiento jurídico como unidad de sentido”.⁸⁴

Es indudable que interpretar una norma jurídica significa esclarecer, descubrir su sentido mediante métodos interpretativos y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, además para la resolución judicial.⁸⁵

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

2.1.2 Naturaleza de la interpretación

2.1.2.1 Objeto y finalidad de la Interpretación jurídica.

El objeto de una ciencia, materia o disciplina es aquello de lo que se ocupa o sobre lo que recae. En tal virtud, la interpretación se ocupa o recae sobre el Derecho, resulta indiscutible que es la Ley el objeto de la interpretación, al respecto afirma Castillo Sandoval “el Objeto de la interpretación es la ley escrita, esto es, las palabras dictadas por el legislador con el carácter de leyes”.⁸⁶

⁸³ Ortega, Ramón. Sobre la Interpretación del Derecho de Manuel Segura Ortega. <http://descargas.cervantesvirtual.com>

⁸⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Elementos de Derecho Procesal Constitucional, 1ª edición, México, 2006 p. 48

⁸⁵ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual. Ob. cit., p 94. Afirma se interpreta una ley cuando se busca y esclarece o desentraña un sentido mediante el análisis de las palabras que la expresan. Mientras, López Betancourt, Eduardo. Ob. cit., p.105, expresa la interpretación legal consiste en fijar el sentido de la misma, desentrañarla para conocer su verdadero alcance, o la intención que tuvo el legislador al crear la ley.

⁸⁶ Castillo Sandoval, Jesús. La interpretación de las Fórmulas Legales, Cárdenas Editor Distribuidor, 1ª edición, México, 2003, p. 21

El propósito u objetivo de la Interpretación (fin inmediato) es desentrañar el sentido y significado del Derecho. Ludwig Enneccerus lo dice de la manera siguiente: “El objetivo de la Interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica.” (sic)⁸⁷. Es descubrir el espíritu y la voluntad de la ley, no la del legislador. Del mismo modo se ha dicho que la finalidad de la interpretación es hacer que se entienda el contenido de la norma.⁸⁸

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

La Interpretación jurídica tiene además un fin (mediato): en donde los tribunales tienen que aplicar correctamente el Derecho a los hechos sometidos a su consideración. Así se ha dicho, la tarea interpretativa no puede realizarse por simple interpretación, sino que ésta siempre debe versar sobre los hechos materia de controversia y con la finalidad de establecer una norma específica (sentencia), pero igualmente con fines docentes (doctrinarios, científicos, particulares) es posible interpretar la norma refiriéndose a hechos hipotéticos o supuestos. Uno y otro han sido llamados por Rolando Tamayo y Salmorán como interpretación orgánica e interpretación no orgánica respectivamente. Éstos facilitan en cierto modo, el trabajo a la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución; pero aquélla somete a prueba los resultados en la confrontación con la problemática del caso particular y por tanto, necesita constantemente de la Ciencia del Derecho para la verificación.⁸⁹

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

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

⁸⁷ Franco de la Cuba, Carlos Miguel. La Interpretación de la Norma.

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

⁸⁸ Cfr. Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p. 21

⁸⁹ Franco de la Cuba, Carlos Miguel. Ob. cit.

b) Descubrir el auténtico pensamiento y voluntad del legislador, en el momento en que dictó la norma, tomando también en consideración el elemento literal.

c) Investigar las nuevas condiciones políticas, sociales, históricas y económicas de la época en que deba aplicarse la ley, considerando a ésta como entidad propia, ajena a la voluntad del legislador.

d) Investigar la costumbre para resolver conforme a ella el caso dudoso (claro está en materia penal no es aplicable, pues, se vulneraría el principio de legalidad).

e) Tomar en consideración, primordialmente, el fin social que persiguió el legislador al dictar la norma.

f) Seguir como norma, para la interpretación, los fines políticos y sociales del Estado, así como la naturaleza de su régimen.

g) Partiendo de la letra de la ley y de la voluntad del legislador, resolver el problema mediante la libre investigación, por el juzgador, de las condiciones económicas, sociales y políticas, usando para ello del método científico".⁹⁰

Por su parte Fontán Balestra⁹¹ señala como reglas de la interpretación las siguientes:

1º Debe de indagarse la voluntad de la ley considerada objetivamente. Cuando hay disidencia entre lo que el legislador se ha propuesto y lo que dice la ley, debe privar este último.

2º No ha de tomarse en cuenta el momento en que la ley fue elaborada, sino el de su aplicación.

3º Es decisivo en la interpretación *el fin del respectivo precepto jurídico penal*, considerándose su finalidad *actual*. No ha de perderse

⁹⁰ Bremauntz, Alberto. Interpretación de la Ley. Anales de Jurisprudencia, enero-febrero, 2003, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, pp.435-436

⁹¹ Fontán Balestra, Carlos. Ob. cit., pp. 119-120

de vista el fin perseguido por el ordenamiento jurídico en su totalidad.

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

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

2.1.3 Tesis Subjetiva y Objetiva.

Sobre los puntos de vista del intelectualismo y del voluntarismo podrá haber sin duda una gran divergencia, pero podemos advertir una confusión que se acentúa aún más cuando se tiene que determinar ¿de dónde se obtiene el sentido o significado que se debe lograr a través de la interpretación?

Para contestar esta pregunta encontramos dos tendencias las cuales dan respuestas diferentes: el subjetivismo y el objetivismo. Los partidarios del Subjetivismo (que es la teoría más antigua) sostienen: para interpretar una norma debe tenerse como punto de referencia al legislador, tomado en cuenta por éste para crear la ley; esto es, el propósito de desentrañar de su mente lo que éste quiso decir. Entienden que lo que se manda en la ley es la voluntad del legislador, quien es su autor y la norma jurídica sólo es un medio o instrumento para expresar ese mandato; entonces el intérprete debe llegar al espíritu del legislador para averiguar lo que quiso decir para interpretar correctamente la norma.

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

“voluntad de la ley”, está sumamente claro que esta referencia se hace únicamente en sentido metafórico.⁹²

Mario Alzamora Valdez explica, la primera teoría (el subjetivismo) sostiene que la ley no puede ser entendida de otro modo que como “mandato” es voluntad dirigida a regular las relaciones jurídicas y dicho mandato proviene de la mente del legislador; en tanto la segunda (el objetivismo) se apoya en la forma de como se originan las normas, en el valor de éstas consideradas en sí mismas, y en el carácter de los objetos culturales, para atribuir a la ley un sentido independiente de lo querido por su autor.⁹³

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

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

⁹²Cfr. Pozo Hurtado, José. Nociones básicas de Derecho Penal. Interpretación. <http://www.anif.ch/derechopenal>

⁹³Cfr. Idem.; Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 2001, p. 80, señala, la Teoría objetiva propone que “la ley tiene un sentido que podemos desentrañar de la propia ley (...) el intérprete se desliga de las posibles consideraciones que haya tenido el legislador para emitir la ley y su función será desentrañar el sentido de la ley, lo que le puede permitir con base en ésta solucionar problemas no previstos por el legislador, colmar las llamadas lagunas de la ley, como sería el caso de la interpretación analógica partiendo de la interpretación de la ley (...)”

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

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

De este modo, concebimos que los partidarios del objetivismo, no sólo traten de exponer la mejor tesis, sino sólo la única realista y razonablemente posible. Considera que a cada una de estas teorías corresponde parte de verdad y por ello, ninguna puede aceptarse sin limitaciones. Además manifiestan, la verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica a diferencia de la natural, es hecha por hombres y para hombres, es la expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo; en cambio, la verdad de la teoría objetiva tan pronto es aplicada la ley, despliega una actividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado.⁹⁴

Uniéndonos a la opinión de Orellana Wiarco, consideramos “que, si bien, la interpretación de la ley, debe ceñirse a un criterio objetivo en cuanto debe encontrar su verdadero sentido, la misión del intérprete no puede desdeñar los antecedentes legislativos; las llamadas “exposición de motivos” de la ley, así como otros precedentes de esa naturaleza serán útiles para encontrar el verdadero sentido de la ley”.⁹⁵

En el mismo sentido Celestino Porte Petit es partidario de la teoría objetiva de la interpretación, al afirmar “según el intérprete la norma es precisar su sentido, su voluntad, y no el sentido ni la voluntad del legislador histórico”.⁹⁶ Con base en lo anterior, únicamente debería hablarse de una sola interpretación, siendo esta la interpretación teleológica, la cual busca la voluntad, si la voluntad, pero la voluntad de la ley no la del legislador.

⁹⁴ Cfr. Franco de la Cuba, Carlos Miguel. Ob. cit.

⁹⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit., p. 80

⁹⁶ Porte Petit Candaudad, Celestino. Ob. cit., p. 113

2.2 LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

2.2.1 Método Gramatical

En Principio antes de entrar al estudio del método gramatical, es conveniente en primer lugar tener presente ¿qué debemos de entender por método?⁹⁷ Por lo que siguiendo el pensamiento de R. Descartes por método debemos de entender: “Sistema ordenado de medios para proceder en el conocimiento científico, aumentando gradualmente los conocimientos hasta llegar al más lato posible”.⁹⁸

González Quintanilla, que la mayoría de los autores coinciden en señalar que el método “es una manera razonada de conducir el pensamiento para lograr un objetivo específico y tener la seguridad de que, mediante tal mecanismo descubriremos la verdad. En otras palabras también nos dice que desde un punto de vista genérico se denomina el método a todo procedimiento o mecánicas adecuadas coherentes para lograr u obtener un fin”.⁹⁹

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

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

⁹⁷ Método, proviene del griego *meta* que significa hacia y *ados* que significa camino. Así el método es un conjunto de pasos que trata de protegernos de la subjetividad en el conocimiento.

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

⁹⁸ Acerca del Método, Consideraciones Generales, El Método Jurídico.

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

⁹⁹ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit. p.94

legislador, sin que el intérprete pueda salirse de los términos literales. Esta forma de interpretar la ley se ha denominado gramatical.

Al llevarse a cabo la interpretación gramatical “no toma en consideración la posibilidad de que el autor de la norma deje de expresar su verdadero sentir o manifestar su auténtica voluntad, cuando usa términos impropios o confusos, o bien, cuando ha dejado lagunas o incurrido en contradicciones, no de la intención o espíritu con que legisló, sino de los términos literales empleados”.¹⁰⁰

Dentro del proceso de investigación que busca aclarar la expresión de la ley, el juez carece de facultades para dar a las palabras una significación diversa de la propia, salvo que la intención del legislador haya sido otorgársela, empleándolas no en un sentido vulgar sino técnico jurídico. Luego para que tenga mejor utilidad la interpretación literal, es necesario que el juzgador lleve a cabo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.¹⁰¹

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

2.2.2 Método lógico

La palabra lógica es de uso cotidiano y su significado es variado. La utilizamos sin tener experiencia en la materia y entre sus usos comunes se utiliza para designar el sentido común, la orientación de grupos o como razón.¹⁰² Incluso en el ámbito del conocimiento encuentra más de un significado, pues, se ha dividido en dos campos de estudio diferentes, lógica material y lógica formal. En la lógica material se identifican como partes integrantes las ciencias de la

¹⁰⁰ Bremauntz, Alberto. Ob. cit., p. 436-437

¹⁰¹ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., pp. 99-100

¹⁰² Cfr. Witker, Jorge y Rogelio Larios. Ob. cit., p. 3

epistemología¹⁰³ y la metodología,¹⁰⁴ la lógica formal, “tiene como objeto particular el estudio de las formas del razonamiento y de los usos del lenguaje relacionados con su función en la comunicación”, además a la analogía lógica se le ha colocado en diversos métodos para concluir o inferir una determinada verdad o falsedad en el campo científico; en los estudios de lógica le llaman problema de los métodos, razonamiento, o bien, de inferencia incluyéndose en el mismo dos modos de razonar: el inductivo y el deductivo y en forma secundaria: la inferencia por analogía.

Mediante el método lógico, el intérprete se sirve de unos y otros preceptos de la ley, de todo el contexto y de otras leyes del mismo ordenamiento, debiéndose de eximir toda la ley, descubrirse su finalidad y después interpretar cada norma por separado, puesto que la ley entrega un contexto, un todo orgánico que obedece a determinada finalidad fundada en el sentido de una norma jurídica. Ésta a su vez puede clasificarse en histórico-subjetiva, voluntad del legislador histórico, trae aparejado el problema del estancamiento del Derecho; y la interpretación objetiva que trata del sentido objetivo de la ley. Su ventaja es la actual respuesta y su desventaja es la arbitrariedad.¹⁰⁵

¹⁰³ Epistemología significa literalmente "saber acerca del conocimiento" (episteme = saber; logos = saber). La epistemología es la rama de la filosofía que se ocupa de estudiar qué es el conocimiento, sus límites y posibilidades (qué podemos saber, cuál es el alcance de nuestro saber así como los límites de la certeza), el objeto y el sujeto del conocimiento (qué conocemos y quién conoce), la relación entre el conocimiento y la circunstancia (la historia, la cultura, el individuo), etc. Existen tres actitudes fundamentales en epistemología (la división es de Kant): escepticismo, dogmatismo y criticismo; sólo al última es una auténtica epistemología.

<http://www.todoexpertos.com/categorias/humanidades/filosofia/respuestas/1228902/epistemologia-concepto>

¹⁰⁴ Metodología, del griego (metà "más allá" odòs "camino" logos "estudio"). Se refiere a los métodos de investigación que se siguen para alcanzar una gama de objetivos en una ciencia. Aun cuando el término puede ser aplicado a las artes cuando es necesario efectuar una observación o análisis más riguroso o explicar una forma de interpretar la obra de arte. En resumen son el conjunto de métodos que se rigen en una investigación científica o en una exposición doctrinal.

<http://es.wikipedia.org/wiki/Metodolog%C3%ADa>. Desde el punto de vista de la metodología jurídica debe tomar en consideración el objetivo que se refiere, sin el cual la interpretación de su contenido devendría en un sistema cerrado en sí mismo, acaso técnicamente depurado, al menos aparentemente, pero a la vez insuficiente por no tomar en cuenta el sentido y el objetivo mismo del derecho. Malo Camacho, Gustavo. Ob. cit. p. 126

¹⁰⁵ Del Rosal citado por Porte Petit Candaudap, señala: Por ser el ordenamiento jurídico penal un sistema, cobra gran utilidad la interpretación sistemática o “posición sistemática del precepto y su relación anterior”. Ob. cit., p 121

Debe reconocerse además, atendiendo a la doctrina tradicional “cuando una ley es clara, no puede irse contra la letra”,¹⁰⁶ Jesús Castillo Sandoval con el pretexto de penetrar en su espíritu da un ejemplo de ello e invoca lo que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia:

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

Séptima Época:

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

Amparo directo 919/78. Felipe Herrera Reyes y otro. 11 de junio de 1980. Cinco votos.

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

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

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

Sétima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte HO

Tesis: 1009

Páginas: 632

2.2.3 Método Histórico.

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

¹⁰⁶ Castillo Sandoval. Jesús. Ob. cit., pp.179-180

surgir espontáneamente.” “El pueblo, la consciencia jurídica popular, es el origen, la base sobre la que descansa el derecho positivo”. De esta forma, en la escuela histórica el marco de referencia para el legislador y los juristas, es el derecho del pueblo. “la ley cumple sólo con el cometido de ponerse al servicio del derecho; es su eventual exteriorización y garantía. El legislador no tiene la menor participación en la producción del derecho, simplemente se limita a recoger el que influye de la consciencia nacional”.¹⁰⁷

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

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

2.2.4 Método Exegético

Se dice que “la exégesis de un texto consiste en dar una explicación de un sentido, en esclarecer u desentrañar su significado e interpretarlo, recurriendo para tal fin a procedimientos gramaticales (por el análisis de las palabras que le componen y lo que ellas dicen, contempladas en sí mismas, aisladamente, en su tenor vulgar o término y en relación con las demás que la oración se vinculan), así como también a procedimientos lógicos. El método exegético, se caracteriza por basarse casi de forma exclusiva en la ley escrita”.¹⁰⁸

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

¹⁰⁷ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit. pp. 100-101

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 101 -102

del legislador, manifestado por factores ajenos al texto (...) del culto a la letra de la ley se dio un paso adelante para investigar la voluntad y fin perseguido por su autor, sin atenerse exclusivamente a la parte literal”.¹⁰⁹

Para los exegetas¹¹⁰ el texto por si solo no es suficientemente revelador de la voluntad legislativa, es necesario realizar una investigación sobre los llamados trabajos preparatorios, opiniones de las comisiones, exposiciones de motivos, discusiones parlamentarias y extra-parlamentarias que hubiesen tenido los legisladores en los debates públicos de los proyectos; en otras palabras para conocer la voluntad del legislador los exegetas deben auxiliarse del método histórico, gramatical, lógico, como además, el método analítico- sistemático, dado que es aplicado a las normas positivas y a los diversos elementos que motivaron la creación de la norma.

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

2.2.5 Método Sistemático

“En virtud del elemento sistemático, se hace una obra constructiva; se establece el lazo íntimo que une a las instituciones y reglas jurídicas dentro de una basta unidad, y en particular se encuadra a la ley dentro del sistema general”.¹¹¹ A través del método sistemático “el juzgador tiene la tarea de asignar el lugar que le corresponde a cada norma dentro del ordenamiento legal o reglamentario al que pertenece (...) las normas deben coordinarse y subordinarse según las esferas de competencias que la ley establece. Para tal efecto el jurista tiene que considerar y diferenciar las diversas leyes que conforman el Estado de Derecho, como son las constitucionales, leyes federales, locales y los reglamentos, etcétera. para poder utilizar este método interpretativo se debe partir de la base que el Derecho

¹⁰⁹ Es lo que caracteriza a la llamada Escuela de la exégesis, iniciada por Blondeau. Anales de Jurisprudencia. Bremauntz, Alberto. Ob. cit., p. 437-438.

¹¹⁰ Exegetas o exegeta, (Del gr. ἐξηγητής). 1. com. Persona que interpreta o expone un texto. Diccionario de la Real Academia. Ob. cit.

¹¹¹ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit. p. 102

es un sistema y la norma debe ser examinada en la relación que guarda en el sistema, considerando que los preceptos jurídicos que componen el sistema se encuentra dispersos. Y distinguir las esferas de competenciales que tienen asignadas las autoridades que deben de aplicarlas”.¹¹²

Además, Germán Cisneros Frías, señala “la sistemática jurídica es la rama de la ciencia del Derecho y tiene por objeto ordenar los conceptos jurídicos generales insertos ya en una norma, en instituciones jurídicas, ordenar el ámbito material de validez del Derecho objetivo, dar nomenclatura jurídico científica apropiada a las figuras instituciones recientes, ordenar los contenidos temáticos relacionados con el Derecho, las ramas de reciente creación en el Derecho, nuevas disciplinas jurídicas, sistemas jurídicos en general, atendiendo a países o épocas determinadas”.¹¹³

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

- “1. La ley configura un todo.
2. Cada disposición de la ley forma parte de ese todo.
3. Dentro de toda Ley, no hay disposiciones iguales.
4. El intérprete debe descubrir, lo general y lo particular de cada disposición.
5. Lo particular de la disposición, es el inicio del procedimiento interpretativo”.¹¹⁴

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

¹¹² Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p. 141

¹¹³ Cisneros Frías, Germán. Ob. cit., p.18

¹¹⁴ Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p. 145

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

2.3.6 Método Teleológico

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

“Otros autores, entienden por este método al método lógico o por lo menos entienden al Método Teleológico como parte de aquél. El último de los casos se advierte, por ejemplo, en el tratadista español Manuel García Amigo, quien, al referirse al método lógico dice: “Es obvio, además, que cuando el legislador dicta una norma, persigue un fin, a cuya obtención encadena lógicamente el precepto. Por eso toda interpretación debe seguir las reglas de la Lógica”.¹¹⁵

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

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

¹¹⁵ Franco de la Cuba, Carlos Miguel. Ob. cit.

3.- Tomar en consideración los valores culturales que rigen en ciertos lugares y que el jurista no debe de olvidar. (...)

4.- Para determinar la finalidad de la norma se deben tomar en cuenta las relaciones sociales, para cuya regulación la norma fue creada. (...)

5. Otra técnica para conocer la teología de la ley es investigar lo que quiere la ley, es decir, las conductas que regulan las razones por las que la reglamento. (...)¹¹⁶

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

2.3 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

2.3.1 El juez

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

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

¹¹⁶ Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., pp. 248-251

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

Luego, con base en lo antepuesto para efectos de aplicar la norma al caso concreto, el juez tiene la función de interpretarla¹¹⁷, es por ello, que a la interpretación judicial igualmente se le conoce como forense, usual o jurisprudencial y a los tribunales a través de sus órganos corresponde llevarla a cabo en la aplicación de los casos concretos.

“El juez es un representante del Estado que le otorga a un hombre o una mujer poderes excepcionales para los que se someten a él, siempre y cuando exista la competencia y demás requisitos previstos por el legislador.”¹¹⁸ En otras palabras, el juez es una persona con facultades otorgadas por el Estado, a fin de que -en este caso- en su ámbito de competencia penal aplique la norma al caso concreto, y por ende, declare el derecho.

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

¹¹⁸ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 19ª edición, cuarta reimpresión, México, 2004, p. 180

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

Las grandes codificaciones de principio de Siglo XIX fueron un factor determinante para que finalmente se depositara en los jueces la facultad de interpretar las leyes, sin embargo esto se consideró durante mucho tiempo como una actividad excepcional, desvinculada del procedimiento de aplicación de las leyes que el juez llevaba a cabo sólo cuando éstas no fueran claras o existiera duda acerca de su sentido y alcance. Asimismo, ante la insuficiencia comprobada de la ley para preverlo todo, comenzó a vislumbrarse la integración como la actividad que permite al juez solucionar aquellos casos no previstos por el ordenamiento jurídico, aunque ésta también se le considera como algo excepcional”.¹¹⁹

2.3.2 Función Judicial en la aplicación del Derecho.

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

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

¹¹⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. Interpretación Judicial Constitucional. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/867/6pdf>

En la interpretación de las normas penales la función del juez es sólo interpretativa y de subsunción,¹²⁰ debiendo atender el contenido de la ley que es el único derecho obligatorio y el hecho real, pues, en esta materia – como ya quedó asentado en líneas anteriores- el juez no tiene facultades para crear la norma, ni puede llenar lagunas o vacíos legales.¹²¹

De lo anterior inferimos que la interpretación judicial como lo afirma María Concepción Gimeno Presa, no es una mera interpretación conocimiento: es siempre interpretación decisión.¹²²

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

- 1.- La interpretación como acto previo e indispensable a la aplicación de cualquier precepto con el fin de determinar su sentido y alcance, esto es, la norma jurídica que encierra;
2. La aplicación de esta última al caso concreto y;
- 3.- Finalmente la integración del orden jurídico mediante la creación de una norma jurídica individualizada menos general y abstracta situada en un escaño inferior.

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

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

¹²⁰ Subsunción (De *sub-* y el lat. *sumĕre*, tomar).1. tr. Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora.2. tr. Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general. Diccionario de la Real Academia Española. Ob. cit.

¹²¹ Cfr. Castillo Sandoval, Jesús. Ob. cit., p. 355

¹²² Cfr. Gimeno Presa, Concepción. Teoría y Doctrina de la Interpretación jurídica en la Propuesta de Ricardo Guastini. <http://www.cervantesvirtual.com./servlet/sirveobras>

tiene como finalidad encontrar el resultado más óptimo de solución al caso concreto.

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

Queda claro que las resoluciones emitidas por el juez sólo causa efectos jurídicos para el caso concreto, esto quiere decir, que no tienen fuerza obligatoria ni puede ser extensivo a otros casos similares, aunque en la práctica y dado el cúmulo de trabajo existente en los juzgados penales pareciere que los razonamientos interpretativos utilizados para un asunto son aplicados para otro similar.¹²³

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

¹²³ A mayor abundamiento, "la labor del juez consiste básicamente en la elaboración de razonamientos que tienen un doble fin, por una parte encuadrar su decisión en el orden jurídico establecido y por la otra lograr el convencimiento de las partes y la sociedad acerca de la justicia de su decisión; esta actividad adquiere especial trascendencia cuando lo que se trata de justificar es precisamente la interpretación que se dio en un precepto." Carmona Tinoco, Jorge Ulises. Ob. cit.

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

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

2. 4 LA JURISPRUDENCIA

En principio debemos dejar asentado que entendemos por jurisprudencia, así para Eduardo García Máynez, la jurisprudencia es "el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales".¹²⁴

Para Ignacio Burgoa la jurisprudencia la ha definido en los siguientes términos: "La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen de un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley".¹²⁵

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos brinda un concepto de jurisprudencia, diciendo: "es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley (...) "; asimismo, la Corte ha dicho que "la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el

¹²⁴García Máynez, Eduardo. Ob. cit., p. 68

¹²⁵ Burgoa, Ignacio. El juicio de amparo, Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1962, p. 728

efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente (...)" Apéndice al Semanario Judicial de *la Federación 1917-1988*, 2a. parte, salas y tesis comunes, p. 1696 y p. 1697.

Luego, si tomamos como base que la interpretación judicial no sólo es la que realizan los jueces, sino además, la efectuada por los magistrados y ministros del Poder Judicial de la Federación, ello no quiere decir, que con ésta se esté integrando o colmando las lagunas de la ley penal, sino más bien viene a esclarecer el contenido del precepto. Conforme a la Ley de Amparo en su artículo 192, instituye: "La jurisprudencia¹²⁶ que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionado en pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal (...)." Además, el artículo 193 prevé: "La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales Unitarios, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal (...)"

Al mismo tiempo, el artículo 194 de la Ley de Amparo señala: "La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho Ministros, si se trata de la sustentada por el pleno, por cuatro si es de Sala, y por unanimidad de votos tratándose de un Tribunal Colegiado de Circuito. En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa. Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta Ley, para su conformación".

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

¹²⁶ La jurisprudencia tiene dos acepciones: como la ciencia del derecho y la de interpretación judicial.

ley e interpretativa en razón que explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador.

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

En resumen, la jurisprudencia en materia penal exclusivamente tiene una función interpretativa, lo que implica que no opera la integración respecto a la determinación de las conductas típicas, las penas y las medidas de seguridad, atento a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo tercero de la Carta Magna –como ya se dijo- atentaría contra los principios de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*) y de reserva.

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

CAPÍTULO III

EL BIEN JURÍDICO PENAL

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

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

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

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

dependiendo de la relevancia de éstas el legislador las tomará en cuenta para proteger los Bienes Jurídicos de mayor valor social.

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

3.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO DERECHO SUBJETIVO

3.1.1 La Ilustración

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

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

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

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

b) La segunda función del Estado era el tipo normativo consistente en permitir una declaración sobre el fin del Estado: los hombres renunciaban a su estado natural para poder vivir juntos en paz. El Estado debe retener (apartar) a algunos ciudadanos de acuerdo con el pacto social: aquellos que lesionen el orden social. El medio para cumplir esta misión es el uso de la pena estatal que viene a lesionar los derechos de los miembros de la sociedad”.¹²⁷ Los límites de la teoría de la lesión de los derechos se caracterizaron por la función de intervención Estatal. El Estado no tenía derecho alguno a castigar con la pena si el hecho no tenía características esenciales de dañosidad social.

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

3.1.2 La Teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach

“El antecedente más importante de la formulación del concepto de bien jurídico se encuentra en la obra de Feuerbach, para quien el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado”.¹²⁸

¹²⁷ González-Salas Campos, Raúl. La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Péreznieto Editores, México, 1995, p. 3

¹²⁸ Castro Cuenca, Guillermo Carlos. Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. Universidad de Salamanca, <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1197/2875>; Al Bien jurídico también se le conoce como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, objeto de protección. Zamora Jiménez, Arturo. Bien Jurídico y consentimiento en el Derecho Penal. <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos/bien%20juridicopdf>

Sostuvo que atendiendo al fin del Estado, este no podía intervenir penalmente sino cuando existiera un delito que lesionara algún derecho de los ciudadanos, por lo que sólo era permitido sancionar aquellas acciones que previamente estuviesen amenazadas con pena. Fue con base en las ideas de las obligaciones y de los derechos de los ciudadanos que la sociedad pudo decir: “(...) *cada pena jurídica es la consecuencia jurídica por necesidad de conservar los derechos fundados, lo que se aplica cuando se lesionan los derechos amenazados en las leyes* “. ¹²⁹

A partir de esta definición de las penas jurídicas, se consideró como núcleo a cada delito la lesión de los derechos subjetivos de los miembros de la sociedad. Los objetos de los delitos debían ser únicamente derechos subjetivos, de tal manera que, si no se lesionaba ningún derecho subjetivo, entonces no se daba delito alguno. Con esta idea se pretendía, por un lado, proteger a los individuos en contra de las arbitrariedades del Estado y por el otro acabar con la oscuridad en la delimitación de la responsabilidad jurídico-penal. ¹³⁰

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

3.1.3 Teoría de los derechos subjetivos de Birnbaum

Birnbaum, consideró que los delitos morales y religiosos quedarán protegidos a través del Derecho Penal; y por ello empleó el término “*Bien*” por ser un concepto más amplio que el “Derecho”. Y refiriéndose al tratamiento de la política criminal consideró que sólo se debían sancionar los delitos religiosos o morales cuando se atentara contra la libertad. Clasificó los delitos en dos grupos: delitos de lesión social y delitos de lesión natural, mostrando interés en la protección de los delitos religiosos, al que definió “*Bien Común*” y de la moral

¹²⁹ González-Salas Campos. Ob. cit., p. 5. Es de todos conocida su famosa expresión “*Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*” y dio lugar al principio de legalidad.

¹³⁰ Cfr. Ibidem, p. 6

argumentando que eran dignos de ser protegidos, por considerar que son bienes del pueblo. Sin embargo no definió que debía entenderse por Bien como objeto de lesión. Por lo que por Bien podía entenderse cosas corporales como la vida y el cuerpo humano e incorporeales como el honor o la libertad y en realidad el término *Bien Jurídico* nunca lo empleo sino que toda su fórmula la hizo a partir del término *Bien* siendo para él estos dos términos equivalentes.¹³¹

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

3.1.4 Teoría del Bien Jurídico de Binding

Esta Teoría consistió en que el Estado impone órdenes con base en su poder y por tanto, el delito es: *“la contravención de las normas imperativas estatales”*¹³², esto quiere decir que el Estado crea los delitos y las penas y el individuo no las infringe sino solamente se adecua a ellas.

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

El Bien Jurídico para Binding era entonces: *“todo lo que ante los ojos del legislador tiene significación para la vida sana en común”*,¹³³ es decir, es el legislador el que al crear la norma sólo va a reconocer aquellos hechos que tienen interés para el mantenimiento del orden social.

¹³¹ Cfr. González-Salas Campos Raúl. Ob. cit., pp. 7-9.

¹³² Ibidem, p. 19

¹³³ Idem

Posteriormente, de nueva cuenta define al Bien Jurídico diciendo “*Bien Jurídico es todo aquello, en cuyo mantenimiento inalterable y tranquilo desde el punto de vista del Derecho positivo tiene un interés*”,¹³⁴ admitiendo que dicho concepto es un juicio de valor reconocido por el legislador, implicando que el Bien Jurídico, a fin de darle valor debe estar contemplado en el orden jurídico, lo cual va a garantizar la conservación y tranquilidad del orden social.¹³⁵

El problema de su Teoría de Binding, que siendo de un carácter tumultuario, no se puede precisar el Bien Jurídico que se pretende proteger, además que de un modo distinto señala como Bienes Jurídicos el mismo objeto de protección para unos tipos que para otros, pues, no es suficientemente claro para diferenciar y comprender dicho sentido, así en algunos delitos el objeto de protección es la cosa, y en otros, es el objeto o propiedad.¹³⁶

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

3.1.5 Teoría del Bien Jurídico de Liszt

En el positivismo naturalista de Liszt se identifica al Bien Jurídico el interés jurídicamente protegido” que a su vez, corresponde a intereses vitales del individuo o de la comunidad, por lo cual se reconocen la existencia e importancia

¹³⁴ Ibidem, p. 20

¹³⁵ Binding diferencia entre delitos materiales, de las infracciones formales de la norma. Junto a los delitos de lesión formulados por él. “en la escala de las desobediencias de la lesión de un bien y de los delitos de peligro”, señaló Binding una tercera categoría –o grupo-, que son los delitos “formales”. Este grupo de delitos corresponde a aquellas infracciones de policía que aunque no lesionan ningún Bien Jurídico quedan igualmente penalizadas cuando contravienen las normas. A éstos los definió como delitos formales ya que no requieren más que la desobediencia de la norma. Agregando además que los delitos formales no eran solamente la desobediencia de la norma sino además la puesta en peligro del Bien Jurídico. Por otra parte señaló que los derechos subjetivos podían ser lesionados por un delito. El ataque alcanza en verdad suposiciones, objetos, sujetos o la voluntad. E indica como ejemplo el impedimento real del uso de derechos subjetivos y análogamente sus consecuencias, sin que el derecho desaparezca en sí mismo. Ejemplos de ellos, decía son el impedimento para ejercitar el derecho al voto; o en el robo, la sustracción de la cosa. En ambos el derecho permanece intacto, pero se impide la ejecución del ejercicio de las acciones. Este ejercicio es el Bien Jurídico.

¹³⁶ Cfr. González- Salas Campos Raúl. Ob. cit., pp.21-22

de los bienes jurídicos individuales y de los colectivos como condiciones de existencia social”.¹³⁷

Von Liszt, manifiesta, bajo una concepción material del Bien Jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en Bien Jurídico hasta que no es protegido por el Derecho. Por lo que un Bien Jurídico no es un bien del derecho como Binding supone, sino *un bien de los hombres, reconocido y protegido por el derecho* (...) El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a Bien Jurídico. Diciendo expresamente “Nosotros llamamos Bienes Jurídicos *a los intereses protegidos por el derecho. Todos los Bienes Jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad.* El orden Jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a Bienes Jurídicos”.¹³⁸

De ahí que se diga que los Bienes Jurídicos no son bienes del Derecho sino de los hombres; son condiciones de vida y el interés es el valor que entra o no entra en una determinada transformación en cuestión (...) el Bien se diferencia de aquel interés por cuanto hace a la transformación (al cambio) del valor (...). Todo Derecho es la voluntad humana, y todo Derecho protege los intereses de la vida humana. La Existencia Humana es también un Bien Jurídico, que en diferente configuración produce la graduación de los Bienes Jurídicos. Asimismo, para Liszt, el concepto material de Bien Jurídico lo identifica con la relación a la vida diciendo que “Este contenido material antisocial del injusto, es independiente de la directa apreciación del Legislador. La norma jurídica la encuentra, pero no la crea.”¹³⁹

“La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos, Liszt sitúa el Bien Jurídico más allá del

¹³⁷ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Ob. cit.

¹³⁸ González-Salas Campos Raúl. Ob. cit., p. 25

¹³⁹ Ibidem, pp.22-30

ordenamiento jurídico: no estableció el contenido del Bien Jurídico ni como condición de vida ni como interés jurídicamente protegido, dejó sin precisar los supuestos de necesidad de protección, «(...) no pasó, por ello, de constituir un programa sin desarrollar». ⁽³⁴⁾

No debe olvidarse que la posición de Liszt obedecía a su concepción que el Derecho Penal es una ciencia penal integral (Gesamete Strafrenewissenschaft), la cual se vinculaba a la realidad social y no se determinaba por el estudio puro de las normas". ¹⁴⁰

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

3.1.6 Teoría del Bien Jurídico de Welzel

Hans Welzel, padre la teoría finalista, "reelabora el concepto del Bien Jurídico y lo entiende como *todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones*".¹⁴¹ "Puede aparecer de las más diversas formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (la vida, el honor), como estado real (tranquilidad del hogar), como relación vital (matrimonio, parentesco), relación jurídica (propiedad, derecho de caza), o aún como conducta de un tercero (deber de fidelidad del empleado público, Bien Jurídico protegido el soborno)". ¹⁴²

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

¹⁴⁰ Cfr. Urquiza Olaechea, José. El Bien Jurídico.

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

¹⁴¹ Welzel, Hans, citado por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Lecciones de Derecho Penal Parte General (Peru) <http://www.monografias.com/trabajos40/derecho-penal-peru/derecho-penal-peru2.shtml>

¹⁴² Villavicencio Terreros, Felipe, citado por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Ob. cit.

3.1.7 Teoría del Bien Jurídico de Günther Jakobs

Interpretando a esta teoría, Jakobs¹⁴³ señala: “que la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un Bien Jurídico (...) por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques.

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

Así se entiende que el Derecho Penal garantiza la posibilidad de que no se causen agresiones a los bienes. Un ejemplo sería el de la propiedad la cual no debe ser lesionada, pero el titular del bien puede permitir su destrucción, y si el bien está en peligro no significa que otros deban mandar al titular a salvarlo. Entonces razona Jakobs que desde este punto de vista el bien no ha de representarse como un objeto físico, sino como norma, como expectativa garantizada. Porque así se representa el derecho en cuanto a estructura de la relación entre personas y no puede representarse como un objeto físico. La consigna será el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de Bienes Jurídicos.

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

¹⁴³ *El Bien Jurídico para Jakobs* Publicado por Joamoon Septiembre 9, 2007 <http://lawiuris.wordpress.com/2007/09/09/el-bien-juridico-para-jakobs/>

3.1. 8 Bien Jurídico y Constitución

Las teorías jurídico-constitucionales del Bien Jurídico apoyadas por el profesor González Rus, y por el profesor Rudolphi, tratan de formular criterios capaces de imponerse de manera necesaria al legislador ordinario, limitándolo a la hora de crear el ilícito penal. La búsqueda acabará pronto porque realmente no hay mucho de donde escoger; si se persigue una finalidad vinculatoria, es claro que sólo puede servir una fuente jurídica que sea jerárquicamente superior y se imponga por su propia naturaleza; tal fuente no podía ser otra que la norma constitucional. La utilización de la misma, sin embargo, puede hacerse de diversas maneras, lo que aconseja distinguir entre las que lo hacen en un sentido genérico, a modo de marco de referencia, y las que, en cambio, se concentran en disposiciones concretas del texto constitucional.¹⁴⁴

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

3.1. 9 Teoría Constitucional Amplia

La teoría constitucional amplia “considera a la constitución como un modelo de referencias para precisar las funciones protectoras y garantizadoras de los bienes jurídicos pero que no los agota en su formulación”.¹⁴⁵

Considera que el concepto de Bien Jurídico se debe deducir de las prescripciones jurídicas positivas previas a la legislación penal pero obligatoria para ésta, no puede apelarse a leyes de derecho natural, sólo a aquellas contenidas en la constitución. Aquí se equipara la realidad social con la realidad constitucional, lo que resultaría en un plano normativo pero jamás en un plano fáctico; cayendo en el

¹⁴⁴ Cfr. González –Salas Campos Raúl. Ob.cit., p. 35.

¹⁴⁵ Pierre Matus, Jean A. Sobre la necesidad Constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales, Revista Universum, año 11- 1996, p.124, <http://universum.otalca.cl/contenido/index-96/matus.html>

absurdo de considerar la constitución como un reflejo ágil de las cambiantes necesidades de una sociedad.¹⁴⁶

3.1.10 Teoría Constitucional Estricta

Esta teoría afirma “que a Constitución consagra en sí misma el modelo de la criminalización y descriminalización de una determinada sociedad”.¹⁴⁷

Considera la posibilidad de la formulación de un Bien Jurídico con dos aspectos, uno sustancial y otro constitucional. Es decir, para González Rus, el Bien Jurídico penal constituye (en cuanto coincida con los valores constitucionales) los valores y fundamentos de la sociedad.¹⁴⁸

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

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

3.2 PRINCIPIO DEL BIEN JURÍDICO.

3.2.1 Límite al *ius puniendi*

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

¹⁴⁶ Cfr. Íbidem, pp. 37-41

¹⁴⁷ Pierre Matus, Jean A.. Ob. cit., p.124

¹⁴⁸ Cfr. El bien jurídico y la nueva criminalidad. La criminalidad informática o computacional <http://www.monografias.com/trabajos23/bien-juridico/bien-juridico.shtml>

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

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

"Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano".¹⁴⁹

Los principios generales del Derecho Penal, son del mismo modo conocidos como principios rectores. "En efecto, los principio rectores son fórmulas abstractas, generales e inductivas que sirven de sustento o apoyatura a la más variada legislación positiva. No obstante su elevada importancia, tales principios no obligan al juez ni tampoco al intérprete, porque estos principios no llegan a solidificarse en normas jurídicas".¹⁵⁰

3.2.2 Principios Generales del Derecho Penal

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

3.2.3 El principio de la utilidad de la intervención penal

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

¹⁴⁹ Mir Puig citado por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Ob. cit.

¹⁵⁰ Pena Cabrera, Raúl citado por Paucer Armando, Gerson Bladimir. Ob. cit.

La Tesis Utilitarista, llamada también utilitarismo penal de Ferrajoli,¹⁵¹ consiste en una primera versión en compartir el fin con la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados, se relaciona así el fin con los intereses de seguridad social, diferentes de aquellos que pertenecen a los sujetos a quienes les es aplicada la pena y hace entonces imposible la comparación entre costos y beneficio. En este sentido se observa que no hay la posibilidad de exigir límites ni intervención punitiva del Estado, ya que las penas se convierten en más severas y los delitos se incrementan atendiendo que lo protegido es la sociedad.

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

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

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

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

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

“El concepto de Bien Jurídico según Hans Joachin Hirsch tiene que agradecer su origen a la aspiración de establecer límites al Derecho Penal. Tiene una vida aparejada a los esfuerzos por desarrollar un concepto material de delito.

¹⁵¹Cfr. González-Salas Campos, Raúl. Ob. cit., pp. 75-77

Para J. M. Birnbaum, el creador alemán de la teoría del Bien Jurídico al tratar al delito como lesión, entonces ese concepto se debe extraer naturalmente no de un derecho, sino de un bien.

No obstante es múltiple la cantidad de conceptos que se ofrecen. Podemos mencionar por lo interesante que resulta el hecho de que también se le reconoce como valor o interés penalmente protegido”.¹⁵²

“(…) El Derecho Penal por si solo no puede combatir con éxito las causas del delito y lograr su total erradicación. La sociología por ejemplo le brinda argumentos y técnicas de solución, métodos eficaces para un combate complejo. (...) más precisamente, la Sociología investiga en general las causas, las condiciones sociales, los factores de grupo de la desviación de las normas y entre ellos, de las normas de derecho y particularmente de los referentes al Derecho Penal”.¹⁵³

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

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

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

¹⁵² Leyva Estupiña, Manuel y Lugo Ortega, Larisbel. El Derecho Penal Mínimo y el Bien Jurídico Protegido. www.monografias.com/trabajos37/derecho.

¹⁵³ Ídem

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

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

“Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes que el Derecho Penal actual no sólo es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del Derecho Penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes neutralizadoras de sus diferencias sociales y económicas”.¹⁵⁴ “(...) la intervención del Estado sólo es posible y necesaria cuando se trata de la protección de Bienes Jurídicos.

El Bien Jurídico¹⁵⁵ para algunos ha de verse en dos aspectos: En el sentido político criminal: (de *lege ferenda*) Aquello que merece ser protegido por el Derecho Penal. En el sentido dogmático: (de *lege data*) De objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Leyva Estupiña, Manuel y Lugo Ortega, Larisbel. Ob. cit.

¹⁵⁵ Idem

¹⁵⁶ Reátegui Sánchez, Jaimes. [Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales](http://www.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm). <http://www.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm>; En el pensamiento penal, se han tejido diferentes concepciones desde el prisma individualista o suprapersonal, destacándose las teorías monistas y teorías dualistas. Como apunta Mata y Martí la teoría dualista establecen que los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual o bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común. Para la teoría monista, la figura central es concebir al bien jurídico desde una sola perspectiva, bien en sentido estatista o bien desde el punto de vista de los intereses de la persona singular. Si se toma como punto de referencia el Estado, cualquier

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

Aquí se recogen derechos clasificados constitucionalmente como de primera generación entre los que podemos mencionar el derecho a la vida, derecho a no ser sometido a la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, derecho a no ser encarcelado por deudas, etcétera.¹⁵⁷ Birnbaum le da un giro a estas consideraciones al sostener que debían de ser bienes tutelados por el Estado. Los idealistas objetivos con su máxima figura, Guillermo Federico Hegel quien abstrayéndose de *lo que es justo en su existencia* al 'derecho en sí', de la parte lesionada *al universal lesionada*.

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

interés (aún los más personales), se considera una nueva atribución jurídica derivada de las funciones del Estado. Si se parte de la teoría monista-personalista" la persona y su libre desarrollo, se convierten en el punto de referencia al que deben orientarse todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. En este orden de ideas, los bienes jurídicos colectivos o universales se convierten en simples medios o vehículos al servicio del desarrollo personal del hombre, que son los únicos realmente protegibles.

¹⁵⁷ Los derechos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos. Siendo estos derechos: el derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la seguridad social, derecho a la alimentación, vivienda y vestido y derecho a participa par de la vida cultural de la comunidad; Los derecho de Tercera Generación también conocidos como Derechos de Solidaridad o de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. Siendo dichos derechos los siguientes: derecho de los pueblos de existir como tales, derecho a disponer de sus recursos, derecho a la paz, derecho a la información y a la comunicación, derecho a un medio ambiente sano y equilibrado y derecho al desarrollo que permita una vida digna. Mientras los derechos de la Cuarta Generación, se sustentan en la necesidad de asegurara todos los individuos al acceso a las tecnologías de información y comunicación, fomentar el flujo e intercambio de la información

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

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

Podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de Bienes Jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos".¹⁵⁸

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

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

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

Si bien es cierto, el Derecho Penal debe tener una intervención eficiente, esto no implica abusar de tal derecho, sino que esto se complementa con la intervención mínima. "Entra en juego así el 'principio de subsidiaridad', según el cual el Derecho Penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso a utilizar a falta de

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

otro menos lesivo. El llamado 'carácter fragmentario del Derecho Penal' constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado 'principio de intervención mínima'. Agrega Raúl González-Salas, "La fundamentación de los principios o caracteres del Derecho Penal fragmentario, del subsidiario, y de *ultima ratio*, se realiza a partir de la necesidad de protección de los Bienes Jurídicos penales, pues, si no existe la necesidad de protección de los Bienes Jurídicos penales, sea por la razón que fuere, estos principios no tendrían sustentación alguna ni razón de ser aplicados".¹⁵⁹

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

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

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

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

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

¹⁵⁹ .Cfr. González-Salas Campos, Raúl. Ob. cit., pp. 103-105

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

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

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

Cuando se afirma que el Derecho Penal es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención del delito a través de la pena) sólo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación (...)”¹⁶⁰

En resumen, atendiendo al principio de mínima intervención, el Derecho Penal protege únicamente los bienes jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión.¹⁶¹ Esto es, el Estado va ha reconocer en la ley penal aquellas conductas antisociales de mayor gravedad y las leves las conocerá una autoridad distinta a la judicial, esto es una autoridad administrativa, por ejemplo los oficiales o jueces conciliadores y calificadores.

¹⁶⁰ Leyva Estupiña, Manuel y Lugo Ortega, Larisbel. Ob. cit.

¹⁶¹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco citado por Uriza Razo, Rubén Principios del Derecho Penal. Derecho Penal I, ITAM
http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/prof%20asig/Uriza%20penal%20I/_Toc9624324

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

- 1) defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad,
- 2) tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento Jurídico se considera antijurídico,
- 3) dejando sin castigo las acciones de naturaleza puramente civil”.¹⁶²

El Principio de Mínima Intervención –como ya se dijo- se encuentra plasmado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala “(...) Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”, así como en el artículo 4º Código Penal para el Distrito Federal, que respectivamente en su parte conducen señala: “(Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal”.

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

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

¹⁶² Idem

medios anteriores sea suficiente estará legitimada la intervención del Derecho Penal”.¹⁶³

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

- 1) necesitado de protección,
- 2) capaz de protección y
- 3) merecedor de protección.¹⁶⁴

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

3.4 EL SUJETO PASIVO DEL DELITO COMO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

3.4.1 Concepto del sujeto pasivo, víctima y ofendido.

El sujeto pasivo del delito al igual que al Bien Jurídico, se ubican como presupuestos de la tipicidad y como elementos del tipo.¹⁶⁵ “En el terreno abstracto general podemos hablar desde determinados presupuestos del delito y en el campo concreto, esos mismos temas los vamos a considerar en el estudio de la tipicidad o de la culpabilidad según sea el caso”.¹⁶⁶

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

¹⁶³ Idem

¹⁶⁴ Idem

¹⁶⁵ También dentro de los presupuestos de la tipicidad se encuentra, el deber jurídico penal, el sujeto activo y el objeto material. Y sin entrar a la polémica si son aceptados o no los presupuestos del delito estos han sido divididos en presupuestos materiales y presupuestos materiales de hecho otros en materiales y especiales, estudiándose en los presupuestos dentro de la teoría de la ley penal.

¹⁶⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit., p. 160

Para Cuello Calón es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.”¹⁶⁷

Mientras, Raúl González–Salas, “es el titular del Bien Jurídico el interés jurídicamente protegido. El sujeto pasivo de los delitos puede ser otra persona distinta, como es el caso del delito de robo. La persona en quien recae la acción de una infracción puede ser también el titular del Bien Jurídico o el sujeto pasivo, pero puede ser una persona distinta, como sucede en los delitos de fraude cometidos en perjuicio de una persona moral”.¹⁶⁸

De lo antes dicho, el sujeto pasivo puede ser:

- a) Persona Física, sin distinción de sexo, estado mental, edad, posición social o económica, cualquiera que sea la condición jurídica.
- b) Persona jurídica o moral si son titulares de Bienes Jurídicos, que suelen ser bienes patrimoniales.
- c) El Estado, igualmente es titular de Bienes Jurídicos; es sujeto pasivo de los delitos, por ser el último sujeto pasivo de todos los delitos (siempre que dañe los propios intereses del Estado). Además puede ser sujeto pasivo inmediato por ser titular de Bienes Jurídicos.¹⁶⁹

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

De la misma manera, no debemos confundir al sujeto pasivo con el objeto material, aunque la mayoría de las veces el sujeto pasivo y el objeto material

¹⁶⁷ Marqués Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General. Ed.Trillas, México, 1986, p. 152

¹⁶⁸ González-Salas, Campos. Ob.cit., p. 113

¹⁶⁹ Cfr. Íbidem, pp. 152-153

normalmente coinciden. Pero puede ser que un delito no sólo dañe a un sujeto pasivo sino que además dañe a un tercero, siendo este el lesionado, y no es precisamente el titular del bien dañado. Es decir, el sujeto pasivo, es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica, mientras el objeto material está constituido por la persona o cosa sobre la que se realiza, recae o se produce el delito.¹⁷⁰

Sólo puede darse el objeto material en los delitos de Resultado, que son los que la acción del sujeto activo del delito modifica el mundo exterior. El objeto material puede coincidir con el sujeto pasivo (delito de homicidio, la misma persona es titular del Bien Jurídico, sujeto pasivo y objeto material sobre el que recae la acción delictiva). Hay delitos donde no coinciden estos dos conceptos, como en los delitos de robo: el objeto material es el objeto robado y el sujeto pasivo el titular de lo robado.

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

3.4.2 El titular del Bien Jurídico

Ya hemos indicado en el punto anterior, que el titular del Bien Jurídico, no solamente es la persona física sino también moral y entre ésta se encuentra el Estado. “La Doctrina Penal Española ha señalado que el portador de los Bienes Jurídicos puede ser el particular o la comunidad. Dado el carácter público del

¹⁷⁰ Cfr. Íbidem, p.153; en el mismo sentido Barragán SalvaTierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Serie Jurídica, Ed. McGraw-Hill, México, 2002, p. 93

Derecho Penal, la lesión de los Bienes Jurídicos faculta exclusivamente al Estado a imponer una pena o aplicar una medida de seguridad.”¹⁷¹

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

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

“La importancia de establecer al Estado como titular de Bienes Jurídicos estatales denominados como Bienes Jurídicos, es que en todos los Bienes Jurídicos, tanto los individuales como los de la sociedad o colectivos, se les concibe desde la perspectiva de la importancia que tiene para el estado; de tal manera que, por ejemplo, los Bienes Jurídicos individuales se les considera simples atribuciones derivadas a las funciones del Estado”.¹⁷²

3.4.3 La sociedad y el individuo como titulares de los Bienes Jurídicos.

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

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

¹⁷¹ González-Salas Campos, Raúl. Ob. cit., p. 114

¹⁷² *Ibidem.* p.124

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

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

Al respecto, Sergio García Ramírez -haciendo alusión a Olga Isla- señala “en cuanto al sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido en el tipo y por lo tanto elemento de éste en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad, la autora sostiene una opinión muy interesante: La materia electoral es propia del pueblo soberano juega el papel de sujeto pasivo, en todos los tipos penales que describen conductas lesivas de bienes jurídicos inherentes a la soberanía (...)”.¹⁷³

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

Además al examinar el concepto de pueblo, cuatro veces mencionado en el artículo 39, observa que la primera, la segunda y la cuarta referencias que hace este precepto aluden al “pueblo soberano”, en tanto la tercera se dirige al “pueblo beneficiario” que “es lisa y llanamente la sociedad”. Aquél, el soberano, es el sujeto pasivo de los delitos electorales, sin perjuicio de que en algunos casos los menos – también lo sean otros sujetos jurídicos, como los ciudadanos, los votantes, el conjunto de éstos, los candidatos, los partidos políticos o el Instituto Federal

¹⁷³ García Ramírez, Sergio. Delitos en materia Electoral. <http://www.bibliojuridico.org/libros/2/756/24.pdf>

Electoral. De esta suerte la soberanía y el pueblo -el pueblo soberano subraya la autora- son el telón de fondo del régimen penal y como lo son el sistema electoral en su conjunto “. ¹⁷⁴

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

Estamos entonces, en presencia de lo que los autores ha dado por llamar Bienes Jurídicos supralegales o de la generalidad. ¹⁷⁵

“Cobra especial relevancia la caracterización del bien jurídico Medio Ambiente. En este punto la doctrina parece estar de acuerdo en que se trata de un bien jurídico de carácter supraindividual o colectivo, autónomo (...). En cuanto que bien jurídico de carácter colectivo, se dice que es múltiple "y el delito en tal sentido pluriofensivo", por lo que se procede a su definición a partir de la enumeración de sus elementos” . ¹⁷⁶

¹⁷⁴ Idem

¹⁷⁵ Jachin Hirsch, Hans. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de Bien Jurídico. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Anales de Jurisprudencia. Sexta Época, noviembre-diciembre, México, 2002, p. 303

¹⁷⁶ Hernández Pozo, Msc. Israel. El Bien Jurídico Medio Ambiente en Cuba y la necesidad de su Protección sede Penal. <http://www.gestiopolis.com/administracion-estrategia/proteccion-legal-del-medio-ambiente-cuba.htm>

CAPÍTULO IV

LA CULPABILIDAD EN LA CORRIENTE CAUSALISTA NEOCLÁSICA.

La dogmática jurídica penal está constituida con los desarrollos alcanzados por las denominadas escuelas psicológica, neoclásica y finalista, entendiendo tal concepto como corriente del pensamiento coincidente en los juicios básicos sobre determinada disciplina o dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación. Si bien, a lo largo de toda la historia de la dogmática penal se han logrado grandes cambios y avances en cada uno de los sedimentos de la Teoría General del Delito, lo cierto es, en lo relativo al campo de la culpabilidad, no resulta sencillo.

La culpabilidad es uno de los presupuestos fundamentales para la responsabilidad jurídica penal del sujeto y su conceptualización proviene básicamente de dos enfoques de la culpabilidad, la psicológica y la normativa, siendo la última el eje principal para la formación de nuevas corrientes, la que mejor traduce el concepto de culpabilidad.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, surge la concepción psicológica de la culpabilidad. Es importante identificar la influencia del positivismo naturalista en esta construcción, pues, el delito se manifiesta como un suceso natural susceptible de observación como un fenómeno de las ciencias naturales.

La consecuencia del esquema psicológico es imputar determinado hecho a un sujeto entendido como culpable a título de dolo o culpa, buscando establecer una relación psicológica entre el autor y su acto.

Paulatinamente las críticas a un concepto de culpabilidad positivista determinista, que se reducía a las ideas de dolo y culpa, condujeron a la construcción de un concepto normativo de culpabilidad del cual Reinhard Frank es el mayor exponente como fundador por haber añadido al dolo y a la culpa las llamadas circunstancias concomitantes y concebirlas como elementos de la culpabilidad. Su mayor contribución, es el concepto de reprochabilidad como una

valoración negativa de una conducta reprobada y desde su punto de vista configura el perfil normativo de la culpabilidad.

Además, en esta línea destacan, Goldschmidt y Freudhental influenciados por el neokantismo en tales formulaciones, una vez que se agrega al concepto clásico causal de delito en el cual dolo y culpa son formas de la culpabilidad, las ideas de daño social y reprochabilidad, esta se expresa por el no dejarse motivar por la representación del deber y la exigibilidad constituyen en el fundamento de la culpabilidad. Lo que está a la zaga de la exigibilidad, es la idea de que el sujeto podría actuar de modo distinto, es decir, conforme a su libre albedrío.

Como observamos, muchas son las cuestiones atribuidas que giran alrededor de la noción de culpabilidad, siendo casi inagotables los debates y discusiones respecto de su contenido y de su aplicación. Es por ello, que el tema de estudio lo hemos denominado “La Culpabilidad en la Corriente Causalista Neoclásica”, delimitando únicamente el estudio al campo de la culpabilidad, sin embargo, grosso modo daremos un panorama general respecto de los elementos del delito conforme a la corriente psicológica y finalista a fin de encontrar la razón de ser a la corriente Causalista Neoclásica la cual del mismo modo trataremos de brindar una noción general, para después avocarnos al estudio de uno de sus elementos: la Culpabilidad.

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DE LAS ESCUELA CLÁSICA Y NEOCLÁSICA

4.1.1 El Causalismo

El Causalismo tiene sus orígenes con Franz von Listz y von Beling son los representantes del sistema causalista-naturalista del delito, el cual conciben a la acción como un fenómeno causal natural en el delito. “La labor sistematizadora de ambos penalistas consistió en haber presentado al delito como una figura jurídica compuesta por los siguientes niveles: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (...).¹⁷⁷ Elementos que hasta la fecha se siguen manteniendo.

¹⁷⁷ Quintino Zepeda, Rubén. Diccionario de Derecho Penal. Magíster Editorial, 2ª edición, México, 2006, p.117

Listz se inspira en ideas del positivismo jurídico y positivismo naturalista; se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1881, a partir de la definición del mismo Código en donde el delito es la acción sancionada por las leyes penales; realiza un estudio sistemático del Derecho Penal y del delito, partiendo de una base naturalista causalista, consistiendo en el acto o acción humana por un lado, y por otro se le reconoce al legislador un poder absoluto y éste determina la aplicación del método científico naturalista en las asuntos penales.

Esta idea fue reforzada con las obras fundamentales de: Ernest von Beling, Edmund Mezger y César Bonnesana Marqués de Beccaria¹⁷⁸. Éste último, en su obra “Los Delitos y las Penas” señaló la total existencia de un nexo causal entre la acción y el resultado. Dando por conclusión que la persona era responsable por haber provocado el resultado con su acción.

Esta Escuela basó su ideología en el positivismo científico resaltando los valores humanos, caracterizándose por su naturalidad para ubicar la culpabilidad, pues, para atribuir la responsabilidad a la persona sólo requiere la comprobación de la causa, tomándose al efecto como su consecuencia directa; razón por la cual una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado.

En resumen, a la Escuela Causalista los doctrinarios la fundamentan en la necesidad de ubicar al delito como simple comisión del mismo, importándole solo que el acto sea materializado y esté representado por el elemento objetivo del tipo sin importarle los motivos, ánimo, pensamiento, circunstancias o fin que motivaron al agente a realizarlo. Recibiendo este sistema como nombre: Causalismo por basarse en el binomio de la causa-efecto, dividiendo los estudiosos a esta Escuela en: Escuela Causalista Clásica (Alemania 1881–1907) y Escuela Causalista Neoclásica (Alemania 1907–1930).

¹⁷⁸ Otros señalan que también contribuyeron las obras de Gustav Radbruch, Max Ernest Mayer,

4.1.1.1 Escuela Clásica

La Escuela Clásica tiene sus orígenes a partir del siglo XVII y XVIII, en dicha época empezaron a surgir nuevas clases sociales (mercaderes, banqueros y hombres de negocios: burgueses), aunado que el Estado deja de ser observado como una entidad divina y con ello, empezaron a surgir nuevos cambios en su manera de pensar, brindándole mas relevancia a las ciencias en la búsqueda de las normas legales.¹⁷⁹

El causalismo naturalista intentando pugnar por las ciencias naturales y en especial respecto a la física, creó un modelo explicativo del delito simple donde el injusto era objetivo y la culpabilidad subjetiva o psicológica.

“Para este criterio el injusto se componía con la causación física de un resultado socialmente dañoso y la culpabilidad era la causación psíquica de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo, cuando el sujeto tenía la intención de causar el resultado antijurídico o de culpa, cuando la conducta es consecuencia de imprudencia o negligencia. Lo que se debía investigar en definitiva para saber si había en el delito eran dos nexos causales: uno físico (¿causó la conducta el resultado?) y otro psíquico (¿hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado?)

Como todavía dentro del injusto no se distinguía la tipicidad de la antijuridicidad, había muchísimas conductas antijurídicas y culpables que eran delitos. Se hacía necesario agregar otro requisito para evitar este fenómeno de caracterización insuficiente del delito. Para ello, después de la antijuridicidad y de

¹⁷⁹“Por clásico entendemos lo digno de ser imitado, lo consagrado, lo ilustre, lo excelso; sin embargo los positivistas dieron este mote a quienes en lo jurídico-penal, siguieron una determinada línea del pensamiento, que a despecho de considerarlos grandioso, simplemente los estimaron como caducos. Se ha tratado de enmendar esta desconsideración hecha a todas luces sin basamento, pero la realidad, es que la asignación la hicieron en sentido peyorativo. Muchos pensadores considerados clásicos, realmente emitieron pensamiento muy disímolos entre sí, sin embargo, lo que vino a colocarlos como pertenecientes a una sola forma de pensar, fue la actitud de sus detractores que después constituyeron lo que a la postre sería la Escuela Positiva, aunque el núcleo diferenciador verdaderamente lo constituye el método que cada una de ellas utiliza. González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., p. 29

la culpabilidad, solíase agregar la punibilidad. El delito se conceptualizaba como una conducta antijurídica, culpable y punible”.¹⁸⁰

A Beling le resulta incongruente el esquema anterior, averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta y termina en que la ley no la conmina con pena. “Por ello y sin alterar el esquema analítico “objetivo-subjetivo” anuncia en 1906 su teoría del tipo penal, en donde distinguió dentro del injusto objetivo, la tipicidad de la antijuridicidad. De este modo, la prohibición era de causar el resultado típico, y la antijuridicidad era el choque de la causación de ese resultado con el orden jurídico, que se comprobaba con la ausencia de todo permiso para causar el resultado”.¹⁸¹

Con base en lo anterior, definen al delito como la acción típica, antijurídica y culpable, y grosso modo, respecto de dichos elementos podemos decir lo siguiente:

a) La acción, es de carácter descriptivo, naturalista y causal; se entiende a la acción como impulso de la voluntad, generadora de un movimiento corporal que supone la causación de un resultado.¹⁸² Tratándose de una visión fundamentalmente objetiva, donde lo acentuado es el aspecto causal de las modificaciones o cambios en el mundo exterior que provienen de la voluntad, sin que el juzgador se detenga a examinar el contenido propio de la citada voluntad (esto es, sin que interesara en este primer nivel qué fue lo que se propuso el sujeto, o el fin que lo llevó a realizarla).¹⁸³

La Escuela Causalista establece la responsabilidad penal del sujeto activo del delito basándose primordialmente –como ya se indicó- en el acto o acción humana, reduciéndose la acción a un mero proceso causal que la voluntad

¹⁸⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª ed., Mexicana, México, 1986, p. 346

¹⁸¹ Idem

¹⁸² Cfr. Liszt, Franz von. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal Anales de Jurisprudencia. Colección Clásicos del Derecho, México, 2003, pp. 285-290; Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del Delito. Ed. Porrúa, 6ª Edición, México, 1998, pp. 10-12 ; Zaffaroni, la entiende a la conducta como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad. Ob. cit. p.347

¹⁸³ Cfr. Houed V., Mario. Algunos aspectos importantes en el estudio y aplicación de la teoría del delito. www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/houed15.htm

produce en el mundo exterior sin importar si el autor lo ha querido o lo ha podido además prever, sin interesar el “contenido de la voluntad;” la voluntad sólo funge como un “factor causal” mas no como un “factor de dirección”.¹⁸⁴ Una vez determinada la existencia de la acción corresponde investigar si esa acción también es típica, antijurídica y culpable.

Asimismo, el “concepto de la acción causalista desempeña dos papeles, fundamentales:

a) Un papel delimitador. Lo que no sea acción no entra en el ámbito del Derecho Penal. Sólo las acciones humanas hacen parte del mundo del derecho penal.

De ello derivan las siguientes consecuencias garantistas no puede ser hasta hoy minimizadas:

- Si no se da esa manifestación externa hacia la modificación del mundo objetivo, no se puede hablar de acción. Entonces, NADIE PUEDE SUFRIR PENA POR SUS PENSAMIENTOS.
- Al hombre se lo responsabiliza por lo que hace, por su obrar y no por su manera de ser o su estado.
- Un movimiento del cuerpo que no sea impulsado por la “voluntariedad”, no es constitutivo de una acción (como cuando un individuo es arrojado por la multitud que lo empuja a una vidriera costosa que se quiebra).

b) Un papel fundamental en la construcción del sistema clásico: desempeña el papel de engarce o abrazadera de los demás elementos del

¹⁸⁴ Moreno Hernández, Moisés. La influencia del finalismo en la dogmática penal mexicana. (el modelo lógico del derecho penal)
http://www.Cepaolcnum.org.mx./mmoreno/Influencia_finalismodogm.def

delito. La acción es un sustantivo al que cualifican los otros adjetivos: típica, antijurídica y culpable, son simples modalidades de la acción”.¹⁸⁵

b) La tipicidad (acción típica), cuya sistematización se le debe a Beling a partir del año 1906, en que publicó su obra denominada “La Teoría de la Tipicidad y el Tipo”, tiene un carácter objetivo, ya que solamente comprende los elementos externos u objetivos del hecho previsto en la descripción legal; quedando fuera del tipo todas las circunstancias subjetivas o internas del delito como son: el conocimiento, las intenciones, móviles, el descuido, o la actitud interna del sujeto, las que pertenecían a la culpabilidad (dolo y culpa).¹⁸⁶

Por otra parte, la tipicidad tiene un carácter objetivo-descriptivo y no valorativo y carece además de cualquier elemento subjetivo, pues, se afirma: el hecho de que una conducta esté descrita en la ley penal no implica todavía una valoración negativa ni positiva, sino neutra.¹⁸⁷

A mayor abundamiento, Moisés Moreno Hernández, dice “A partir de ese concepto de acción el tipo fue entendido como mera “descripción” de los elementos exteriores de la acción, es decir, de la parte que se encuentra fuera del ánimo del autor, y además estar totalmente libre de desvalor”.¹⁸⁸

Por lo que, la tipicidad en el sistema clásico viene a constituir una característica de la acción: coincide con la conducta descrita por la norma. Tipo es la descripción de las características externas de la conducta realizada por la norma positiva, independiente de todo elemento valorativo o subjetivo.

Teniendo en cuenta la concepción del tipo como la mera descripción de las características externas de la acción, sin valoración alguna, se afirma que en el clásico del delito, el tipo es objetivo-descriptivo.

¹⁸⁵ La Responsabilidad Penal en la Teoría del delito. Instituto de la Judicatura de Bolivia. Programa de Capacitación y Actualización Permanente.

http://www.cnda.net.bo/biblioteca/lus_Pen_adu/contenido/modelo_03/responsabilidad_penal_culpabilidad_pdf

¹⁸⁶ No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido.

¹⁸⁷ Cfr. Daza Gómez, Carlos. Ob. cit., pp. 43-44

¹⁸⁸ Moreno Hernández, Moisés. Ob. cit.

“Según esta visión, el tipo de homicidio consiste en matar a otro, de modo que sería acción típica de homicidio tanto la del cirujano que intervino al paciente para salvarle la vida, pero muere en el quirófano, como la del criminal que, con el fin de matar, con un puñal abre el vientre de su víctima. El propósito que tuvo uno u otro, para obrar en tal forma no interesa en esta fase de análisis y no integra la acción ni el tipo; los elementos subjetivos quedan fuera”.¹⁸⁹

c) La antijuridicidad, es del mismo modo para esta concepción un elemento objetivo, valorativo y formal, por tanto sólo se enjuicia la parte externa del hecho: lo antijurídico consiste en modificar o perturbar un estado o situación jurídica valiosa, y aunque se hace una valoración negativa de la acción, lo valorativo recae sobre lo objetivo, puesto que, lo valorado negativamente de la conducta son los resultados externos que contrarían la norma penal.¹⁹⁰

“La valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos es la antijuridicidad como segunda determinación o adjetivación de la antijuridicidad es un elemento, entonces: objetivo- valorativo”.¹⁹¹ Asimismo, Franz von Liszt, afirma: “el crimen en cuanto constituye una infracción (Utrecht), es un acto culpable CONTRARIO AL DERECHO (1). Esta reprobación jurídica, que recae sobre el acto, es dable.

1. El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.

¹⁸⁹ La Responsabilidad Penal en la Teoría del delito. Ob. cit.

¹⁹⁰ Cfr. Jiménez de Asúa al referirse a la antijuridicidad afirma: provisionalmente puede decirse que es lo contrario a Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario a Derecho. (...) Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario a Derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario a Derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de posición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Orella Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del Delito. Ob. cit., p.24

¹⁹¹ Daza Gómez Carlos. Ob. cit., p. 44; Por primera vez la formulación de la antijuridicidad se da la formulación de un juicio de valor. Moreno Hernández, Moisés. Idem

2. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial)".¹⁹²

Por lo tanto, la antijuridicidad es una apreciación objetiva de esa conducta frente al Derecho. Siendo concebida como la relación de contradicción objetiva entre la conducta del sujeto y el total ordenamiento jurídico.

El concepto valorativo de la antijuridicidad se da desde una perspectiva puramente objetiva, sin tener en consideración ningún elemento subjetivo.

Por lo que concluimos que la antijuridicidad en el sistema clásico, es la falta de permiso para actuar; es un juicio de valor de la conducta en relación con lo autorizado por el Derecho, de carácter objetivo, no tomando en cuenta los aspectos subjetivos. Por ello, se afirma que en el sistema clásico la antijuridicidad está estructurada en forma objetivo-normativa.¹⁹³

d) La culpabilidad es la que tiene más amplio sentido, "es a RESPONSABILIDAD DEL AUTOR por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita (Unrechtsfolge) que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del infractor." A la desaprobación jurídica del acto se le añade la que recae sobre el autor".¹⁹⁴

Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento corporal y el resultado, en la culpabilidad se da la relación subjetiva entre el hecho y el autor y es de carácter psicológico, no material. Ello da lugar a las formas de culpabilidad: el dolo y la culpa. El nexo psíquico que en el caso del primero une al sujeto con el hecho, es la voluntad de querer el resultado e incluso la intención, por tanto aquel conoce lo que hace y quiere que se produzca; y aunque en el caso de la culpa resultaba más difícil encontrar dicho nexo, los seguidores de esta corriente lo afirman el agente si quiso la acción en sí, o en que se conoce o se podía conocer la producción del hecho típico.

¹⁹² Cfr. Liszt, Franz von. Ob. cit., pp. 323-324

¹⁹³ La Responsabilidad Penal en la Teoría del delito. Ob. cit.

¹⁹⁴ Liszt, Franz von. Ob. cit., p.3757

En síntesis, la culpabilidad forma el aspecto subjetivo del delito: es un nexo psicológico entre el autor y el hecho.

“La culpabilidad en este sistema es una realidad psíquica en el individuo. El dolo y la culpa son formas en las que se puede manifestarse la culpabilidad. La culpabilidad se agota en el dolo o en la culpa: dolo y culpa son la culpabilidad misma, son grados de la culpabilidad.

En el ejemplo del cazador. Supongamos que el sujeto quiso matar y lo hizo con la conciencia de que delinquía: entonces se dirá que obrar del cazador fue un obrar doloso. Pero, si se descarta el dolo y se prueba la imprudencia del sujeto: disparó con el arma pero bien hubiera podido darse cuenta que por allí había un ser humano, en fin, reestablece la culpa. O se puede establecer que dadas las circunstancias, era imprevisible o inevitable el hecho muere: entonces se reconocerá la inculpabilidad por la existencia de un caso fortuito”.¹⁹⁵

Para finalizar este punto cabe advertir que como presupuesto de la culpabilidad se exigía la imputabilidad,¹⁹⁶ es decir, la capacidad individual bajo condiciones de madurez y normalidad psíquica, así como otras circunstancias subjetivas del agente: propósitos, fines específicos que lo determinaron, condiciones particulares, etcétera, las que podían graduar o excluir la culpabilidad.¹⁹⁷

4.1.1.2 Escuela Neoclásica o Neokantiana

Uno de los principales exponentes de esta tendencia¹⁹⁸ es Edmundo Mezger. Los seguidores de esta corriente filosófica neokantiana de la Escuela

¹⁹⁵ La Responsabilidad Penal en la Teoría del delito, Ob.cit.

¹⁹⁶ “La imputabilidad es el estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etc., o a los dominios del derecho”. Liszt, Franz von. Ob. cit., p. 377

¹⁹⁷ Cfr. Ibidem, pp. 384-395

¹⁹⁸ Nociones básicas de Derecho Penal. Segunda Parte: La teoría de la infracción, Capítulo I, Introducción. La teoría clásica fue progresivamente substituida por una corriente de pensamiento a la que se llamó neoclásica o teleológica. Esta nueva concepción se fundó en tres "descubrimientos" esenciales. Primero, en el dominio de la "tipicidad", la determinación de los elementos normativos del tipo legal. Segundo, la constatación de los elementos subjetivos de la antijuricidad (violación de bienes jurídicos y violación de normas). Tercero, el reconocimiento del

Suboccidental de Alemania,¹⁹⁹ abandonan el enfoque naturalista del positivismo científico. Con esta nueva corriente que incorpora la noción de “valor” a los elementos del delito, hasta esa época considerados sólo en su aspecto naturalístico.

Los neokantianos respetan la estructura del delito precisada por los clásicos, pero la modifican en su alcance. “Partiendo de esa perspectiva es consecuencia interpretar el injusto y la culpabilidad desde los criterios valorativos de la dañosidad o nocividad, como también ocurre hasta hoy de modo importante a efecto prácticos en la mayoría de los proyectos sistemáticos”.²⁰⁰

La concepción neoclásica del delito, da lugar a que sus elementos se configuren en mayor o menor medida con enfoque normativo-valorativo, no siendo tan trascendente que se separen de modo tajante los elementos objetivos y subjetivos, por tanto, se admite que puedan entrelazarse. Así, el delito se integra bajo los siguientes elementos:

a) La acción mantiene el concepto tradicional, aunque destituido de su carácter naturalista y entendido de modo más amplio: se define ahora como indicación de conducta humana, externa y dependiente de la voluntad o como manifestación de voluntad hacia el exterior. La acción ya no es el simple movimiento corporal, limitada a la conducta activa, en razón, que los delitos pueden ser además de omisión.²⁰¹

Se conserva un concepto causal y, por ello, siguen siendo la causación voluntaria de un resultado social o jurídicamente relevante, donde todavía no interesa el contenido propiamente dicho de la voluntad, sino que lo fundamental es el aspecto externo (de carácter material o ideal) del comportamiento del sujeto y

carácter normativo de la culpabilidad. Esta fue definida como un reproche formulado a quien libremente actúa contra el orden jurídico.

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/hurtadopozo1/nociones2.1.pdf>

¹⁹⁹ Se da este nombre porque se funda en los postulados neokantianos de Baden sus precursores son Windelband y Rickert, centran sus investigaciones en la doctrina de la Crítica de la Razón Práctica kantiana, buscando fundamentar el problema de los valores; distinguen radicalmente la naturaleza de la cultura, definiendo métodos de investigación distintos para ambas.

²⁰⁰ Roxin, Claus. Ob. cit., §7.18

²⁰¹ Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Valleta Ediciones, Buenos Aires Argentina, 2004, p.58

aunque se acepta que la conducta pueda ser activa o pasiva; lo habitual será la primera, con la causación de un resultado, en tanto que para la pasiva se señala la provocación de un "resultado" con su inactividad, consistente precisamente en la no modificación del mundo exterior cuando así se requería.

A mayor abundamiento afirma Daza Gómez: "La Teoría Normativa y la Clásica conciben a la acción como la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior.

El acto interno de voluntad y la manifestación externa de este acto son requisitos de la acción".²⁰² Es decir, al causalismo le interesa todo aspecto objetivo traducida la acción en injusto y en lo subjetivo a la culpabilidad.

b) El tipo ya no es para la concepción neoclásica, un elemento puramente descriptivo y valorativamente neutro, es decir, libre de valor de un suceso cualquiera, tiene como mínimo un carácter mixto, pues, se reconoce en primer término que comprende en muchos casos elementos normativos y aunque su función es meramente indiciaria de la antijuridicidad, es admisible que un indicio de desvalor no sea algo puramente neutro. Junto a esta posición se desarrolla otra que concibe al tipo con carácter esencialmente valorativo, es la llamada concepción del tipo como *ratio essendi* de la antijuridicidad, según la cual la tipicidad no es un mero indicio, sino que implica ya la antijuridicidad, lo que trae que la tipicidad y la antijuridicidad no son elementos distintos.²⁰³

Así, "el tipo se convirtió en un tipo de injusto, en el sentido de conjunto de los momentos de antijuridicidad típicos de la correspondiente clase de delito. Como consecuencia de un nuevo cometido, el tipo se ubicó al mismo nivel de la antijuridicidad, como en el sistema clásico, sin que limitara a su tarea formal de fijación de los elementos de antijuridicidad, como en el sistema clásico; seguirían subsistiendo como únicos elementos materiales del delito la antijuridicidad y la

²⁰² Daza Gómez, Carlos. Ob. cit., p. 45

²⁰³ Mezger alude a la palabra tipo, en el sentido de la Teoría General del Derecho. Como el conjunto de todos los presupuestos a que se liga en general una consecuencia jurídica. Ob. cit., p. 98

culpabilidad. (13) Sencillamente, el tipo contiene lo antijurídico. Esta es la llamada teoría de la *ratio essendi*. El tipo lo que hace es describir el injusto penal”.²⁰⁴

Se habla así del tipo del injusto. En su condición de mera descripción, exenta de valoración, como pugnaba la teoría clásica, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto.²⁰⁵ Esto es el tipo, viene a constituirse en una descripción de la lesión típica del bien jurídico.

“Este enfoque mantiene a su vez dos vertientes distintas: la concepción del tipo escrito como tipo desvalorado (Mezger) y la teoría de los elementos negativos del tipo (Frank). Para tales posiciones, el tipo es un tipo de injusto, sin que deba hablarse de acción típica y antijurídica, sino de acción típicamente antijurídica”.²⁰⁶

Con base en lo anterior, “el tipo se sigue concibiendo como categoría predominantemente objetiva, pero no de modo exclusivo, puesto que se descubre que en algunos delitos pueden existir elementos subjetivos específicos como “los ánimos especiales, las circunstancias (que rodean el hecho, o que rodean el sujeto activo, o las que rodean al sujeto pasivo, o al objeto), los propósitos, la intención, un ánimo en concreto o los motivos. Tal es el caso del ánimo de lucro en el robo o en el homicidio, el propósito de obtener provecho, en el delito contra el patrimonio, el ánimo violento en el delito sexual, la intención de causar daño, en el delito de daño en bien ajeno, etcétera”.²⁰⁷

c) La antijuridicidad no se agota en la contradicción entre el hecho típico y el ordenamiento jurídico, que constituye la denominada antijuridicidad formal. Requiere además de la lesión del bien jurídico protegido con la creación del delito de peligro. En esencia, la antijuridicidad es de naturaleza substancial. Existe cuando hay una real lesión o se ha colocado en situación de riesgo el bien que ampara la norma penal. Al mismo tiempo, la tipicidad, de la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, de constituir un simple indicio de ella, se desarrolla como la

²⁰⁴ Teoría de los elementos negativos del tipo y sus consecuencias. www.wikilearning.com

²⁰⁵ Mezger, Edmundo. Ob. cit., pp.98-99; Daza Gómez, Carlos. Ob. cit., p.46

²⁰⁶ Houed V., Mario. Ob. cit.

²⁰⁷ Cfr. Uribe Sánchez, Luís Pedro. La conducta punible desde la óptica del Derecho Penal especial. http://www.alipso.com/monografias2/Derecho_Penal_Especial/index.php

antijuridicidad, misma: lo típico es antijurídico. Conforme a este criterio, el tipo se integra por dos clases de elementos: positivos y negativos.²⁰⁸ Esta corriente abre la puerta a las denominadas causas supralegales de justificación,²⁰⁹ en particular a lo tocante al estado de necesidad.²¹⁰

Para esta concepción la antijuridicidad contiene elementos objetivos, valorativos y formales, sin embargo lo único reprochable es la parte externa, es decir la vulneración del bien jurídico protegido, recayendo lo valorativo no sobre la acción sino sobre lo objetivo referido al resultado dañino.

Además, a la antijuridicidad se le conoce como el injusto, en donde el agente al realizar su conducta tiene conocimiento de que su actuar es contrario a los valores. Los elementos formales-descriptivos de la escuela clásica, se transforman en elementos materiales normativos en esta escuela.

Así, para la Teoría de la *Ratio Essendi* al igualmente que para la Escuela Neokantiana el tipo describe el injusto penal; es decir, el tipo contiene lo antijurídico. Lo antijurídico está tipificado. El injusto tiene preponderantemente naturaleza objetiva, por lo que se propuso la unión entre tipicidad y antijuridicidad, lo que contribuye al nacimiento de la teoría de los elementos negativos del tipo, entonces podemos decir, que con la tipicidad y la antijuridicidad resulta el injusto o bien, el tipo de injusto o injusto típico.

d) La culpabilidad presenta un cambio significativo, -como se tratará más adelante-, ya que se abandona la concepción psicológica (dolo o culpa) sustituyéndose por el llamado concepto normativo, según el cual aquella se entiende como "reprochabilidad" o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su conducta.

²⁰⁸ Cfr. Mezger, Edmundo. Ob. cit., pp.98-99

²⁰⁹ Las excluyentes supralegales. La doctrina ha denominado excluyentes supralegales a todas aquellas que, sin estar expresamente previstas por la ley, destruyen alguno de los caracteres del delito, o para nuestra sistemática, presupuestos de la punibilidad de la conducta típica. Los tratadistas las han relacionada con la antijuridicidad y la culpabilidad. Arilla Bas, Fernando. Ob. cit., pp. 261-262

²¹⁰ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 513

4.2 EXPONENTES DE LA TEORÍA CAUSALISTA NEOCLÁSICA

4.2.1 Reinhard Frank

En la Teoría Neoclásica el estudio de la culpabilidad adquiere gran importancia con Frank en 1907, quien le denomina al concepto de culpabilidad como 'complejo', ya que además de incluir el aspecto psicológico agrega el elemento normativo, "pero sin quitar el dolo ni la culpa de la culpabilidad. Así resultaba que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica y un juicio de reproche al autor de la relación psicológica".²¹¹ Pero esta visión normativa, se ve aún influenciada por el psicologismo, no logra ser autónoma, y al respecto Frank señala: "al autor se le reprocha haberse rebelado conscientemente contra los mandatos del Derecho (dolo) o se le desaprueba el haber lesionado inadvertidamente las exigencias de la vida comunitaria (culpa)".²¹²

La estructura de la culpabilidad para el normativismo estaba compuesta por: a) Imputabilidad y b) Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa). A esto se le suma un nuevo elemento que aporta Freundenthal: c) No exigibilidad de otra conducta, es decir, si al sujeto en el momento del hecho, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó.²¹³ Además Frank -citado por Roxin-, agrega: "Como lazo de unión, como breve síntesis de los elementos concretos de la culpabilidad, halló el concepto de reprochabilidad: "La culpabilidad es reprochabilidad (...): se ha de imputar una conducta prohibida a la culpabilidad de una persona cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en ella".²¹⁴

²¹¹ Ibidem, p. 546; Bacigalupo, Enrique. Ob. cit., p.156

²¹² Villarreal Palos, Arturo. Culpabilidad y Penal. Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 2001, pp. 4-5

²¹³ Cfr. Díaz Palos, Fernando. Culpabilidad Jurídico-Penal. Separado de Nueva Enciclopedia Jurídica. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, pp.35-36; Roxin, Claus. Ob. cit., §19,9

²¹⁴ Roxin, Claus. Ob. cit., §19,10; Asimismo, agrega El término "responsabilidad" designa en el significado estricto de la palabra, como el de reprochabilidad (o como la antijuridicidad en relación con el injusto), sólo el predicado de la valoración, no el mismo supuesto de hecho valorado. Sin embargo en estos conceptos es habitual incluir, allí donde el contexto lo requiere, el supuesto de hecho de la responsabilidad en el concepto, de modo que "responsabilidad" ha de entenderse entonces como acción responsable. §19,15

Además, Frank afirma: la gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de libertad, la que igualmente influirá para la graduación de la pena, de suerte que a mayor libertad mayor culpabilidad.

En suma, para Frank la esencia de la culpabilidad “la fundamenta en la reprochabilidad de la formación de la voluntad y de su actuación, o sea, en la valoración normativa de una situación psíquica (...) la culpabilidad del derecho penal, abarca la capacidad, las características especiales de la culpabilidad previstas en casos determinados, la forma de la culpabilidad (culpabilidad por dolo o culpa), la conciencia de lo injusto (posibilidad de comprender lo injusto negativamente) y la ausencia de causas de exclusión”.²¹⁵

4.2.2 James Goldschmidt.

Fue James Goldschmidt (1913-1930) quien, partiendo inicialmente del examen del estado de necesidad como un problema de culpabilidad, haría un aporte de importancia a la fundamentación de la teoría normativa y a la formación de la concepción de las excluyentes de responsabilidad, que mucha influencia ha ejercido en la dogmática penal posterior. Este intentó deducir la reprochabilidad, que Frank no había fundamentado de manera detallada, de la infracción de una específica “norma de deber”. Junto a la “norma jurídica” que exigiera una conducta externa y cuya infracción fundamentaría la antijuridicidad, existiría implícitamente una “norma deber” que impondría a cada cual “disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa”. No obstante, se podría “infringir una norma de deber sin actuar culpablemente, en tanto en cuanto se pueda invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contrariedad a deber”.²¹⁶

²¹⁵ Wessels, Johannes. Derecho Penal Parte General, Ediciones Depalma, Traducción de la 6ª edición alemana de 1976 por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1980, pp. 112-113; Frank, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Colección: Maestros del Derecho Penal, Director Gonzalo D. Fernández, Coordinación Gustavo E. Aboso, Editorial IB de F, 2ª reimpresión Montevideo- Buenos Aires, 2004, pp. 19-20

²¹⁶ Goldschmidt citado por Roxin, Claus. Ob. cit., § 19, 11; Bacigalupo, Enrique. Ob. cit., p 150

En efecto, Goldschmidt entendió que el elemento normativo de la culpabilidad estaba constituido por la *contrariedad al deber* partiendo de la distinción entre injusto y culpabilidad, aseverando que el primero se configuraba por una *norma de acción* (de carácter imperativo) y la segunda por una *norma de deber* (de carácter motivador); de esta forma, la culpabilidad es concebida como *puro juicio de reproche* compuesto por la exigibilidad de otra conducta (deber de motivarse de conformidad con la representación del deber indicado en la norma de Derecho) y por la no motivación del sujeto acorde con la representación del deber jurídico, pasando a ser la imputabilidad, el dolo, la culpa y la motivación normal meros presupuestos de ella.²¹⁷

Por último, definió a la culpabilidad como “la intención o la conjunción de un hecho antijurídico que es reconocido en virtud de una dificultad en la valoración. No es el hecho antijurídico mismo, sino la dirección de la motivación lo que es reprochable”.²¹⁸

4.2.3 Berthold Freudenthal

Un tercer aporte de trascendencia a la concepción mixta, objeto de estudio, lo constituyen las elaboraciones de Freudenthal (1922), considera que las circunstancias concomitantes no se hallan en la culpabilidad separadas del dolo y de la culpa, sino que los integran, o sea que el dolo penal incluye un momento ético. La esencia de la culpabilidad radica en el desprecio a una conducta, por que su autor pudo y debió realizar otra conducta o porque la representación del resultado debió y pudo ser un contramotivo. La crítica reiteradamente de Frank que su sistema no resuelva la interrogante culpable-inculpable introduce como criterio para limitar el reproche, la exigibilidad de otra conducta.

La esencia de la culpabilidad para Freudenthal, radica en el desprecio mostrado por el autor quien se ha comportado de determinado modo, a pesar de que podía y debía hacerlo en otro sentido, añadiendo que el criterio limitativo del

²¹⁷ Díaz Palos, Fernando. Señala que Goldschmidt lo hace, de despojar a la culpabilidad de todo su contenido fáctico psicológico, dejando únicamente el juicio de reproche para que dentro de él despliegue todo su juego el principio de <<no exigibilidad de otra conducta>>, que es lo característico del normativismo. Ob. cit., p.18

²¹⁸ Daza Gómez, Carlos. Ob. cit., pp. 188-189

reproche de culpabilidad está constituido por la "exigibilidad de otra conducta adecuada a Derecho", "El fundamento teórico de la exigibilidad penal, que ya antes lo había sostenido Max Ernst Mayer, consiste en sostener que la representación del resultado podía y debía ser motivo contrario (Gegenmotiv) a la infracción de la norma".²¹⁹ Así las cosas, para este autor la culpabilidad tiene un elemento de carácter ético junto al cual ubica otro de carácter psíquico constituido por el dolo y la culpa.

A lo sustentado por Freundenthal se da el nombre de Teoría de la Exigibilidad Individual. Cabe además resaltar, las circunstancias concomitantes a que hace referencia son componentes del dolo y la culpa. Concibe al dolo como un momento ético en la culpabilidad.²²⁰

4.2.4 Eberhard Schmidt

Las formulaciones anteriores, permitieron una amplia discusión de la teoría mixta de la culpabilidad bajo los elementos del neokantismo, siendo asimilada por los más destacados autores de esta tendencia, aunque con diferentes variantes, a lo largo de los años veinte, entre estos se encuentran E. Schmidt y Mezger.

En efecto, para el Eberhard Schmidt el concepto de culpabilidad debe deducirse de la teoría de la norma afirmando "que junto a la función del Derecho como norma de valoración se encuentra la no menos significativa como norma de determinación, lo cual le permite invocar la "contrariedad al deber" como concepto central de la culpabilidad como ya habían planteado otros expositores en los que se apoya; esto le permitió convertir el concepto psicologista de Von Liszt en una noción de amplio contenido normativo, define a la culpabilidad diciendo: "culpabilidad es reprochabilidad de una acción antijurídica desde la perspectiva de la deficiencia del proceso psíquico que la ha originado". De esta manera, a la culpabilidad del carácter se asocia la concepción normativa aunque sin olvidar la peligrosidad que ahora es asignada a esta última, permitiéndole reiterar el

²¹⁹ Freundenthal, Berthold. Culpabilidad y Reprochabilidad en el Derecho Penal. Colección: Maestros del Derecho Penal, Director Gonzalo D. Fernández, Coordinación Gustavo E. Aboso Traducción José Luís Guzmán Dalbora, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 33

²²⁰ Cfr. Daza Gómez, Carlos. Ob. cit., p. 189

concepto material de culpabilidad de su maestro que partía de la "asocial disposición de ánimo del autor".²²¹.

En resumen, al estudio hecho por Schmidt, se le conoce como teoría de la exigibilidad generadora, determinando como -ya se dijo- actitud asocial, lo que quiere decir, que el sujeto del delito tuvo la posibilidad de llegar a ser consciente del hecho ilícito de su comportamiento y, además, en relación normativa se le puede exigir del autor un comportamiento conforme a Derecho en lugar de antijurídico efectivamente realizado.²²²

4.2.5 Edmundo Mezger

Mezger (1931), creador de la denominada teoría compleja de la culpabilidad, afirma, se actúa culpablemente "aquel cuya acción jurídicamente reprochable, es expresión de su personalidad", entendiendo por culpabilidad "el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido".²²³

Lo anterior supone, que el juicio de culpabilidad está referido a una determinada situación de hecho, es un "juicio de referencia", por lo cual puede añadir: "en una palabra: culpabilidad es reprochabilidad";²²⁴ lo cual no le impide advertir que no se trata de una culpabilidad en sentido ético sino jurídico completamente ajena a la controversia en torno a la libertad de querer, declarándose partidario de "un determinismo crítico" más allá de una antigua polémica que, afirma, no tiene por qué afectar el concepto examinado.²²⁵

Ahora bien, el concepto examinado está compuesto por la imputabilidad, el dolo y la culpa como formas o elementos de la culpabilidad y las causas que

²²¹ Velásquez V., Fernando. La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad.
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/La_Culpoabilidad_y_el_Principio_de_Culpabilidad.pdf

Díaz Palos, Fernando. Ob. cit., p. 23

²²² Cfr. Román Quiroz, Verónica. La culpabilidad y la complejidad de su comprobación. Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 2006, pp. 80-81

²²³ Mezger, Edmundo. Ob. cit., p.129

²²⁴ Roxin, Claus. Ob. cit., §7,13

²²⁵ Cfr. Mezger, Edmundo. Ob. cit., p.133

fundamentan la exclusión de la misma, dentro de las cuales sobresale el estado de necesidad.

Del mismo modo, en lo concerniente al contenido del juicio de culpabilidad en el caso concreto, concluye que está referido "al acto de voluntad del autor (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad), a los motivos del autor (las 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)".²²⁶

Como observamos el concepto de Mezger de culpabilidad es también producto de una unión de aspectos psicológicos y normativos, inspirado en una teoría causal de la acción de índole positivista de lo objetivo en el injusto y lo subjetivo en la culpabilidad, compuesta ahora con la introducción de la referencia al valor a lo largo del esquema del delito, acorde con el aporte neokantiano.

En este sentido Mezger señala como características para que la acción de una persona sea considerada como culpable las siguientes:

1. Imputabilidad, en donde el sujeto de delito debe poseer condiciones mínimas de normalidad. Considerando que esta es un elemento de la culpabilidad.
2. Una determinada forma de culpabilidad: dolo y culpa. Opinando además que es un elemento más de la culpabilidad.
3. Ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, esto implica una determinada configuración de circunstancias internas y externas de la acción.²²⁷

²²⁶ Velásquez V., Fernando. Ob. cit.

²²⁷ Cfr. Mezger, Edmundo. Ob. cit., p. 136; Frank señala: "para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto: 1º una aptitud espiritual normal del autor, lo que nosotros denominamos imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche (...). 2º una cierta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los pondría discernir (imprudencia). (...). 3º la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, conciente o pudiendo estar conciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible: así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar. Frank, Reinhard. Ob. cit., 40-41

4.2.6 A. Hegler

Por su parte, A. Hegler (1915), tomando en consideración el binomio objetivo-subjetivo de la antijuridicidad y culpabilidad. “En algunos delitos, como el hurto o la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica, sino se recurría desde el primer momento a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble ajena en el hurto, el *animus iniuriandi* en la injuria, etcétera.

El descubrimiento de dicho dato en el ámbito del Derecho civil, fue trasladado al Derecho Penal por Hegler y agregándose Mayer y Mezger, siendo este último quien presentó el mejor análisis y consecuencias”.²²⁸ A partir de este momento ya no se podrá decir que lo objetivo pertenece a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, concibe la culpabilidad desde el punto de vista formal como reprochabilidad y materialmente como equivalente al "dominio del hecho", dentro de una sistemática del delito de rasgos teleológicos”.²²⁹ Este dominio es propiamente el conocimiento del injusto material unido a la imputabilidad y a la falta de causas de exculpación, será presupuesto necesario de la pena, “porque la imposición del mal que la pena supone, como tal, sólo aparece justificada frente aquél que ha dominado por entero su hecho socialmente dañoso.” Normativo es el reproche, fácticos son los presupuestos del reproche, pero no es esto lo que interesa en primer plano, sino la orientación de los presupuestos a los requisitos del reproche”.²³⁰

4.3 EL FINALISMO

La dogmática jurídica penal guardó un mesurado equilibrio hasta el arribo de Hans Welzel en el año 1930, impuso en su trabajo "Causalidad y acción" un estigma: la acción final. Nacería entonces una nueva escuela: el finalismo:

²²⁸ Poveda Perdomo, Alberto. Reseña sobre la Teoría del Delito y las Escuelas Dogmáticas <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/resea-sobre-la-teora-del-delito-y-las.html>

²²⁹ Velásquez V., Fernando. Ob. cit.

²³⁰ En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del Delito. Ed. Trillas, 1ª edición, segunda reimpresión, México, 1983, p. 84

La teoría final de la acción, estuvo apoyada en las ideas de Graf Zu Dhona, Weber y Wolf, Este planteamiento se vio determinado por la separación entre lo real y el derecho (propia del neokantismo) a la realidad del ser social. De dicho modo la estructura de esta teoría es la acción humana apoyándose en forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos síquicos. Siendo que se debe ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético social y la concordancia de los órdenes éticos sociales. Aquí la acción no es ciega, si no final, negando la posibilidad de que existan acciones ciegas.

a) La acción. Para graficar su discrepancia con el causalismo, Welzel diría: " la acción en el causalismo es ciega, en el "finalismo" es vidente". Así relataba: "En la relación intencional, el pensamiento está dirigido hacia el objeto y está guiado por su estructura (...) el orden del pensamiento es un orden con arreglo a los nexos objetivos y al "sentido" de los objetos proyectados". La acción es ejercicio de actividad final, que comprende: la anticipación mental del fin perseguido; la selección de medios adecuados y la consideración de los efectos concomitantes a los medios elegidos. Por eso Welzel decía: "(...) el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada (...) compra el arma, tiene informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al asecho, apuntar el arma, dispara; todos ellos, actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto".²³¹

La cuestión sería revolucionaria, pues, el dolo estaría en la acción (final), este sería el *dolus malus* (dolo neoclásico) y a su vez se divide en dos: el "dolo natural" situado en la tipicidad (es conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo) y "la conciencia de la antijuridicidad", que sigue estando en la culpabilidad. La finalidad se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, fijarse fines diversos, dirigir su actividad conforme un plan. A diferencia del causalismo, el finalismo centraba el eje de discusión en esa "acción mala, con

²³¹ Parma, Carlos. La Teoría del Delito: ideas de este siglo.
http://www.legalmania.com/derecho/teoria_delito.htm

tendencia al menoscabo de bienes jurídicamente protegidos", demostrativa que la vida o el bien ajeno, no le interesa. A esto se lo denominó "el desvalor de la acción".²³²

La noción de acción conforme a la tendencia clásica es un movimiento corporal (o de la ausencia del movimiento corporal) que produce un efecto o resultado en el mundo exterior;²³³ este concepto descarta la parte interna, mental del actuar humano. En el finalismo sucede lo contrario, sólo es acción humana es el ejercicio de la actividad finalista el comportamiento del hombre dirigido por la voluntad para alcanzar un objetivo predeterminado o, en palabras es el ejercicio de la actividad final.²³⁴ "La acción, por naturaleza es una actividad final: esto es, actividad dirigida por la voluntad del hombre al logro de un fin, un resultado dado. No se trata de un mero movimiento corporal, pues, mientras duerme el ser humano se mueve pero no "acciona"; cuando es objeto de determinados incentivos ejecuta movimientos reflejos, pero eso no es acción".²³⁵

A la acción pertenece la voluntad de concretar el efecto prohibido (el resultado), con ello, se constituye la denominada "finalidad". El movimiento corporal y la voluntad de alcanzar un objetivo previsto (finalidad) que dispone ese movimiento, conforman un todo unitario que constituye la acción, donde no forma parte de ella, sino que es su consecuencia. El legislador no podría cercenar del concepto natural de acción- según esta tendencia- su parte subjetiva, como en el hecho lo hacen los causalistas; tampoco podrían agregarle arbitrariamente el resultado, que es algo independiente o separado de la acción, como lo hacían los causalistas.

Para los finalistas, la acción pasa por dos fases, una interna y una externa; en la fase interna se presentan los siguientes elementos:

- a) "El objeto que se pretende alcanzar o proposición de fines.

²³² Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. cit., pp. 355-356

²³³ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del Delito, p. 88

²³⁴ Cfr. Idem

²³⁵ Vivian, Bullemore. Derecho Penal Parte General Causalismo y Finalismo.
<http://penaludmcppo.blogspot.com/2007/06/causalismo-y-finalismo.html>

b) Los medios que se emplean para su realización.

c) Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias, que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

La segunda fase externa se presenta los siguientes elementos:

a) Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal.

b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes.

c) El nexa causal".²³⁶

Resumiendo Zaffaroni, señala la teoría de la acción finalista encontramos que el dolo (y la culpa) se van a ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad, sino a nivel de la acción típica. El dolo (y culpa) constituyen el fin de la acción.

b) La tipicidad, El tipo penal, para los finalistas, es la descripción de la acción en el sentido propuesto más el resultado. Pero para esta corriente el tipo no es de naturaleza exclusivamente objetiva; distinguiéndose en él dos planos: el objetivo, conformado habitualmente por la acción (objetivación de la voluntad integrante del dolo y comprende características externas del autor); y el aspecto subjetivo, dentro del cual encontramos el dolo, los elementos subjetivos del tipo y los especiales elementos del ánimo.²³⁷

c) La antijuridicidad. Ésta "es un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general".²³⁸ Diferencia el finalismo entre la antijuridicidad y el injusto sigue siendo un juicio de desvalor de la conducta, pero no solo de su parte externa, fenoménica, sino considerada integralmente; el juicio del desvalor frente al ordenamiento jurídico se refiere tanto al comportamiento externo como a la finalidad -elemento subjetivo- del sujeto. Por ello se habla de "injusto personal", porque el comportamiento es contrario a Derecho en relación a un autor determinado, es antijurídico para aquel que ejecutó el acto con una voluntariedad

²³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. cit., pp. 88-90

²³⁷ Cfr. Daza Gómez, Carlos. Ob. cit., p.48

²³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. cit., p 106;

particular. El mismo hecho realizado por otros con finalidad distinta podría estar justificado, de modo que la antijuridicidad es personal. Cuando un individuo quiere matar a otro y al encontrarlo en un lugar solitario, lleva a efecto su designio, realiza una conducta antijurídica a pesar de la materialidad, considerando ese actuar con un criterio objetivo, podría darse una situación de defensa personal, porque la víctima estaba esperándolo allí precisamente para ultimarle, y había iniciado la acción cuando el victimario disparó primero ignorando tal circunstancia.²³⁹

d) La Culpabilidad. Para los finalistas, la culpabilidad “Es un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo”.²⁴⁰ En otras palabras tiene su noción en el juicio de reproche del hecho a su autor porque pudo actuar de una manera distinta; pero sustraen de ella los componentes psicológicos que los clásicos y los neoclásicos le reconocían. El dolo y la culpa dejan –como ya se dijo- de ubicarse en la culpabilidad y pasan al tipo penal como tipo subjetivo. La culpabilidad para el finalismo se conforma por su presupuesto, que es la imputabilidad -capacidad delictual-, por la conciencia de la antijuridicidad y por la exigibilidad de otra conducta (motivación normal).

La culpabilidad, entonces, es un triple juicio de valor de la acción típica y antijurídica en relación a su autor:

1. Sí tenía capacidad para comprender la naturaleza de su acto.
2. Sí tenía conocimiento de que tal acto era contrario a la ley (conciencia de la antijuridicidad)
3. Si en las circunstancias concretas que enfrentaba podría exigírsele un comportamiento distinto que no infringiera el mandato o prohibición de actuar que el Derecho le imponía.

La culpabilidad -al igual que los neoclásicos- “la fundan en la libertad del ser humano (libre albedrío), por lo que la necesidad del nexo psicológico entre el

²³⁹ Cfr. Vivian Ballimore. Ob. cit.

²⁴⁰ Daza Gómez, Carlos. Ob. cit., 49

hecho y su autor es una garantía del principio de culpabilidad.”²⁴¹ Esto es, se hace imposible que en el Derecho Penal se pueda sancionar a una persona por el solo resultado, sino debe acreditar el agente que pudo actuar de manera distinta.

4.4 FUNDAMENTACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

Con base en los criterios sustentados por los anteriores autores Sergio Vela Treviño señala: pueden obtenerse los aspectos fundamentales de la teoría normativa que son:

a)” La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al 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 fundamento, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.”²⁴²

En este sentido podemos decir: el autor le da relevancia a la personalidad del sujeto activo del delito, así como las circunstancias o motivos que orillaron al sujeto a cometerlo, esto es, se estudia el hecho, así como las circunstancias que motivaron al sujeto a delinquir, orillándose, por ende, se avoquen al estudio de las condiciones subjetivas del individuo con relación a la norma a través del acto concreto.

En consecuencia, la culpabilidad resulta de un juicio valor, valor que va ser determinado por el órgano jurisdiccional, vinculando éste psicológicamente al hecho con su autor y al final determine si la voluntad desplegada por el agente es o no reprochable, o en su caso pudo haber realizado un actuar diferente conforme a la norma penal.

²⁴¹ Quintino Zepeda, Rubén. Ob. cit., p. 176

²⁴² Ibidem, p. 184; Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., p. 79

Así, el juicio de reproche se va a concretar hasta cuando el juicio concluya en sentido afirmativo. Y se ha dicho la culpabilidad no es un juicio, sino el resultado de un juicio por el juez. Nadie sino un juez, puede declarar la culpabilidad de alguien.

Efectivamente, es el juez quien en el auto de término o en la sentencia definitiva determina si la conducta realizada por el agente activo del delito se adecua o no en lo previsto en la norma penal, de lo contrario no será culpable y así, no habrá reprochabilidad, siendo indiscutible que la consecuencia de la culpabilidad no es el juicio, sino el resultado del juicio.

4.5 ELEMENTOS Y FORMAS DE LA CULPABILIDAD

4.5.1 Elementos de la culpabilidad

Tomando como punto de referencia en donde a la culpabilidad se le concibe como la reprochabilidad y siguiendo los diversos criterios sustentados por Frank y Mezger podemos decir, que como elementos de la teoría neoclásica o neokantiana, se señalan los siguientes:

- a) Imputabilidad
- b) Como formas de culpabilidad el dolo y la culpa
- c) Exigibilidad.

Lo anterior tiene su sustento en Frank en su obra Estructura del Concepto de Culpabilidad en la cual aduce:

“Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto:

1° una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche, pero toda vía no se puede afirmar en el caso particular. Para ello se necesita además:

2° una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien

los podría discernir (imprudencia). En la existencia de esta exigencia, el reproche no estaría fundado. Para ello es necesario que, además, concurra:

3° la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible: así. No cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para la tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar”.²⁴³

Resumiendo, para Frank los elementos de la culpabilidad son: la imputabilidad, la intencionalidad traducida en dolo o culpa para que la conducta sea reprochable; en cambio cuando medie alguna causa de justificación impedirá que al agente se le reproche su conducta aún cuando haya producido un resultado.

4.5.1.1 Imputabilidad

En lo que se refiere a la imputabilidad esta ha sido considerada como un presupuesto general del delito, como un elemento integral del mismo, o bien, como el presupuesto de la culpabilidad.

Efectivamente para que el agente conozca lo ilícito de su acto y quiera su conducta es necesario que tenga capacidad de entender y de querer, lo que se traduce en la determinación en función de aquello que conoce, poseyendo la capacidad intelectual y volitiva que es el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Maggiore – citado por Orellana Wiarco- señala que por imputabilidad debemos de entender “el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad”.²⁴⁴

²⁴³ Frank, Reinhard. Ob. cit., pp. 40-41

²⁴⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del Delito. Ob. cit., p.34

Podemos inferir de lo anterior, que como condiciones psíquicas se esta refiriendo a la capacidad de entender y de querer del sujeto, el poder conducirse por sí solo y responder ante la ley por los actos realizados.

Además, Orellana Wiarco manifiesta, la imputabilidad tiene sus límites consistentes en:

- a) Un límite físico, el cual está relacionado con la edad del sujeto, en donde este tiene que desarrollar una capacidad psicológica.
- b) Un límite psíquico relacionado a la capacidad de entender y de querer.²⁴⁵

Mezger, afirma imputabilidad significa “la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles”.²⁴⁶ La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad “normal”. “De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la inimputabilidad”.²⁴⁷

De tal suerte, la persona adulta normal es capaz de cometer culpablemente hechos punibles. Se es responsable fundamental y generalmente de hechos que están conminados con pena. Para que tal punibilidad quede excluida en vista de la particular situación personal del autor, se requiere una circunstancia especial prevista en general por la ley. La ley admite en general como dada la libertad de hacer y no hacer.

En este sentido, imputabilidad no significa “capacidad de acción” como entienden, por ej., Binding, Piel, Gerland, (...): aún inimputables pueden “actuar”, por cuanto la acción no es solamente la acción imputable. Inimputabilidad no significa tampoco “capacidad jurídica de deber” como afirman los que sostienen

²⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 35

²⁴⁶ Mezger, Edmundo. *Ob. cit.*, p. 137; Mientras Frank señala que la ventaja de estimar a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad pueda probarse que obró con plena comprensión del alcance de su acto, así como de las consecuencias del mismo.

²⁴⁷ *Idem*; Manzini – citado por Sergio Vela Treviño- dice que la imputabilidad penal es el conjunto de condiciones físicas y psíquicas, puestas por la ley, para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada causa suficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor. *Ob. cit.*, p. 14

una antijuridicidad subjetiva, como entre otros, Merkel, Ferneck y Kohlrausch; en efecto, aún el inimputable puede estar obligado jurídicamente. Finalmente, imputabilidad no significa, lisa y llanamente, “capacidad de pena”, como sostienen Feuerbach, Liszt y Radbruch; en efecto, la imputabilidad significa capacidad de culpabilidad y, por consiguiente, debe ser incluida dentro del sistema jurídico-penal.²⁴⁸

Sergio Vela Treviño afirma “la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, tendiendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta”.²⁴⁹

En consecuencia, el contenido de la imputabilidad queda resumida en dos aspectos: la capacidad de querer (autodeterminación del sujeto) y la capacidad de entender (conciencia de la antijuridicidad) que vienen a constituir sus elementos, lo que quiere decir, que el agente del delito en el momento de cometer el hecho ilícito debe revestir la capacidad de entender y de querer, si por causas posteriores se diera una incapacidad, esta en nada afecta su culpabilidad, y como se vera más adelante habrá ocasiones en las cuales el agente en un estado inimputabilidad cometa el hecho de todas formas el sujeto se le va a considerar capaz.

4.5.1.1.1 Elementos de la imputabilidad

La imputación contenida en la culpabilidad supone dos elementos conforme a la opinión de Lizst:

a) “La imputabilidad del autor. Es estado psíquico del autor que garantiza la posibilidad de conducirse socialmente, es decir como la facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya que pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etcétera., o los dominios del Derecho.

²⁴⁸ Cfr. Mezger, Edmundo. Ob. cit., p.137

²⁴⁹ Vela Treviño, Sergio. Ob. cit., pp. 18-19.

b) La imputación del acto, ésta se presenta cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta (...), o cuando hubiese podido y debido conocerla (...); es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social. De este modo quedan fijados los fundamentos de las dos especies de culpabilidad el dolo y la culpa”.²⁵⁰

Con base en lo expuesto y siguiendo al maestro Eduardo López Betancourt, podemos señalar que la imputabilidad reúne dos elementos:

1. Capacidad de entender.

Maggiore –citado por López Betancourt- define la capacidad de entender, “como la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé, más entiende. Inteligencia no es sino previsión”,²⁵¹ Fernando Castellanos Tena define a la imputabilidad “como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal”.²⁵²

La capacidad de entender abarca aspectos relativos al grado de desarrollo intelectual, así como grado de madurez ética.

Esta capacidad de entender se desarrolla en el proceso de la conciencia. La conciencia para Maggiore “es un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos el sujeto y el objeto, el yo y el no yo”.²⁵³

Kant hace una clasificación de la conciencia de acuerdo a su contenido:

a) “Conciencia sensible sensación. Contenido indistinto.

²⁵⁰ Liszt, Franz von. Ob. cit., pp. 376-377

²⁵¹ López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad. p. 14; Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., p.92;

²⁵² Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 43ª. Edición, México, 2002, p. 218; Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit., p. 164 define a la imputabilidad como la mínima capacidad física y psíquica de una persona “para comprender la naturaleza de la conducta que realiza y la voluntad de determinarse en razón a esa comprensión.”; Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 450; Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., p. 233

²⁵³ Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., p.92; López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad, pp. 14-15

- b) Consciencia preceptiva o percepción. Contenido distinto.
- c) Consciencia intelectual o entendimiento. Contenido distinto en sí mismo y a la vez unido en un nexo universal”.²⁵⁴

Pavón Vasconcelos, realizando un análisis sobre la imputabilidad llega a la conclusión “que requiere no sólo el querer, sino además su capacidad de entendimiento, pues, únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significado al nexo psíquico entre el hecho y su autor”.²⁵⁵

2. Capacidad de querer

Maggiore asevera “Paralelo al proceso de la consciencia es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grandes intermedios. Primero es una tendencia indistinta o apetito; después es una tendencia distinta en su objeto o deseo; luego un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre. Por lo tanto, la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta.

La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho, Así capacidad de querer significa la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que guían a las conductas. “Querer es liberarse, obrar y realizar a cada momento la propia autonomía espiritual”.²⁵⁶ Es decir, el hombre es libre para conducirse y manifestar sus deseos, tiene un margen de deliberación, de decisión, de elegir por el respecto a la ley, o de vulnerarla.

²⁵⁴ López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad, p. 15; Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., p.93

²⁵⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 451

²⁵⁶ López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad, pp.15-16; Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., pp. 93-94

Por otra parte se ha cuestionado que los elementos de “querer” y “entender” reducen todas las facultades humanas a los planos intelectivos (comprensión) y volitivos (voluntad), y por lo tanto estos elementos no son los únicos ni los más importantes, en razón de que estos elementos intelectivos y volitivos están sujetos a otros factores psíquicos o socioculturales.²⁵⁷

4.5.1.2. Inimputabilidad

Se presenta la inimputabilidad cuando el sujeto aun cuando está vulnerando un precepto penal contenido en la ley penal, carece de la capacidad de entender y de querer su conducta. Por lo que las causas de inimputabilidad son aquellas que integran el aspecto negativo de la imputabilidad.

Luís Jiménez de Asúa, haciendo un estudio de los diversos códigos hispanoamericanos llega a la conclusión que como causas de inimputabilidad son:

“a) Falta de desarrollo mental:

a’) La minoría de edad (...)

b’) La sordomudez.

b) Falta de salud mental

c) Trastorno mental transitorio

a’) Embriaguez (sólo atenuante en algunos Códigos).

b’) Fiebre y dolor”²⁵⁸

Eduardo López Betancour siguiendo a Jiménez de Asúa, y tomando en consideración el Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal (ahora Código Federal) agrega además como causas de inimputabilidad:

a) Miedo grave.

b) Temor fundado.²⁵⁹

²⁵⁷ Ver Muñoz Conde, Francisco. Teoría del Delito. Ed. Témis, 2ª edición, Bogotá- Colombia, 2001, p. 108

²⁵⁸ Ibidem, p. B

²⁵⁹ López Betancour, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad, pp. 30-59

4.5.1.3 *Actione Liberae in causa*

Aunado a lo anterior se encuentran las llamadas acciones *liberae in causa*, en donde el sujeto se coloca en un estado de inconsciencia (inimputabilidad) pero, pudo ser querido o previsto, por lo que éstas pueden ser de acción, omisión, dolosa o culposa, por lo que en su origen la manifestación de la voluntad es libre y consciente. Es por ello, que Franz von Liszt afirma, las acciones libres en su causa se presentan “cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto u omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fué ocasionada por un acto (acción u omisión), doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad”.²⁶⁰

Asimismo, expresa Jescheck “que se entiende por *actio libera in causa*, un comportamiento que el autor pone marcha de forma responsable, pero no desemboca en una acción típica hasta un determinado momento en que el sujeto ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad”.²⁶¹ En el mismo sentido Roberto Reynoso Dávila señala: “El agente debe ser imputable, en el momento de la ejecución de la conducta delictiva, o sea, el dolo ha de acompañar al proceso ejecutivo del delito; si una causa posterior a la misma sobreviene la exclusión de la imputabilidad. Esto sólo tendrá consecuencias procesales en cuanto a la suspensión del proceso o de la ejecución de la pena. Suele ocurrir que en el momento de la ejecución de la conducta el sujeto sea inimputable; pero si su estado de inimputabilidad fue provocado dolosa o culposamente por el agente, será responsable dolosa o culposamente”.²⁶²

Como se puede observar de acuerdo a su realización dolosa o culposa se pueden presentar varias hipótesis. López Betancourt, invocando a Celestino Porte Petit afirma: cuando el sujeto se encuentra en estado de inimputabilidad se pueden presentar las siguientes hipótesis:

“a) Que se quiera el estado de inimputabilidad y el resultado.

²⁶⁰ Liszt, Franz von. Ob. cit., p. 388

²⁶¹ López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad. Ob. cit., cit., p. 19

²⁶² Reynoso Dávila, Roberto. Teoría General del Delito, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, p. 192

- b) Que se quiera el estado de inimputabilidad y acepte el resultado.
- c) Que se quiera el estado de inimputabilidad y un resultado, produciéndose uno mayor, que no se previó siendo previsible.
- d) Que se quiera el estado de inimputabilidad y un resultado produciendo uno mayor, que no se previó por ser imprevisible.
- e) Que se quiera el estado de inimputabilidad, previéndose el resultado con la esperanza de que no se realizaría.
- f) Que se quiera el estado de inimputabilidad, sin prever el resultado previsible.
- h) Que se quiera el estado de inimputabilidad, sin prever el resultado imprevisible.
- i) Que se quiera el estado de inimputabilidad, previniéndose con la esperanza de que no se produzca, causándose un resultado.
- j) Que se quiera el estado de inimputabilidad, previéndose con la esperanza de que no se produciría, causándose un resultado.
- k) Que se quiera el estado de inimputabilidad, que no se previó debiéndose haber previsto, causándose un resultado.
- l) Que se quiera el estado de inimputabilidad, que no se previó por ser imprevisible, causándose un resultado”.²⁶³

Cuando el sujeto activo voluntariamente se coloca en un estado de inconsciencia por medio de la embriaguez y realiza acciones antisociales descritas en la ley reconoce el trastorno mental como ausencia de inimputabilidad solamente en los casos en que el mismo sea involuntario o accidental.

Es más que dudosa la inclusión de la *actio libera in causa* dentro de las consecuencias del principio de culpabilidad, ya que si el agente en el momento de realizar su conducta o acto no era imputable, aunque antes del acto lo hubiese

²⁶³ López Betancourt, Eduardo. Ob. cit., pp. 23-24

sido, al dictarse la resolución penal deberá declararse la ausencia de responsabilidad penal.

Cerezo Mir "lo considera una "excepción al principio de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de realizar la acción u omisión típica y antijurídica"(67). A pesar de lo anterior añade que es "perfectamente compatible con el principio de culpabilidad por el hecho, pues en el juicio de reproche se tienen en cuenta no sólo las circunstancias del mismo, sino también la conducta anterior al sujeto, en la medida en que sea relevante para determinar si la acción u omisión típica y antijurídica realizada le era o no, o en que medida le era reprochable al sujeto".²⁶⁴

A respecto Maggiore señala como etapas de las *actione libera in causa*

- “1. Una voluntad inicial, que supone libre y consciente;
2. Un estado de incapacidad de entender o de querer (...);
3. Un resultado;
4. Un nexo de causalidad, aunque sea mediato o indirecto, entre la acción y el resultado”.²⁶⁵

En conclusión, habrá culpabilidad en las *actione libera in causa*, cuando el agente de manera dolosa se coloque en un estado de inconsciencia, con el fin de cometer un hecho ilícito.

4.5.1. 4 Formas de culpabilidad

4.5.1.4.1 Dolo

“La culpabilidad como reproche del proceso interno del individuo, requiere en su formación, dolo, culpa y que para alguna parte de la doctrina se denomina

²⁶⁴ ¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995? [HTTP://NOTICIAS.JURIDICAS.COM/ARTICULOS/55-DERECHO%20PENAL/200010-00000003.HTML](http://noticias.juridicas.com/articulos/55-DERECHO%20PENAL/200010-00000003.html)

²⁶⁵ Reynoso Ávila, Roberto, Teoría General del Delito, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1997, p.192; Por su parte López Betancourt señala como requisitos de la conducta in libre in causa los siguientes: a) “Un sujeto con previa capacidad de culpabilidad; b) Una conducta que produce o no evita el estado de inimputabilidad; c) Una conducta dolosa o culposa previa al estado de inimputabilidad; d) Un estado de inimputabilidad por parte del sujeto; Producción o no de un resultado típico”.López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad. Ob. cit., p. 24

preterintención (...). Faltando cualquiera de estas figuras, los hechos no caen en el ámbito punitivo, por carecer de sanción penal”.²⁶⁶

Frank definió al dolo “como la previsión (la conciencia) del resultado de una acción, ligada al conocimiento de las circunstancias que la hacen punible (...) afirma más aún con su teoría de la representación al decir que el dolo es el conocimiento (representación) que acompaña la actividad voluntaria de las circunstancias fácticas pertenecientes al tipo legal del delito o que aumentan su penalidad”.²⁶⁷

Al respecto debemos decir que Frank, dividió su ensayo en tres partes; la primera mediante el desarrollo histórico-dogmático demuestra que el dolo no quedó determinado con claridad al designarlo como “querer el resultado”. Y más bien se debe atender a las representaciones actuantes en el acto de voluntad, llegándose así a la Teoría de la Representación”. En la segunda parte examina psicológicamente si es en general, admisible hablar del “querer el resultado”. Al contestar negativamente esta cuestión nuevamente se encuentra en la Teoría de la Representación. En la tercera parte, construyó detalladamente y estableció el siguiente principio:

- “a) En el juicio: el resultado ocurrirá (...) (revisión del resultado como cierto);
- b) En el juicio: el resultado debe ocurrir (...) (previsión del resultado como necesario); y
- c) En el juicio: el resultado puede ocurrir (...) (previsión del resultado como previsible)”.²⁶⁸

Consecuentemente, si la prevención del agente se expresa mediante estos juicios, habrá dolo solamente cuando la previsión del resultado como cierto o

²⁶⁶ González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., p. 363. Afirma Frank: Con ello se parte de que los requisitos del concepto de culpabilidad están realizados; entonces, los momentos más relevantes son sus características constitutivas o, para decirlo en forma más breve, sus elementos. Imputabilidad, dolo o imprudencia, circunstancias concomitantes, son observados como elementos de la culpabilidad en lo sucesivo. Ob. cit., p. 37

²⁶⁷ Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., p. 256

²⁶⁸ Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., pp. 98-99

necesario lo habría hecho abstenerse de obrar. En este caso, además de determinarse la identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, debemos establecer si al sujeto capaz que obró con dolo, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

Con lo anterior, y considerada la culpabilidad en la concepción normativa mixta, como el “conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente. En otras palabras la culpabilidad es un juicio de reproche por la realización de un hecho antijurídico en condiciones bajo las cuales se puede exigir el comportamiento conforme a Derecho”.²⁶⁹

Para Liszt, 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”.²⁷⁰ Además agrega: el dolo debe captar las circunstancias del hecho y cree, en cambio, que no se necesita la consecuencia de lo injusto.

Asevera Freundenthal “obra dolosamente el que desatiende conscientemente los deberes de cuyo cumplimiento, según las circunstancias, es capaz, y a resueltas de lo cual lleva a cabo el supuesto de hecho de una acción punible con conciencia y voluntad o (...)”.²⁷¹

Para Mezger el dolo ha de entenderse como “la comisión del hecho con conocimiento y voluntad”.²⁷² En tanto que Jiménez de Asúa lo entiende como “la producción del resultado típicamente antijurídico con la consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción con representación del resultado que se requiere o ratifica”.²⁷³

²⁶⁹ Ibidem, p. 97

²⁷⁰ Liszt, Franz von. Ob. cit., p. 397

²⁷¹ Freundenthal, Berthold. Ob. cit., p. 92

²⁷² Mezger, Edmundo. Ob. cit., p.155

²⁷³ Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, p 365; Reyes, Echandía. Culpabilidad, Ed. Témis, 3ª edición, 3ª reimpresión, Bogotá Colombia,1991, p.37

En nuestra opinión podemos decir, el dolo es la intención consciente y dirigida a vulnerar los bienes jurídicos protegidos.²⁷⁴

Elementos del Dolo

Del concepto promocionado por Jiménez de Asúa, pueden obtenerse como elementos del dolo:²⁷⁵

a) Elemento intelectual. Implica el conocimiento y representación de los hechos, fundamento lógico de la abolición, careciendo de sentido que pueda afirmarse que un hecho pueda ser querido si no ha sido conocido previsto en su esencia objetiva y en su eficiencia.

²⁷⁴ La voluntad criminal constituida por la conciencia de querer y por la conciencia de obrar traducidas en una conducta externa es el dolo que en el Derecho Romano Justiniano se denominada "*dolus*", "*dolus malus*", "*propositum*". Significaba la intención encaminada al delito conciencia del hecho criminoso que se iba a cometer. En el Derecho canónico el dolo expreso con las palabras "*dolus*", "*voluntas*", "*sciens*", "*malitia*" por eso el dolo equivalió a la malicia, astucia. En fin el dolo consiste en la voluntad de cometer un acto sabiendo que es punible, es una posición de voluntad distinta de la actuación voluntaria, que es la acción. La evolución del concepto de Dolo surgió primero la Teoría de la voluntad, (Carrara y Hippel) y así el dolo se definió tomando en cuenta sólo el resultado previsto y querido por el autor del delito. Después, se encontró que este único criterio no era aplicable a la construcción técnico- jurídica del dolo eventual; surgió entonces una tesis más avanzada: "La teoría de representación" propugnada por von Liszt que sostenía que el dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias que concurren al acto previsto por la ley penal. Posteriormente surgió la "Teoría de la Voluntariedad" sostenida por Francisco Carrara; según esta teoría el dolo es la intención o voluntad más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley. Ver Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., pp. 101-111; La teoría conjunta de la representación y la voluntad, no el concepto de dolo sobre estos dos elementos aisladamente, sino que es necesario que quien actúe dolosamente no sólo se represente el hecho y su significación, sino además que encamine su voluntad a la realización del resultado.; La teoría de las motivaciones de Mayer, afirma que el dolo, para acreditar su existencia, requería averiguar el complejo de motivos que determinan al hombre, lo cual constituye una postura de carácter sintético. Ver Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., pp. 255-261; Teoría del asentamiento o ecléctica, conjuga la teoría de la voluntad y la teoría de la representación. Lo importante no es la representación, mental del resultado, sino la conformidad que el sujeto activo presta a ese resultado. Se parece a la teoría de la voluntad, aunque más amplia (Beling).

²⁷⁵ Con base en el conocimiento de la significación, en Alemania se elaboran diversas tesis, entre ellas la "estricta teoría del dolo" en la cual se postula que el conocimiento de lo injusto debe ser actual, o sea que el sujeto tiene que percibir efectivamente que tales hechos son ilícitos. Lo que resulta insostenible, porque en los delitos emocionales tal conciencia no existe y, por ende, no serían dolosos. La "limitada teoría del dolo" para la que el conocimiento del injusto no necesariamente debe ser actual; basta que se dé potencialmente, es decir, que el sujeto esté en posibilidad de conocer el significado de su acción. Seguidamente, y previa al surgimiento de la teoría finalista, aparece "estricta teoría de la culpabilidad" y no del dolo, éste ya fue superado de la culpabilidad y reubicado en la acción con un contenido determinado por dos elementos. Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., p. 113

Esta constituido por la prevención, por el reconocimiento, la representación de un acto típicamente antijurídico y comprende antes que todo el conocimiento de los elementos objetivos del delito. Es decir, se exige el conocimiento de los hechos actuales, aquellos hechos de tipo legal que existen ya en el momento en que el acto de voluntad se realiza y que por lo tanto son independientes de la voluntad del autor. Por ejemplo en el caso del incesto cuando se conozca el parentesco entre las partes; disponer de un objeto a sabiendas que no puede disponer de él.²⁷⁶

b) Elemento emocional, volitivo o afectivo. Consiste en que no basta, para la existencia del dolo que el agente represente un resultado antijurídico determinado, sino que es necesario, que desee la realización de ese resultado típicamente antijurídico.²⁷⁷

La escuela positivista combate insuficientemente el 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 si, por ejemplo a aquél sujeto que dispara un arma ya sea de manera intencional o imprudencial. La intención se representa con la voluntad dirigida a producir un resultado, como en el disparo del arma en donde la voluntad esta dirigida deliberadamente a matar, se busca (el fin) ya sea vengar la ofensa, lograr el robo, defender la persona o ejecutar una orden de autoridad.

Clases de Dolo

Siguiendo el criterio de Mezger el dolo se presenta de la siguiente manera:

a) Dolo inmediato o 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. Se presenta cuando el autor ha previsto o querido los resultados de su acción u omisión de conformidad con su intención.

²⁷⁶ Cfr. Vela Treviño, Sergio. Ob. cit., pp.217-220

²⁷⁷ Cfr. Ibidem, pp. 220-222

b) Dolo indirecto: Cuando el sujeto se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible. Ignacio Villalobos señala hay dolo indirecto cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir otros resultados antijurídicos y típicos, que no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo seguro acontecimiento no le hace retroceder, por el cual quedan admitidos por él, con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

c) Dolo condicionado o Eventual: El sujeto prevé la posibilidad de que el resultado se verifique y a pesar de ello actúa, aceptando el riesgo de que se produzca o sin la segura convicción de que no se producirá. Existe dolo eventual cuando la gente se representa ya no como seguro, ya no como cierto, sino meramente como posible o, mejor aun como probable, un resultado típicamente antijurídico que en principio no desea realizar, sino que desea realizar una conducta distinta de ese resultado típicamente antijurídico ya previsto como posible, más aun como probable.²⁷⁸

Además, otros señalan como clases de dolo las siguientes:

d) Dolo de Consecuencia necesaria: Existe cuando el agente se representa como seguro, un resultado típicamente antijurídico principal, que es el que desea actualizar y realizar, y un resultado típicamente antijurídico necesario representado como cierto, que en un inicio tiene sin cuidado al sujeto activo que en principio no le interesa al sujeto activo realizarlo o actualizarlo pero que el sujeto activo ratifica, en la medida en que este resultado típicamente antijurídico accesorio está indisoluble vinculado al resultado típicamente antijurídico principal y en la medida en que es menester

²⁷⁸ Mezger, Edmundo. Ob. cit., pp.157-163; Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, pp. 366-370; Señala Plascencia Villanueva, Raúl. "(...) son tres clases de dolo que engloban las diferentes especies que la teoría ha identificado, (...) a) dolo directo (...) b) dolo indirecto (...), c) dolo eventual (...).Teoría del delito. UNAM, México, 1998, p.115

que se realice, que se actualice típicamente antijurídico accesorio, para que también se actualice el resultado típicamente antijurídico principal.

e) Dolo Genérico: 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 si tiene consciencia del hecho delictuoso y sus consecuencias. Quiere el hecho o conducta tipificados como delito.

f) Dolo Específico: Es el que está determinado por un fin especial, y este fin es el que le da fisonomía propia al delito, en decir, la misma norma señala los requisitos que debe emplear para cometer el ilícito. Como ejemplo tenemos 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 es con el fin de obtener provecho habría 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.

g) Dolo de Propósito o premeditación: 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 período de preparación del delito.

h) Dolo de Ímpetu: Es el resultado de una decisión repentina y realizada de inmediato, esto es, cuando entre el propósito ilícito y su actuación no corre ningún lapso. Es el ideado y puesto en práctica de manera súbita, que se valora en la moral y en lo penal sobre todo con cierta indulgencia que no alcanza la perversidad puesta de manifiesto en el dolo de propósito.

i) Dolo de daño: Es cuando el sujeto encamina su propósito criminal a destruir o disminuir un bien jurídico. Ejemplo lesiones, homicidio.

j) Dolo de peligro: Cuando el resultado es solo de peligro en donde se sabe que puede producirse el resultado, pero el agente no desiste de su conducta. El agente sabe del riesgo y quiere y pretende exactamente el peligro. Ejemplo. Contagio venéreo.²⁷⁹

4.5.1.4.2 Culpa

La culpa para el sistema causalista, es la segunda especie de la culpabilidad. El concepto de culpa ha sido un tema muy discutido más que el dolo,²⁸⁰ pues, durante su evolución ha sido encontrar su justificación, el acto desplegado por el agente no se desea, no se quiere, no se tiene intención de producirlo y no obstante debe ser castigado.

La culpa no siempre ha sido aceptada como especie de la culpabilidad, al afirmarse con el principio *nulla poena sine culpa*, esto es, nadie puede ser sancionado por una acción no querida, ya que en tal caso el agente debe tener la intención de cometer un ilícito, distinguiéndose así, entre el dolo y la culpa, ya que mientras que en el dolo el agente sí quiere la conducta y su resultado; en la culpa el resultado no se quiere, por no representarse en el agente la idea de cometer el ilícito, o presentándosele tiene la esperanza que no se producirá, por ello, en principio se afirmó que no era posible sancionar las conductas culposas.

Al respecto cabe hacer mención, si bien en principio se determinó que éstas conductas no debían ser sancionadas, después de hacer una serie de razonamientos se llegó a la conclusión que deberían ser punibles, aunque si bien, no había el propósito por parte del agente en cometer el delito, éste vulnera un deber de cuidado traducido en un deber de prudencia, previsión, diligencia, y por tal razón debe ser reprochada su conducta, siendo este un aspecto objetivo en donde por el simple hecho de quedar sujetos a los sistemas normativos, “los seres

²⁷⁹ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General, pp. 303-307;

²⁸⁰ Ibidem, p. 310. No faltaron penalistas que como Binding designaron a la culpa “como la hijastra del derecho penal”, por ser un tema despreciado y desdeñado durante siglos.

humanos a quienes van dirigidos los mandamientos tienen la obligación de adecuar su conducta a la formas ideales de comportamiento que se han establecido o, de lo contrario, afrontar las consecuencias que la falta de cumplimiento de la obligación trae aparejada”.²⁸¹

Por consiguiente, Sergio Vela Treviño define a la culpa “como la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento”.²⁸²

Por su parte, Jiménez de Asúa define a la culpa diciendo: “cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo”.²⁸³

Puede apuntarse, la esencia de la culpa está en la voluntaria inobservancia de toda aquella norma de conducta que impone al individuo 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.

La culpa consiste en la violación de la obligación de diligencia y prudencia impuesta por determinadas normas. Concebida de esta manera la culpa, 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.²⁸⁴

²⁸¹ Cfr. Vela Treviño, Sergio. Ob. cit., pp. 231-232

²⁸² Ibidem, p. 245

²⁸³ Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, pp. 371-372

²⁸⁴ Cfr. Ibidem, pp. 372- 377. Asimismo, existen teorías sobre la culpa. La integral de von Liszt, en donde la culpa requiere para su existencia de tres condiciones: “1.-Falta de precaución en la manifestación de la voluntad; es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias. La medida del cuidado se determina, en general, a este respecto según la naturaleza objetiva del acto comprendido, y no según el carácter particular

De esta manera, Francisco Pavón Vasconcelos, define a la culpa "como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible de una acción u omisión voluntaria, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres".²⁸⁵

No podemos pasar por desapercibido los elementos de la culpa, por lo que en breve síntesis señalamos los siguientes:

a) Una conducta voluntaria o voluntariedad de la acción (acción u omisión):

Se requiere en primer lugar que la acción u omisión que realiza el sujeto sea voluntaria, que pueda ser referida a la voluntad del ser humano. La voluntariedad de la acción u omisión o voluntariedad de la causa es elemento común a todos los delitos y debe encontrarse en el delito culposo.

del agente (...). 2.- pero a la falta de precaución debe añadirse la falta de previsión, es decir, que debe de haber sido posible al agente prever el resultado como efecto del movimiento corporal (aunque no se más que en sus trazos generales) y reconocer la existencia de los elementos esenciales del hecho (...). 3.- de este modo se aclara al mismo tiempo el contenido material de la culpa como especie de la culpabilidad. Éste consiste en que el autor no ha reconocido, siendo posible hacerlo, la significación antisocial de su acto a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social. Por lo tanto, en último término, se presenta la culpa como una falta de sentido."; la del acto de voluntad de Binding, Propone los criterios de previsibilidad y evitabilidad para fundamentar la teoría de la culpa. Así en el delito culposo debe de existir, como en el dolo, una voluntad dirigida a una acción antijurídica, pero en el delito culposo el agente desconoce esa antijuridicidad, pero el evento es previsible y evitable, y la culpa se da por existir esa conducta antijurídica que pudo ser prevista y que podía evitarse, por que si se da el caso de que era previsible pero no evitable, no se dará la culpa por faltar uno de los dos elementos mencionados.; la psicoanalítica de Alexander y Sataub, En donde el delito culposo es una acción defectuosa en la que a causa de motivos varios se abre el paso a una tendencia criminal inconsciente. El "super yo" rechaza el acto en absoluto; pero el agotado. El distraído, el enfrascado en una labor difícil, deja la activa vigencia del "super yo", y entonces el "yo" cede por un momento a las tendencias impulsivas del "ello" antisocial, produciéndose así la conducta lesiva. Esta teoría fue rechazada.; y la unitaria o referencia anímica de Mezger, en donde trata de buscar para el dolo y la culpa un fundamento común que a su entender se da en la referencia anímica, pues, tanto el dolo, como en un momento en los delitos culposos, la acción se ha querido, aun cuando el resultado en estos últimos no se ha querido. Criticándose esta teoría ya que no es posible aplicarla a la culpa inconsciente (delitos de olvido) donde es difícil hablar que el sujeto ha querido la conducta, y no el resultado, cuando este último ni siquiera se le ha podido presentar.; Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. pp. 312-313, señala: a) La Teoría del defecto inteligente; b) Teoría de la prvisibilidad y prevenibilidad; c) Teoría del Vicio de la voluntad; d) Teoría de la voluntad indirecta; e) Teoría integral; f) Teoría de la falta de atención; g) Teoría de la referencia anímica; h) Teoría del error, etc.; Ver Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., pp. 120-127

²⁸⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 507

La voluntariedad de la causa en un solo caso quedará excluida: Cuando el movimiento corporal sea consecuencia de la coacción.

b) Un resultado típico y antijurídico: Esto es, el elemento subjetivo del delito presupone necesariamente un hecho típico y antijurídico, lo cual significa que el acontecimiento sobrevive, en nexos causal con la acción u omisión, se adecua perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración.

c) La ausencia del dolo o ausencia de voluntariedad del resultado: Se presenta cuando el sujeto no tiene la intención de realizar el hecho constitutivo de delito, el resultado producido debe ser involuntario. Es decir “la ausencia de la intención delictiva, pues el agente no se le representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca”.²⁸⁶

d) La previsión, o falta de previsión del resultado, cuando uno u otro son deberes que se derivan de la ley o de propia convivencia social.

e) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir, debe de existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión exigida por la norma.²⁸⁷

Clases de culpa

Igualmente, no debemos pasar por desapercibido que la culpa ha revestido diferentes clases, por tal motivo, nos permitimos decir lo siguiente:

La culpa ha sido clasificada de diferentes formas las cuales van desde el Derecho Romano (culpa lata, leve y levísima) hasta la aceptada por la doctrina y la legislación, como grados de culpa, en culpa consciente o con representación, y la culpa inconsciente o sin representación. Sea culpa consciente o inconsciente en

²⁸⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del Delito, p. 59

²⁸⁷ Cfr. Ibidem, pp.59-60; Ver Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., pp.507-508

ambas se presenta la ausencia de voluntad del sujeto, y por tanto existe el deber de prever el evento, sin embargo en la culpa con representación se refleja la posibilidad del evento, es perceptible a través de los sentidos; mientras en la culpa inconsciente no.

A mayor abundamiento la culpa consciente, el sujeto activo al realizar hecho dañoso se le representan las posibles consecuencias que puede producir su acto, ha previsto las consecuencias posibles de su acción u omisión, pero cree razonablemente que no se producirá.

Mezger, afirma: “la culpa consciente se presenta “cuando el actor ha previsto las consecuencias de su hecho, pero por haber desatendido su deber de precaución, ha confiado de que estas consecuencias no se producirán”.²⁸⁸

La culpa inconsciente se da cuando el resultado no se ha previsto, falta en el autor la representación de las consecuencias, que podía y debía prever.

Con base en lo anterior, López Betancourt señala como requisitos de la culpa:

- “1.- La representación con posible resultado, y
2. Esperanza de que no se realizará”.²⁸⁹

Atendiendo a lo anterior, la culpa no solo puede representarse, esto es de manera consciente, sino, además, puede presentarse de manera inconsciente, aunque como afirma Mezger la ley no conoce grados de culpa, existiendo entre culpa consciente e inconsciente una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico-penal; en el caso concreto, puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente.

²⁸⁸ Mezger, Edmundo. Ob. cit., p. 177. Cabe decir que la mayoría de los tratadistas coinciden en su conceptualización ver Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., p. 59; Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 508; López Betancourt. Imputabilidad y Culpabilidad. Ob. cit., p. 121; González Quintanilla, José Arturo. Ob. cit., pp. 379-380

²⁸⁹ López Betancourt. Imputabilidad y Culpabilidad. Ob. cit., p. 122

Es importante mencionar el criterio sustentado por Freudenthal cuando señala: “La opinión dominante en la teoría y la praxis comprueba, donde la culpa viene en consideración, dos casos distintos: primero, objetivamente, si el autor prestó el cuidado in concreto debido para la no realización del tipo. Si la respuesta es afirmativa, entonces la segunda averiguación resulta innecesaria; antes bien, el autor debe ser absuelto. Si la respuesta es negativa, debemos examinar subjetivamente si el autor, de acuerdo con el plexo de su responsabilidad, estaba en condiciones de abstenerse de la realización del tipo. Es decir, sólo entonces estará dada la responsabilidad sin la cual la conducta del autor no puede ser culpable. “El deber de evitar presupone poder evitar”. Tal comprobación individual, naturalmente, no puede ignorar las circunstancias bajo las cuales hubo de obrar el autor”.²⁹⁰

Podemos decir, la culpa objetiva la equiparamos a la culpa consciente y la subjetiva a la culpa inconsciente.

4.6 LA PRETERINTENCIONALIDAD O ULTRAIINTENCIONALIDAD

Los términos preterintencionalidad o ultraintencionalidad fueron utilizados por Carrara, junto al dolo y a la culpa, como forma típica de la participación psicológica del sujeto en el hecho; la doctrina penal se ha referido de igual forma a la preterintención como una tercera forma, la cual puede asumir tal participación psicológica. Se trata de una responsabilidad nacida sólo a título excepcional y no todas las legislaciones la contemplan.

Muy controvertida aparece la naturaleza jurídica del delito preterintencional y el fundamento es atribuirle al sujeto del resultado no querido o de las consecuencias que exceden de su intención. “Se habla de delito preterintencional cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho delictivo, pero se produce uno más grave no abarcado por su intención.”²⁹¹ Dice Carrara por

²⁹⁰ Freudenthal, Berthold. Ob. cit., 77

²⁹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 523

preterintencionalidad se entiende “el hecho en que la voluntad del reo está dirigida a un suceso determinado, pero el evento que se produce es más grave”.²⁹²

De lo anterior desprendemos, para que nazca el delito preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto su intención debe estar a un determinado hecho delictivo, que es querido y la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable; es lo característico de la preterintencionalidad.

Ha precisado la doctrina, además necesitamos de una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.

Brevemente podemos decir, que la preterintencionalidad se presenta cuando el agente al realizar el hecho ilícito, produce al mismo tiempo otro resultado mayor al querido, sin que éste se haya propuesto realizarlo, siendo reprochable su conducta por ambos resultados.

Los elementos de este tipo de delito preterintencional son los siguientes:

a) Un delito-base doloso o delito simple doloso. Esto el agente tiene la intención de cometer un delito, de menor gravedad que aquel que posteriormente se produjo, a diferencia de lo que ocurre en el delito culposo en donde el agente no tiene intención de vulnerar el bien jurídico.²⁹³

b) Un evento no querido. Lo que representa, que el primero de los delitos es querido por el agente, mientras que el segundo que fue más allá al querido no lo previó o se le representó.²⁹⁴

c) Un nexo entre el delito-base doloso y el evento no querido. Esto es, se da una relación entre el primer hecho delictuoso con el segundo no querido.²⁹⁵

²⁹² Román Quiroz, Verónica. Ob. cit., p. 132

²⁹³ Cfr. Ibidem, p. 139

²⁹⁴ Cfr. Idem

²⁹⁵ Cfr. Idem

Referente al delito preterintencional lo divide la doctrina de la siguiente manera:

1. Dolo preterintencional. La doctrina italiana coloca la preterintencionalidad en el mismo dolo, como lo pensó Carrara y Pessina “al indicar que ésta pertenece a la familia de los homicidios dolosos a virtud de que el ánimo del autor se encuentra proyectado a la simple lesión de la persona y, por necesidad absoluta, la causación de la muerte se conecta con dicho ánimo de lesión, presuponiéndose que el acontecimiento de muerte además de no haber sido querido no ha sido tampoco previsto, aun cuando por naturaleza se trata de un acontecimiento previsible”.²⁹⁶

Existe por tanto, para la mayoría de los penalistas italianos, un dolo preterintencional al respecto Florián estima dolo indirecto y Alimena dolo indeterminado, pero difícilmente es admite por Impallomeni, quien habla únicamente del delito preterintencional, el cual es el criterio según Jiménez de Asúa, el correcto.²⁹⁷

2. Mixtura de dolo y culpa, fue una opinión sostenida por Marcelo Finzi en Italia, quien ve un concurso de dolo y culpa en el delito preterintencional, en donde el homicidio preterintencional es una mezcla de dolo y culpa: “dolo respecto a la lesión, culpa respecto de la muerte”.²⁹⁸ Entendiéndose en principio que el sujeto activo tenía la intención de producir una lesión, pero en su mente no pasó la idea de producir la muerte y se produjo a consecuencia de su falta de previsión, y precisamente el dolo se identifica con la intención de lesionar, en tanto la culpa por la falta de previsión que con la lesión podía sobrevenir la muerte.

3. Delitos Calificados por el resultado, la Legislación Penal Alemana, conoce otro sistema de agravación de la pena que la creación de un

²⁹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p.524

²⁹⁷ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, p. 382

²⁹⁸ Ibidem, p. 383

tipo de mayor gravedad, en la concurrencia de algunas circunstancias como la de la preterintención. Entonces este tipo de delito agravado, se califica por el resultado. Por ejemplo: Si el agente sólo tuvo intención de herir o de hacer abortar, etcétera, y resulta la muerte, el efecto se estima como una lesión o un aborto agravado por este resultado. Estos delitos, así calificados por el resultado son tipos excepcionales fundamentados en un criterio injusto y constituyen múltiples casos en la técnica penal alemana.²⁹⁹

Con relación al medio y la preterintencionalidad, para establecerse la falta de dolo en el resultado desmandado, sólo tienen la ley y el juez un recurso objetivo: examinar el medio de comisión empleado por el agente. Si ese medio es adecuado para ocasionar el resultado, habría delito conforme a la intención. Si ese medio no debía razonablemente ocasionar el resultado más grave producido, aparece claro que no existió tal propósito, si la prueba de ese medio coincide, además, con otras que revelan la intención del agente.³⁰⁰

4.7 LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

La exigibilidad de otra conducta tiene su origen doctrinario con Frank Goldschmidt y Freudenthal, en donde consideraron a la exigibilidad como base de la culpabilidad, y la inexigibilidad como causas de exculpación.³⁰¹

Frank, sin hacer mención a la exigibilidad, hace alusión a la normalidad de las circunstancias mediante las cuales el autor obra, como el tercer elemento de la reprochabilidad. Estas circunstancias concomitantes serían anormales desapareciendo la reprochabilidad cuando implicaran para el autor o para un tercero un peligro.³⁰²

²⁹⁹ Cfr. Idem

³⁰⁰ Cfr. Ibidem, pp.385-387

³⁰¹ Cfr. Henkel, Heinrich. "Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo", Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de I F, Colección Maestros de Derecho Penal. No. 17, p.119

³⁰² A las circunstancias concomitantes pueden atenuar la culpabilidad; entonces no existe duda en reconocerles capacidad excluir la culpabilidad. En vista de la objeción de que esas circunstancias concomitantes podrían representar, a lo sumo, un "elemento de culpabilidad" en su "reflejo subjetivo", Frank, en la 8ª- 10ª ed., de su Comentario (1914), No 11, antes del §51, abandona la "motivación normal". En la 11ª- 14ª como elemento positivo de la culpabilidad, a pesar de existir imputabilidad y motivación incorrecta (dolo y culpa), si concurre una causa de exculpación o de

Goldschmidt, tomando como punto de partida la obra de Frank, intenta “reducir la incorrección de la motivación, en el caso de su normalidad, a la infracción de una norma de deber (y procura) atribuirle de *lege ferenda* a la motivación anormal, junto con el estado de necesidad y el exceso excusable en la legítima defensa, el valor de una causa de disculpa general”.³⁰³

Podemos decir, para que una acción u omisión típica y antijurídica sea culpable es necesario que concurra el elemento intelectual de la reprochabilidad. Aunque el sujeto conociera o pudiera conocer que su conducta era ilícita podría no serle exigible actuar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico, en las circunstancias concretas en que se hallaba. Por esto para la concurrencia de la reprochabilidad, además de los elementos intelectual y volitivo, debe existir la exigibilidad de la obediencia al Derecho.³⁰⁴

Una vez definida la culpabilidad como el juicio de reproche que recae sobre el autor de un injusto penal, por no haberse motivado en la norma cuando le era

exculpación de la culpabilidad, como sería el estado de necesidad en los §§54 del C.P. y 67, II de la ley sobre el estado civil. Además, existe también en el campo de la culpa cierto número de excepciones, que ya se hacen notar en su definición. En relación con la culpa, estas excepciones resultarían del grado de las exigencias puestas a la voluntad: y tal grado dependería de las “circunstancias concomitantes”, y determinaría, atendiendo a éstas, el grado de la exigibilidad. Como ejemplo cita el caso del “Leinefänger”-caballo que no obedece a la rienda- (S.T.P., 30, 25) (Nº VIII, 2 al § 51, no sólo el concepto, sino también el grado de la culpabilidad se reduciría a la mayor o menor proximidad de la motivación correcta. En la 15ª-17ª ed., (1924-26), Nº 11 antes § 51, vuelve a aparecer al lado del dolo y de la culpa como elemento positivo de la culpabilidad, la “libertad” o el “dominio sobre el hecho”, el que, sin embargo, *de lege lata*, faltaría en relación al dolo sólo en la hipótesis de los §§ 51, 52 y 54 del C.P. El concepto del “dominio sobre el hecho” viene Hegler. Quien, no obstante, lo concibe como la totalidad de los presupuestos psicológicos de la culpabilidad. A causa de la readmisión de ese elemento positivo de la culpabilidad, Frank declara ahora “superfluo o aun peligroso” el concepto de las causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad”. Esta inclusión de la libertad haría posible la graduación de la culpabilidad, en la cual, sin embargo, también influiría el fin del autor. La más reciente ed., 18ª (1929), Nº II antes del § 51, Nº VIII, 5 al § 59, no sólo mantiene en pleno este punto de vista, sino que lo subraya introduciendo el fin en la definición de la culpabilidad, la que define como “reprochabilidad de una conducta antijurídica según la libertad, fin y significado conocido o cognoscible”. Por primera vez se habla de manera expresa de un momento “normativo” de la culpabilidad, y se le discute. En efecto, se expone, como una cosa aceptada. Que la reprochabilidad de una conducta de alguien presupone una *obligación* de omitir tal conducta. Empero, se niega que de este modo se exija una culpabilidad ética y que la culpabilidad constituya un vicio del carácter.

³⁰³ Goldschmidt, James. La concepción normativa de la culpabilidad, Montevideo – Buenos Aires, Editorial IB DE I F, 2º ed., Colección: Maestros del Derecho Penal, no. 7, 2002, pp. 84-86

³⁰⁴ Cfr. Cerezo Mir, José. Derecho Penal I. Curso de Derecho Penal III. Parte General. Tema 31. “El elemento volitivo de la reprochabilidad”.

<http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000552.pdf>

exigible hacerlo; resulta indispensable entender cuando y en que supuestos una conducta le es exigible a su autor y, por ende, reprochable.

La noción de culpabilidad descansa sobre la idea de la exigibilidad de otra conducta distinta a la realizada por el sujeto en el caso en concreto. Aquí entra la idea que el agente puede tener dos alternativas de actuar.

Consideramos que el planeamiento de la exigibilidad penal trazada en la obra de Freundenthal es una contribución trascendente, pues con ello, fundamenta la base del juicio de reproche. De ahí que la doctrina haya llegado a sostener que la exigibilidad y la culpabilidad normativa nacen conjuntamente y continúan así superpuestas, en todo su desenvolvimiento posterior.³⁰⁵

En definitiva lo cuestionable al agente en el estado de la culpabilidad, es si logró motivarse en la norma, a saber: si pudo actuar de un modo distinto al que obró. Aunque no es fácil aplicar estos conceptos en la práctica, y más de una vez los dogmáticos se encuentran con severos problemas al tiempo de pretender efectuar un juicio personalizado de reproche al autor de un injusto penal. Ello es así, porque la noción de exigibilidad en Derecho Penal, no puede ser considerada aisladamente, sino debe ser concebida en atención a las circunstancias que se presenten en cada caso en concreto, por tratarse de un juicio de reproche personalizado, y como tal, deben ser atendidas las circunstancias dentro de las cuales el sujeto actuó.

“Es aquí en donde comienzan a jugar las posibilidades de actuación alternativa del sujeto, a saber, resultando fundamental efectuar un análisis concreto a fin de determinar que es lo que se puede esperar de él. El enfoque es claro y apunta, de forma irrecusable, al ámbito de cuanto le es exigible por el Derecho al sujeto. Vale decir, se trata de una reflexión valorativa sobre si hubiera podido esperarse de él, según las circunstancias, algo distinto de lo que ha hecho”.³⁰⁶

³⁰⁵ Cfr. Freundenthal, Berthold. Ob. cit., p.29

³⁰⁶ Cfr. Ibidem, pp. 29-30.

Lo esperado en relación a la actuación del agente, es que actúe de manera distinta, siempre que de acuerdo a las circunstancias del caso, sea posible realizar otra conducta diferente a la prohibida por la norma. No habrá culpabilidad, y por ende, juicio de reproche personalizado, cuando no resulte posible exigir al agente una conducta distinta a la que realizó. Es aquí en donde debemos poner atención a la importancia que muestra la idea de la exigibilidad en la noción de culpabilidad. Sin exigibilidad, no hay culpabilidad.

Igualmente, uno de los mayores aportes de Berthold Freudenthal, fue desligar del terreno de la antijuridicidad a la exigibilidad, ubicándola definitivamente en el ámbito de la culpabilidad. No faltaron criterios opuestos que intentaban afirmar que la exigibilidad era uno de los supuestos de las causas de justificación, y de ese modo, en los casos en los cuales no era exigible al autor una conducta distinta, nos encontrábamos con un supuesto de justificación, y no así, de inculpabilidad. Ideas que quedaron atrás, quedando la idea central de Freudenthal que la exigibilidad es presupuesto imprescindible para poder hablar de culpabilidad.

Para Freudenthal, “se trata de una cuestión atinente a la culpabilidad. El contacto entre el poder de actuación alternativa y exigibilidad se convierte, de esta manera, en la ecuación central y decisiva para formular el juicio de reproche. Desvinculada de la teoría de la justificación, la inexigibilidad de otra conducta pasará a gravitar, en adelante, como causa de exclusión de la culpabilidad, asumiendo una nueva inserción sistemática que, en términos generales, es aceptada por la doctrina posterior”.³⁰⁷

En suma, de lo que se trata es poder analizar, cada supuesto por separado, si le era o no exigible a su autor la realización de una conducta distinta a la realizada. Si concluimos en que el agente, dadas las circunstancias en las que se encontraba, podía realizar una conducta alternativa o distinta a saber, podía haber actuado de otro modo distinto al que efectivamente eligió, entonces aquí entra en

³⁰⁷ Ibidem, p. 31

juego la noción de exigibilidad de otra conducta como sustento legal de la idea de culpabilidad de acto.

Ahora bien, asentado los criterios bajo los cuales puede considerarse que una conducta, típica y antijurídica, le es exigible al autor, para ello, el juez debe analizar si al agente le era exigible normativamente un comportamiento diferente al realizado, más aún, cuando entran en juego criterios en torno a la libertad del hombre, a su posibilidad de elegir que conducta realizar frente a una situación típica dada. Sin embargo, hay quienes cuestionan esta idea de la libertad del hombre de poder elegir una actuación diferente; luego, sin libertad no resulta posible hablar de exigibilidad. Ello es así, pues, al hombre, no se le puede exigir actuar de un modo u otro, si su espacio de autodeterminación se encuentra reducido o si, por el contrario, dicho espacio resulta nulo.³⁰⁸

En este sentido se pueden desprender dos clases de exigibilidad: El deber y el poder, la primera significa, todos tenemos la obligación de conocer y respetar la ley y consiguientemente exigibilidad del cumplimiento; la segunda está fundamentada en la reprochabilidad, en orden a la culpabilidad, cuando a un sujeto determinado y en momento también determinado, le era exigible el respeto al contenido de la norma y es precisamente el poder lo que interesa por tratarse de la exigibilidad específica.³⁰⁹

4.8 CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Afirma Mezger, “Aun cuando existan la imputabilidad y la forma de culpabilidad no es indefectible que el autor haya obrado todavía “culpablemente” y, por ello, que sea punible. En efecto, su culpabilidad depende todavía de otra circunstancia: la falta de una exclusión de la culpabilidad”.³¹⁰

³⁰⁸ Cfr. Fazio, Hernán de. “El juicio de Reproche y la Noción de la exigibilidad en la culpabilidad”, www.pensamientopenal.com.art/52fazi.doc.

³⁰⁹ Cfr. Vela Treviño, Sergio, Ob. cit., p. 191; Se ha dicho que fue Goldschmidt quien inicialmente se refirió a los conceptos de deber y poder, en orden a la exigibilidad cuando se ocupa del elemento normativo de la culpabilidad.

³¹⁰ Mezger, Edmundo. Ob. cit., p. 181: Así como una causa de exclusión del injusto puede excluir, en una acción típica, la antijuridicidad, del mismo modo una causa de exclusión de la inculpabilidad puede suprimir la culpabilidad en una acción dolosa (culposa) cometida por un imputable.

Las causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad, impiden la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho de modo que, tanto las circunstancias acompañantes, la motivación normal o la exigibilidad sólo aparecen en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad.³¹¹

Con relación a los casos de inculpabilidad existen varios criterios y entre ellos tenemos a Mezger cuando nos señala las siguientes:

a) El estado de coacción y mandato antijurídico obligatorio. El estado de coacción. Cuando el autor ha sido coaccionado a realizar la acción por una fuerza irresistible o una amenaza que estaba unida a un peligro actual, no evitable de otra manera, para el cuerpo o la vida de él mismo o de un familiar. No se refiere a la *vis absoluta*, ya que se estaría hablando de una ausencia de conducta, en razón de que media la acción corporal de someter a otro en forma inmediata y constrictiva. Más bien se refiere a la *vis compulsiva*, mediante la fuerza que actúa sobre la voluntad del coaccionado. Respecto del mandato antijurídico obligatorio representa una situación de coacción dado que el subordinado tiene que obedecer, acción sigue siendo antijurídica por constituir ella el resultado del conocimiento antijurídico del mandato pero no se puede hacer “reproche” alguno.³¹²

b) Estado de necesidad.³¹³ No procede culpablemente el que actúa en estado de necesidad (...), no existe una acción punible “cuando la acción (...) ha sido cometida en un estado de necesidad no culpable,

³¹¹ Claus Roxin, haciendo referencia a Jeschek, señala Una parte de la doctrina científica distingue entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. En las causas de exclusión de la culpabilidad, entre las que se cuentan la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible, faltaría desde un principio toda culpabilidad, por que el sujeto no podía actuar de otro modo. Por el contrario en las causas de exculpación, entre las que se incluyen sobre todo el exceso en la legítima defensa (§ 33) y el estado de necesidad disculpante (§ 35), quedaría una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de inculpabilidad. § 19, 48, cita 95

³¹² Mezger, Edmundo. Ob. cit., p.182

³¹³ Ibidem, p. 185

no evitable de otra manera, para la salvación de un peligro actual, para el cuerpo o la vida del autor o de un familiar.³¹⁴

Afirma Frank “Si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e impudencia – y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado-, no podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidades el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace.

Excluir el dolo en el sentido ya expresado significa sencillamente ser ilógico, De este error no se hace culpable el que supone que el estado de necesidad excluye la antijuridicidad, por lo tanto, la prohibición dada para situaciones normales no rige en los casos de estado de necesidad, pero insisto en que si se sigue esta doctrina – que según mi opinión es la única correcta- (6) la cual ve en el estado de necesidad sólo una causal de culpabilidad, se está obligado a concebir la culpabilidad de manera que su existencia -su concurrencia- también puede ser tenida en cuenta, por las relaciones en las cuales la acción fue realizada”.³¹⁵

De lo anterior desprendemos que existe una problemática si incluir al estado de necesidad como causa de justificación o falta de antijuridicidad o como causa de inculpabilidad, el problema solamente puede ser resuelto cuando el legislador en forma expresa así lo determine.

- c) Exceso de la legítima defensa. Se presenta cuando “el autor ha traspasado los límites de la defensa, por aturdimiento, miedo o terror. Ello significa lo siguiente: cuando el autor ha hecho más de lo que era “necesario” para defenderse.³¹⁶
- d) La coalición de deberes. En determinadas circunstancias no procede culpablemente quien, en el caso de una colisión de deberes,

³¹⁴ Ibidem, pp.181-188; Vela Treviño señala como casos de inexigibilidad o no exigibilidad de otra: a) El estado de necesidad. “Cuando hay identidad en conflicto, o es superior sacrificado al preservado; b) Temor fundado; y c) Encubrimiento. Ob. cit., 295-319

³¹⁵ Frank, Reihard. Ob. cit., p. 31

³¹⁶ Mezger, Edmundo. Ob. cit., p. 187

no actúa de acuerdo con el deber más alto o equivalente, sino de conformidad con el deber que le corresponde.³¹⁷

e) No exigibilidad de otra conducta”.³¹⁸

Estas causas afectan el aspecto normativo de la culpabilidad, pues, el agente conoce que su actuar es antijurídico y sólo le exculpa la no exigibilidad, por ende, no habrá reprochabilidad.

Por su parte Fernando Castellanos Tena expresa: “Para que un sujeto sea culpable (...) precisa su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad: por lo tanto, la culpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo”.³¹⁹

En estricto sentido afirma el autor en cita, las causas de inculpabilidad serían el error y la no exigibilidad de otra conducta, no obstante que aun existe la polémica de la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, al señalar cual de los dos elementos se anula en presencia de ella, agregando además el caso fortuito.

Mientras, Luís Jiménez de Asúa, comenta que las causas de inculpabilidad o causa de inculpación, son las que excluyen a la culpabilidad, o bien las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.³²⁰ Señalando dos causas de inculpabilidad: genérica una y general otra, con alcances supralegales.

“a) Error, con sus especies y variedades:

a’) De hecho y de derecho.

b’) Eximentes putativas.

c’) Obediencia jerárquica.

b) No exigibilidad de otra conducta”.³²¹

³¹⁷ Ibidem, pp. 187-188

³¹⁸ Ibidem, pp. 389-390

³¹⁹ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., p. 258

³²⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís. Principios del Derecho Penal. La Ley y el Delito, p. 389

³²¹ Ibidem, pp. 389-390

En tanto Francisco Pavón Vasconcelos, siguiendo el pensamiento de Luís Jiménez de Asúa, expresa “con el nombre de inculpabilidad se conciben las causas que impiden la integración de la culpabilidad”.³²² Indicando como causas de inculpabilidad desde el punto de vista genérico:

- “a) El error, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta”.³²³

Tomando como base los anteriores criterios, podemos apuntar, que la no exigibilidad de otra conducta, el error y el caso fortuito son causas de inculpabilidad, por tal motivo procuraremos abordarlos más adelante.

4.8.1 El Error

Por error entendemos aquella falsa apreciación que se tiene de la realidad, de una cosa o de un hecho, lo que constituye un estado positivo. Se ha sostenido que el error y la ignorancia son actitudes psíquicas del sujeto, sin embargo en la ignorancia hay un desconocimiento total del hecho por parte del agente o de una cosa, lo que supone una actitud negativa. “En el causalismo al error lo considera una circunstancia que hace desaparecer el dolo en virtud del desconocimiento por parte del sujeto activo de la antijuridicidad, (...) por lo que si el error es invencible existe la impunidad, y si es vencible aparece la culpa”.³²⁴

Independientemente de lo anterior, surge en el Causalismo la Teoría del Error, dividiendo al error de la siguiente manera:

Error de hecho, este a su vez se subdivide en:

³²² Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p. 535

³²³ Ibidem, p. 536

³²⁴ Plascencia Villanueva, Raúl. Ob. cit. p. 173; Gramaticalmente se entiende por error: error es sinónimo de equivocación, engaño, falla, aberración, desacierto, defecto. Quien se equivoca vive engañado sobre el verdadero sentido de su conducta; no acierta lo que es correcto; se aparta de la normalidad, su acción es defectuosa, sin que el autor lo advierta. Todo ello implica ignorancia, aunque sea parcial, así como quien ignora incurre en error por esa causa. De allí la razón por lo que ley equipara la ignorancia al error, y la doctrina trata sólo acerca del error, incluyendo la ignorancia. Terragni, Marco Antonio. Culpabilidad Penal y Responsabilidad Civil, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1981, p.189

a) error esencial e invencible que consta de la: Legítima defensa putativa; Estado de necesidad putativo, Obediencia jerárquica putativa; y

b) error accidental el cual se divide: en error en el golpe y error en la persona.³²⁵

4.8.1.1 Error de hecho esencial e invencible

Junto con sus diferentes formas afectan el contenido psicológico de la culpabilidad. El error de hecho “se refiere a las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho”.³²⁶ Desde el punto de vista del Derecho Penal consistente “en la representación equivocada de la realidad, equivocación que incide en la esencia del hecho, no en sus accidentes, y que además el sujeto no puede superar porque excede al límite normal previsible”.³²⁷

Podemos decir, que afecta el carácter normativo de la culpabilidad, esto es el agente tiene un falso concepto de las realidad conoce el contenido de la norma,

³²⁵ La mayoría de los autores distinguen entre error e ignorancia; así mientras el error es un conocimiento falso de la realidad; la ignorancia no hay conocimiento. Savigny nos dice: “Solemos no poseer en ocasiones la noción exacta de una cosa, sea porque carecemos de toda idea acerca de la misma, sea porque la que poseemos es equivocada. En el primer caso hay ignorancia; en el segundo error. La apreciación jurídica de ambos estados del espíritu es idéntica en absoluto, y podemos emplear desde luego una u otra frase. Los juristas han admitido la segunda, porque a lo que toca a las relaciones de derecho, el error representa con mayor frecuencia que la simple ignorancia.” Lo que quiere decir que para Savigny es irrelevante hacer el distingo entre una y otra, ya que en todo caso el término ignorancia es más amplio que el error, claro está, sí lo observamos desde el punto de vista civil, sin embargo en materia penal otros autores opinaron que no era necesario ocuparse de la ignorancia en virtud que no existe la intención del agente, para producir un resultado, tan es así que varios códigos la reconocieron. Por su parte, Binding dice que: “todo conocimiento falso supone precisamente, un conocimiento, en tanto que lo no conocido es un conocimiento erróneo. Esto quiere decir que para el autor se pueden usar los dos términos de manera indistinta. Para Rafael Márquez Piñero, la ignorancia “supone la falta absoluta de toda representación, y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo.” Para Carrara – citado por Jiménez de Asúa- la consideró como “un estado negativo del alma”, “consistente “en la ausencia de toda noción” “relativa a un objeto”. Lo importante de estos dos términos en el plano de la culpabilidad, es determinar si la conducta desplegada por el sujeto es o no reprochable. En nuestra opinión si partimos del criterio de que la ignorancia es genérica, entonces podemos decir que la ignorancia puede ser total o parcial; es decir, es total cuando se tenga un completo desconocimiento de la realidad y, parcial se tiene el conocimiento del mismo pero ésta es errónea. Savigny, Friedrich Karl von. Sistema del Derecho Romano Actual. Tomo II. 1879. Suprema Corte de Justicia, México, 2004, pp. 387-388; Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, pp. 390-391; Márquez Piñero. Ob. cit., pp. 390- 391

³²⁶ Savigny, Friedrich Karl von. Ob. cit., p. 389

³²⁷ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob.cit., p. 325.

pero cree erróneamente que su actuar está protegido en la ley, consiguientemente su proceder puede resultar típico, imputable y antijurídico, pero no culpable por no surgir el error de hecho esencial e invencible, como causa de inculpabilidad, destruyéndose el dolo.

Derivado de lo antes indicado, se reconocen como especie de error esencial e invencible las llamadas eximentes putativas.³²⁸ Entiéndase entonces, por “Eximentes putativas: Cuando el agente obra con la creencia errónea, pero seriamente fundada en las apariencias, en los antecedentes, en las circunstancias del caso concreto, de que está amparado por una causa de justificación, cuando efectivamente tal causa de justificación no existe, es decir, no lo ampara, porque no están satisfechas las condiciones exigidas por la ley para que tal causa de justificación proceda”.³²⁹

Reyes Echandía, afirma, “El fenómeno de las eximentes putativas comprende dos especies de error sobre la antijuridicidad, a saber: el que consiste en interpretar equivocadamente un requisito exigido para la configuración de una causal de justificación y el equivocarse sobre el hecho que, de existir en el caso concreto, justificaría la conducta.

Se habla de “putativas” (del latín *putativus*: pensar, reputar) porque la persona piensa erradamente respecto de algo que no corresponde a la realidad, y se tildan como “eximentes” en cuanto exonera la responsabilidad”.³³⁰

Las eximentes putativas, son las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree fundadamente, al realizar el hecho típico hallarse amparado en una justificante.

³²⁸ Eximentes putativas se presentan cuando el sujeto cree fundadamente (en forma esencial e invencible) que se encuentra en algún supuesto de las llamadas causas de justificación. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ob. cit., pp. 325-326

³²⁹ Imputabilidad, la culpabilidad y el dolo.

<http://monografias.com/trabajos32/inimputabilidad- culpabilidad/inimputabilidad/culpabilidad.shtml>

³³⁰ Echandía, Reyes, Alfonso. Ob. cit., pp.190-191; La palabra putativa deriva del latín “Putate”, que significa pensar, creer, suponer o juzgar acerca de algo. (por ej. creer -en condiciones de baja visibilidad- que lo que tiene el sujeto en su mano es un arma de fuego y que con ella apunta al oficial de policía, cuando en realidad era un celular o cualquier otra cosa...), “Caso:La legitima Defensa Putativa”.

<http://www.network54.com/Forum/460750/message/1153435642/Caso+de+Leg%EDtima+ Defensa +PUTATIVA>

Jiménez de Asúa señala “Cabe lo putativo en el cumplimiento de la ley cuando se cree que ésta autoriza un acto que en realidad, no se permite (...)”.³³¹ Entonces podemos decir que el agente realiza una conducta creyendo que su actuar esta debidamente ajustado en la norma, y por ende, su conducta es lícita aún cuando se produzca el daño. Cabe decir que parecería estar en presencia de alguna causa de justificación, sin embargo, si bien existe la intención de realizar una conducta en donde se tiene la falsa apreciación que se va evitar un daño mayor también lo es, que no hay conciencia de lo antijurídico como tampoco existe el dolo, por ende, si no existe la antijuridicidad no estamos en presencia de alguna causa de justificaciones ya que ésta es de carácter objetivo y al no existir dolo tampoco estamos en presencia de una reprochabilidad por que se actúa bajo un error esencial.

Así, encontramos como eximentes putativas: a) La legítima defensa putativa, b) El estado de necesidad putativo y c) La obediencia jerárquica putativa. “Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta”.³³²

a) La legítima defensa putativa. La mas comúnmente invocada de las eximentes putativas es la llamada defensa putativa o inculpable, que se diferencia de la legítima, ya que el agente “cree fundadamente por un error esencia e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una autentica agresión”.³³³ Es decir para que opera la legitima defensa es menester que la agresión sea actual e inminente, y el agente actué realmente repeliendo a dicha agresión entonces, no hay duda estaremos es una legítima defensa, pero en otro sentido puede suceder que el agente cree repeler una agresión real y eminente pudo incluso pensar razonablemente que estaba siendo objeto de una agresión, dadas las

³³¹ Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, p. 404

³³² Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., p.548

³³³ Idem

circunstancias y antecedentes del caso particular y concreto en este sentido existe la defensa putativa.

b) Estado de necesidad putativa denominado también en la doctrina como "derecho de necesidad", "situación necesaria", "estado de necesidad supralegal", suele definirse como una falsa apreciación de peligro actual para los intereses jurídicamente protegidos, en la cual no queda más remedio que el sacrificio de interés jurídico, de bienes jurídicos pertenecientes a otra persona.

Pavón Vasconcelos por su parte expresa "En el estado de necesidad putativa, la creencia de un estado peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos".³³⁴

c) Obediencia jerárquica putativa. Max Ernesto Mayer, señala que la obediencia es en realidad una causa de inculpabilidad. En efecto, cuando el agente ejecuta un hecho típico en cumplimiento de una orden lo hace en la creencia de que lo ordenado es legítimo. Hay entonces un error de hecho que suprime la culpabilidad de quien obra por error; pero el hecho continúa siendo antijurídico y es responsable de él quien lo ordenó.³³⁵

Reyes Echandía manifiesta "En cuanto al cumplimiento de un deber derivado de disposiciones legales, el error puede consistir en que el agente cree equivocadamente estar ejecutando un acto lesivo de ajeno intereses por que así se lo impone una disposición legal, cuando en realidad la norma no se refiere a esa clase de actos o los hechos, no son como lo percibe el agente. (...)

Cuando en el cumplimiento de un deber emana de orden de autoridad, el error ha de referirse a uno cualquiera de los requisitos de esta causal de justificación así: el inferior cree que obedece orden lícita, pero en realidad lleva envuelta la comisión de una infracción penal; considera que se la ha dado un superior jerárquico y en cambio la ha recibido de alguien que no lo es; esta convencido que su superior es competente para emitir la orden y resulta

³³⁴ Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. cit., p. 548

³³⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, p. 406

equivocada la apreciación; piensa que la orden se produjo con las formalidades legales pertinentes, siendo que adolecía de alguna”.³³⁶

En suma, en el error de hecho esencial e invencible es una falsa apreciación de la realidad en el cual hay el nexo psicológico entre el sujeto y su hecho, que no se da en la culpa, aunque exista en esta una actitud psicológica con relación al hecho, se plantea el problema de la exclusión de tal nexo por causa del error.

“En el error esencial se excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa cuando es vencible o evitable”.³³⁷ El error es una causa de inculpabilidad eximente de responsabilidad penal, cuando estén satisfechas las condiciones exigidas para ello. Al respecto Bacigalupo manifiesta – en su obra Principios de Derecho Penal Parte General- la no punibilidad del error de prohibición invencible "será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad. Sea porque cuando el error es inevitable el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea finalmente porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello, en todo caso la exclusión de la punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad (81)".³³⁸

A mayor abundamiento, Frank se ha pronunciado diciendo “El que en estado de necesidad para salvarse de un peligro, realiza una acción normalmente punible, no actúa culpablemente, así como tampoco quien actúa culpablemente, así como tampoco quien actúa en forma idéntica en una situación de defensa necesaria. Aquí falta la culpabilidad, porque no se le puede reprochar al autor haber actuado bajo estas circunstancias.

Si el autor supone en forma errónea estar en peligro, entonces ello puede derivar quizás en algún reproche para él; si el autor no tomó en cuenta la medida

³³⁶ Reyes Echandía, Alfonso. Ob. cit., p.192

³³⁷ Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, p. 400

³³⁸ ¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995? Examen del artículo? Ob.cit.

de atención que se podía esperar de él según las circunstancias del caso. Pero de ahí que, si el autor se salva de tal manera del supuesto peligro como lo tendrá que haber hecho del peligro real, no se le puede hacer reproche alguno la acción necesaria o la acción defensiva realizada en un estado de necesidad o defensa necesaria putativa es considerada en si inculpable. Recién cuando todo se retrotrae a su génesis, surge el error del autor acerca de las circunstancias concomitantes, y la culpabilidad queda al descubierto. En la medida que el error es reprochable, lo es la acción en sí. Se puede llegar por esta vía a una culpabilidad dolosa sólo cuando se supone que el autor dolosamente se ha colocado en ese error”.³³⁹

4.8.1.2 Error accidental.

El error accidental “Se refiere a equívocos del sujeto activo en el curso del proceso causal que no afectan el resultado delictivo, o en relación al objeto o materia sobre la que recae la conducta delictiva, o en la idoneidad de los medios”.³⁴⁰ Al respecto Jiménez de Asúa señala: “(...) D) El error no produce efecto alguno en la culpabilidad, cuando es:

a) Accidental, como en el caso de que afecte a la variación del curso de la cadena de antecedentes y causas, pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado; problema que nos llevaría lejísimos y que entronca con el asunto de la causalidad, (...)”.³⁴¹

Dentro del error accidental puede presentarse error en el golpe³⁴² y error en la persona,³⁴³ en estos no anulan la culpabilidad ni la reprochabilidad, pues existe por parte del agente la intención de querer producir un resultado, empero, la persona u objeto al cual va dirigido falla, produciendo un resultado igual o diferente a un tercero. Nótese, existe la reprochabilidad porque existe una voluntad dolosa que ocasiona una violación al bien jurídico protegido por el Derecho.

³³⁹ Frank, Reinhard. Ob. cit., pp. 51-52

³⁴⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General, p. 327,

³⁴¹ Jiménez de Asúa, Luís. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, p. 400

³⁴² Error en el golpe el sujeto activo dirige su acción a la producción de un resultado, pero se produce otro.

³⁴³ Error en la persona, es semejante al error en el golpe, pues, la acción se dirige contra una persona determinada, pero se confunde esa persona y se daña o lesiona a otra.

Sea error en el golpe o en la persona se razona que lo importante es el *dolo*, la intención de dañar un bien jurídico, el derecho protege a ambas personas o cosas, así que resulta indiferente para considerar el resultado doloso que se dañe a determinado bien jurídico, si se tuvo la intención (dolo) de dañar.³⁴⁴

4.8.2 Error de Derecho

Savigny señala, el error de Derecho se “refiere a una regla jurídica; es decir, al derecho objetivo”.³⁴⁵ Jiménez de Asúa, - citado por Reynoso Dávila- “Para nosotros es posible invocar la ignorancia y el error de Derecho en materia penal, sin recurrir para nada a la analogía e interpretación teleológica, progresiva o restrictivamente el concepto de delito y de dolo:

- a) porque el Código Civil al establecer que la ignorancia de la ley a nadie beneficia, no se refiere a las leyes penales;
- b) porque no hay delito sin culpabilidad;
- c) porque el conocimiento de los hechos y del significado del acto es elemento de la culpabilidad doloso;
- d) porque si la conciencia de que se quebranta el deber es un elemento intelectual del dolo, la inconsciencia impide la imputación jurídica;
- e) porque la imputabilidad requiere comprender la criminalidad del acto y poder dirigir la acción”.³⁴⁶

Por lo anterior podemos decir, que el error sobre la existencia de un precepto jurídico, no produce una causa de inculpabilidad, y por ende, no constituye una eximente de responsabilidad de ahí el principio, *la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha*, tan es así que algunos códigos penales como el nuestro en materia Federal, en su artículo 51 y 52, facultan a los jueces para individualizar la pena del inculpado, tomará en cuenta, la educación, ilustración, usos y costumbres, la magnitud del daño causado, el peligro a que hubiere sido expuesto

³⁴⁴ Orellano Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General, p. 327

³⁴⁵ Savigny, Friedrich Kart von. Ob. cit., p. 389

³⁴⁶ Reynoso Dávila, Roberto. Ob. cit., pp 261-262

y otras circunstancias más para la correcta aplicación de la pena, la cual se impone a su criterio teniendo un margen variable entre un mínimo y un máximo, a fin de que la sanción se aplique de una manera más justa y explicativa.

4.8.3 Caso Fortuito

Como es de advertirse la culpabilidad tiene un contenido psicológico, de tal suerte que si este desaparece se esta totalmente ausente el juicio de reproche, y por ende, no podrá actuarse ni hablarse de culpabilidad.

“La negación de tal factor psicológico da lugar al caso fortuito que viene así a marcar el límite de la culpabilidad: el *casus* es negador del dolo y de la culpa, y por ser esta última especie la más próxima a él en función, como noción puramente negativa que es, del criterio unificador de la culpa: si ésta se basa en el clásico criterio de la previsibilidad, la imposición de prever engendrará el caso, que viene a significar, así suceso o acontecimiento ajeno en la voluntad”.³⁴⁷

Pavón Vasconcelos nos dice, el caso fortuito “es todo aquello que dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana, en tanto Alimena hace radicar la noción del caso en “la imposible previsibilidad del evento”.³⁴⁸ Mientras Carneluti manifiesta: caso fortuito “es el evento que no encuentra causa en la voluntad, y tampoco en otra fuerza conocida; la zona de la sombra proyectada por nuestra ignorancia sobre el campo de la causalidad”.³⁴⁹

Para Antolisei “estima que más allá de la culpa surge el caso fortuito y por tal no debe de entender ausencia de causa, pues, no existe un hecho en el mundo de los fenómenos en la cual no se opere la ley de causalidad; surge el caso fortuito cuando, dándose una relación de causalidad, la acción del hombre interviene en ella para producir el resultado”.³⁵⁰

Cabe decir, que en el caso fortuito la conducta del agente no es punible o reprochada en virtud, de no existir ni dolo ni culpa por parte del autor del hecho, en

³⁴⁷ Díaz Palos, Fernando. Ob. cit., p.47

³⁴⁸ Pavón Vasconcelos. Ob. cit., p. 559

³⁴⁹ Carnelutti, Francesco. Teoría General del Delito, p. 137

³⁵⁰ Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. cit., p. 559

consecuencia no hay un comportamiento que permita considerarse como violación algún bien jurídico.³⁵¹

Luego, el problema es determinar si el caso fortuito es una causa de inculpabilidad o una causa de inimputabilidad, o bien una causa de justificación, al respecto los tratadistas no se han puesto de acuerdo, sin embargo, podemos decir: si no hay culpabilidad no hay responsabilidad, aunque puede existir el hecho y el mismo haya sido realizado por una persona imputable. Como causa de justificación tampoco lo podemos aceptar, en razón que si bien el sujeto realiza un acto aparentemente ilícito éste está justificado por la ley y, por ende, su conducta es lícita, aunado a que el sujeto tuvo el tiempo para poder razonar el hecho e incluso poder evitarlo, lo que en la especie no se da. Más bien adhiriéndonos al criterio del límite de la culpabilidad, podemos expresar que se considera como causa de inculpabilidad, en razón que este tipo de hechos se deben de concretizar de manera individual y le corresponde al juez valorar si en realidad no medió dolo o culpa para producir el resultado, por que en caso de existir éstas, entonces sí estarían en presencia de un delito y por consiguiente la conducta sería reprochable.

4.9 LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Se puede afirmar, que la no inexigibilidad de otra conducta se presenta cuando la conducta del actuar del agente no puede considerársele culpable, porque atendiendo a las circunstancias no se le puede exigir que actúe de una manera distinta.

No debemos pasar por alto lo afirmado por Golsechmidt: “En todos los casos mencionados pueden existir causas que objetivamente excluyen lo ilícito (87) y que subjetivamente excluyan la culpabilidad, pero no hay causas de justificación o de exculpación, respectivamente. De esto resulta que *aunque la*

³⁵¹ Al respecto existen una serie de criterios los cuales los han hecho consistir en los siguientes: Los criterios subjetivos: 1. Ausencia de voluntad en la causación. 2. La fundamentación radica en la no exigibilidad de otra conducta. 3. Error esencial e invencible. El criterio material: como elemento negativo de la conducta y la corriente mayoritaria. Este al caso fortuito como el límite de la culpabilidad. Allá donde termina la culpa, se afirma, surge el caso fortuito. Si éste queda fuera del ámbito de lo culpable no es posible el juicio de reprobación respecto al hecho y a su autor. Francisco Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., pp. 559- 562

“motivación normal” no es el único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad. La “motivación anormal” constituye, empero, el único presupuesto de la no exigibilidad. Bajo este punto de vista, la “no exigibilidad del cumplimiento de un precepto de precaución” (88) puede constituir, por consiguiente, una causa de exculpación que excluya la culpa, y, en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa de exculpación que excluya al dolo”.³⁵²

Freudenthal acepta la existencia de la no exigibilidad de otra conducta, al comentar la jurisprudencia alemana relativa al caso del *Klapperstorch*, aceptó el fallo "por falta de una conducta dolosa" en la partera, pues no se le podía exigir, teniendo en cuenta la situación, que se abstuviera de realizar actos que en otras condiciones, deberían ser punibles.

La no exigibilidad no significa ausencia de una prohibición: al contrario la cuestión de la inexigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la culpabilidad y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho.

El fundamento de esta causa de inculpabilidad es precisamente la falta de normalidad y de libertad en el comportamiento del sujeto.

El caso mas famoso es el *Leinenfänger* “caballo que no obedece las riendas” el propietario de un caballo resabiado y desobediente, ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar el servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse, pero el dueño lo amenazó con despedirle en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El tribunal de Reich niega la culpabilidad del procesado, porque teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle exigido que perdiera su colocación y su pan negándose a ejecutar la acción peligro”.³⁵³

Al respecto Henrich Henkel, señala “Puede imputarse una culpa a aquel que ha realizado sin conciencia ni voluntad un tipo penal – esta es la opinión- sólo

³⁵² Goldschmidt, James. Ob. cit., p. 112

³⁵³ Plascencia Villanueva, Raúl. Ob. cit., p. 175; Goldschmidt, James. Ob. cit., p. 85

en caso de que era de exigirle una conducta diferente. En este terreno. La exigibilidad de otra conducta es derechamente idéntica al elemento normativo de la culpabilidad culposa”.³⁵⁴

Con base en lo anterior, la inexigibilidad tiene su apoyo inicialmente en la culpa, atendiendo a la construcción de Frank y posteriormente se extendió al ámbito del dolo por Freudenthal. En el mismo sentido Henrich Henkel señala “Al respecto se admite mayoritariamente que la exigibilidad pertenecería como elemento positivo al concepto de la culpa, esto es, a la fundamentación de la vulneración del deber del autor, sustentadora del reproche de culpabilidad”.³⁵⁵

Frank, asevera “desgraciadamente (...), en los delitos dolosos, según el estado actual de la legislación y la teoría”, no es posible considerar el conjunto de las circunstancias como excluyentes de la inculpabilidad, lo cual sucede en la legislación y la teoría respecto de los delitos culposos”.³⁵⁶ En tanto, Henkel señala “Si en el ámbito de los delitos culposos ofrece una imagen poco abarcable, tanto más complejas e intrincables se presentan opiniones y los intentos de solución en el campo del *dolo*”.³⁵⁷ En consecuencia, la no exigibilidad de otra conducta tiene su fundamento como causa de inculpabilidad cuando la ley así lo establezca.

Para Mezger –citado por Pavón Vasconcelos- considera que el reproche tiene su punto de arranque en un enjuiciamiento individual de la situación de hecho y del deber que de ella se deduce para el autor. El reproche a título de culpa sólo puede recaer sobre una infracción del deber individualmente fundamentado.

La aplicación de la no exigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad en los delitos de acción dolosa por razones obvias, pues, el agente tiene conciencia del resultado de su acción y por lo tanto su actuar tendrá un juicio de reproche, por ello, su conducta es reprochable. “La no exigibilidad sólo podrá excluir aquí, generalmente, la culpabilidad cuando constituya el fundamento de

³⁵⁴ Henkel, Henrich. Ob. cit., p. 47

³⁵⁵ Idem

³⁵⁶ Freudenthal, Berthold. Ob. cit., p.85

³⁵⁷ Henkel, Henrich. Ob. cit., pp. 47-48

alguna de las causas de inculpabilidad reguladas de modo expreso en nuestro Código, es decir, el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, el miedo insuperable y el encubrimiento de parientes”.³⁵⁸

La aplicación de la no exigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad en los delitos de acción dolosa por razones obvias, el agente tiene conciencia del resultado de su acción y por lo tanto su actuar tendrá un juicio de reproche, por ello, su conducta es reprochable. “La no exigibilidad sólo podrá excluir aquí, generalmente, la culpabilidad cuando constituya el fundamento de alguna de las causas de inculpabilidad reguladas de modo expreso en nuestro Código, es decir, el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, el miedo insuperable y el encubrimiento de parientes”.³⁵⁹

Como se observa la no exigibilidad de otra conducta permite calificar con mas corrección el caso en que estén en conflicto bienes jurídicos de igual valor; porque el estado de necesidad no opera aquí, sino una causa de inculpabilidad al no poderse exigir otra conducta.

En los delitos de omisión dolosos y en los delitos imprudentes, de acción y de omisión, en cambio, debe quedar excluida la culpabilidad en todos los supuestos de inexigibilidad, aunque la conducta no estuviera comprendida en las causas de inculpabilidad reguladas en el Código. En los delitos propios de omisión dolosos la exclusión de la culpabilidad por no exigibilidad de obediencia al Derecho está reconocida incluso expresamente en la ley.³⁶⁰

4.10 CRÍTICA DEL CAUSALISMO NEOCLÁSICO CON RELACIÓN A LA CULPABILIDAD.

La Escuela Neoclásica o neokantiana en nuestra opinión ha sido el eje para el desarrollo de las demás corrientes jurídicas-penal, es un elemento importante que impulsadora de la Teoría del Delito, pues, como es de observarse, la Escuela Clásica, Neoclásica y Finalista consideran como elementos del delito a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad siendo éstas las características que

³⁵⁸ Cerezo Mir, José. Ob. cit.

³⁵⁹ Idem

³⁶⁰ Idem

convierten a una acción en un hecho ilícito; estos elementos están relacionados de manera lógica, en otras palabras la tipicidad deberá estudiarse antes de la antijuridicidad y ésta antes de la culpabilidad.

Schmidhäuser autor alemán pretende “llevar a cabo una tarea de sistematización de los diferentes caracteres del delito tomando como premisa fundamental el criterio teleológico de ordenación marcado por la consecuencia jurídica (22). De esta forma intenta realizar una superación de las tesis: causal y final de acción. En este sentido, todos los elementos de la estructura del delito se interpretan en atención a la función que prestan en orden a la ulterior determinación de la pena "justa". Tomando como base este criterio rector, es decir, en el reconocimiento de la relación material entre hecho penal y pena como idea rectora de la construcción sistemática, la estructura del delito viene conformada por tres conceptos fundamentales: injusto típico, culpabilidad típica y necesidad de pena, también típica (23). El injusto es definido como conducta voluntaria, o de la voluntad, lesiva de un bien jurídico; y la culpabilidad como comportamiento espiritual lesivo de ese bien jurídico, esto es, como ánimo injusto (24)”.³⁶¹

De la lectura, podemos otra vez resaltar la importancia de la teoría neokantiana en este caso con la teoría finalista, en el cual vuelven conservar los elementos de lo injusto y de la culpabilidad, en donde el injusto debe el agente conocer lo antijurídico y con su conducta vulnerar el bien jurídico protegido.

Por consiguiente, es la culpabilidad uno de los temas mas controvertidos dentro de la Teoría del Delito, este elemento ha sufrido varias modificaciones en su concepción, pasando –como ya se dijo- desde una tesis psicológica en donde la culpabilidad es entendida como relación psíquica, sin contemplar el aspecto valorativo, lo que significaba que el dolo es parte integrante de este.

Luego, los neoclásicos, “entienden a la culpabilidad como una categoría de valor –como ya se dijo- siendo ésta congruente con la reprochabilidad (juicio de

³⁶¹ Borja Jiménez, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España.
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Borja2.pdf>

reproche), y no es congruente en cambio con aspectos psicológicos como el dolo y la culpa”.³⁶²

Con base en lo antes dicho, el juicio de reproche perteneciente a la culpabilidad, es un aspecto normativo, en tanto el dolo y la culpa son aspectos ontológicos, de ahí que al considerarse a la culpabilidad –normativamente- como reprochabilidad, debían desaparecer de ella los aspectos ontológicos, en este caso el dolo y la culpa; es así que la culpabilidad se comprende el juicio de reproche.

En efecto, sólo el dolo y la culpa, concebidos como especies de culpabilidad llenan el contenido de ésta. La insuficiencia de esta concepción para ofrecer respuestas a cuestiones de importancia trascendental, justificó que Frank propusiera la concepción normativa, incluyendo en el ámbito de la culpabilidad, por un lado, la imputabilidad, y por otro las circunstancias que acompañan al hecho (circunstancias concomitantes), hasta llegar a una tesis predominantemente normativa, es decir, la culpabilidad entendida como juicio de reproche que supone la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta y que el ámbito de autodeterminación del sujeto haya tenido cierta amplitud. ¿Cuál sería entonces el desacierto de dicha posición? En la medida que fue adaptada la culpabilidad en un contexto puramente normativa, el dolo y la culpa ya no tienen razón de ser como elementos de la misma, porque lo buscado es que el sujeto obre conforme a la norma, además la culpabilidad -al igual que los neoclásicos - la fundan en la libertad del ser humano (libre albedrío). Entonces se dice “que el dolo y la culpa no pueden ser especie o formas de culpabilidad, hay que recordar que el dolo y la culpa no son formas de culpabilidad, comenzando por que existen comportamientos perfectamente dolosos que sin embargo no son culpables, piénsese por ejemplo en la legítima defensa, en el estado de necesidad o en el ejercicio de un deber; en todas estas figuras tiene lugar un comportamiento doloso, y no por ello se trata de comportamientos culpables, no son formas de culpabilidad dolosa.

³⁶² Quintino Zepeda, Rubén. Ob. cit., p. 172

La culpabilidad entendida como reprochabilidad, es el resultado de evaluar si un sujeto, infractor de la norma penal, debía y además podía conducirse de modo que no infringiera la norma penal. Más concretamente, el deber y el poder en sí, constituyen los dos elementos integrantes del denominado juicio de reproche.

Igualmente es innegable, aún cuando el finalismo se impuso, este al igual que el causalismo no puede brindar una justificación terminante respecto de los delitos imprudenciales y los de omisión al no encontrar la finalidad. Welzel al principio habló que en los delitos dolosos había una finalidad de acto y en los culposos una finalidad en potencia, cuestión que luego -con el apoyo de Kaufmann y otros varió definiendo lo culposo como una infracción al deber de cuidado".

Podemos anotar, la culpabilidad desde el punto de vista normativo, el criterio dominante la considera como juicio de reproche, con el cual estamos de acuerdo, en razón -como ya lo señalamos- que el sujeto tiene la posibilidad de comprender lo antijurídico de su conducta y además, las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de libertad por debajo de un umbral mínimo, criterio que fue tomado en cuenta por los finalistas.

Luego, si bien, al dolo y a la culpa se les ubica en la Escuela Clásica y Neoclásica como elementos de la culpabilidad, no siempre exigieron al agente que actuaba de manera dolosa tuviese una efectiva consciencia de la antijuridicidad, sino que hubo algunas que al lado del dolo -pero fuera de él- ubicaron el requisito de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, entendido como conocimiento potencial o posibilidad de conocimiento.

El hecho de haber ubicado al dolo y a la culpa la escuela psicológica como elementos de la culpabilidad no es desacierto, pues si tomamos en cuenta que retoma el aspecto psicológico en donde se necesita un nexo objetivo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado es viable hablar del dolo y la culpa como elementos de culpabilidad, pero con la diferencia que en el causalismo neoclásico, el actuar del agente es un nexo de causalidad entre la acción del hombre, fundamentándose en la reprochabilidad, traducido en una valoración

normativa, y esta valoración -como ya se dijo- es el juez quien debe constatar de que al agente en el momento de realizar el hecho delictivo le era posible actuar de diferente manera.

Si bien los finalistas al dolo y a la culpa los desplazan al tipo y entienden a la culpabilidad en términos de una estructura meramente normativa-objetiva-subjetiva, lo cierto es, que siguen conservando a la culpabilidad pero ahora con carácter puramente normativo, es decir, a un puro juicio de valor, eliminando todo aspecto psicológico de la culpabilidad, trasladando a estos a la acción, quedando entonces, como un compendio de elementos, todos ellos, valorativos, que permiten reprochar el hecho antijurídico del autor(1001).³⁶³ Todo el objeto de reproche, se encuentra en el injusto, y en la culpabilidad sólo quedan condiciones que permiten atribuirlo a su autor, de esta forma, el autor de una acción típica y antijurídica, será culpable si podía motivarse por la norma, esto es, si podía obrar de otra manera.

Este reflejo en la vertiente de la culpabilidad es una prueba más de la repercusión que tiene en todos los elementos del delito la opción del penalista ante las distintas concepciones de la acción. El dolo sigue siendo la forma más grave de culpabilidad y será en este nivel donde se analice con mayor profundidad.

Al dolo como conciencia de la antijuridicidad y a la culpa, con la problemática que al no existir conciencia de lo ilícito del acto se castiga con base en el resultado, mientras los finalistas sanciona la forma de como se causó el resultado, con esto de alguna manera queda resuelto la problemática de que si una persona viola un deber de cuidado tiene que ser sancionada, aunque ahora se justifica como el resultado final.

Señala Silva Sánchez –citado por Emiliano Borja Jiménez Borges-. “El dolo, de otra parte, ocupa una doble posición, determinando el sentido y la propia significación de la tipicidad y fundamentando el desvalor del ánimo como momento

³⁶³ Cfr. Sainz Cantero, J.A. Principios de Culpabilidad y la Residencia en el Derecho Español, Tesis Doctoral, Director Enrique Bacigalupo Zapater.
<http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/CULPABILIDAD%20principio%20de.pdf>

del juicio de culpabilidad. Además, las tesis que calificaban la culpabilidad como juicio de reproche se encuentran cada vez más desplazadas en favor de una concepción social, pero también normativa de la misma”.³⁶⁴ Esto quiere decir, que vuelve a tomarse en cuenta el aspecto normativo de la culpabilidad al igual que la finalista.

Es evidente además, respecto de la imputabilidad otras escuelas, la incluyen como elemento de juicio de reproche, al igual que en la época neoclásica, pues, para que la conducta ilícita sea punible es menester que el sujeto del delito tenga capacidad de comprender lo injusto de su actuar y, la exigibilidad de la conducta sea conforme a lo previsto en la norma penal, siendo lógica dicha posición porque primero una persona para ser sujeto de la reprochabilidad, debe ser imputable, consecuentemente todas las corrientes coinciden -criterio a la cual nos adherimos-, en la existencia de causas de inimputabilidad, las cuales traen como consecuencia la falta de reprochabilidad. Sumado, además las causas de inculpabilidad en donde se excluye igualmente el juicio de reproche.

La Escuela Finalista, respecto del error sobre el dolo se llamará error de tipo y el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad, que está en la culpabilidad, se llamará error de prohibición. La participación sólo cabe en el hecho doloso; el autor será quien tenga el dominio del hecho; se crea el injusto personal que notorio el desvalor de la acción, frente al desvalor del resultado, teniendo que estar relacionados por una causa. La culpabilidad estaba compuesta por: la imputabilidad y conciencia de la antijuridicidad, aceptándose la no exigibilidad de otra conducta. Esta culpabilidad es sinónimo de reproche.

Conforme a la doctrina clásica, el comportamiento sería legítimo, por cuanto objetivamente se obró en legítima defensa; para los finalistas, antijurídico, por cuanto se analiza el comportamiento en forma unitaria, donde lo objetivo y lo subjetivo se valoran como un todo; en la hipótesis el sujeto no se defiende, quiere matar. La antijuridicidad enriquece así su naturaleza, ya que no sólo comprende el desvalor del resultado, como sucedía antes, sino también el desvalor de la acción.

³⁶⁴Idem

El tipo penal, además, vuelve a ser indicio de la antijuridicidad (*ratio cognoscendī*) y no *ratio essendi* de ella.³⁶⁵

Los finalistas identifican la noción de dolo con la de finalidad. La finalidad es el dolo, voluntad de concretar la acción y de lograr el resultado, dolo que -como se observa- integra el tipo y no la culpabilidad. Los casualistas, al marginar el concepto de acción toda su parte subjetiva, la que trasladan a la culpabilidad, tenían que insertar el dolo en la culpabilidad.³⁶⁶

Consideramos, si fue o no acertada la corriente neoclásica, lo cierto es, que ésta ha sido el fundamento para que surgieran otros criterios como lo es, la finalista, sin embargo, podemos llegar a la conclusión, en el campo de la ciencia penal no hay verdades absolutas para todo tiempo y lugar. La orientación de cada escuela. De cada tratadista para tener aspectos de exactitud dependerá, en nuestra opinión, de los movimientos que la legislación penal que sirve de base a cualquier construcción sistemática, porque de lo contrario conduciría a una teoría abstraída de la realidad vigente y por tanto inútil.

³⁶⁵ Cfr. Vivían Balldimore. Ob. cit.

³⁶⁶ Idem

CAPÍTULO V

EL PAPEL DEL DERECHO PENAL EN LOS PROCESOS ELECTORALES

En el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra previsto el principio de soberanía; la única fuente legítima del poder público y de la autoridad política que es el representante del pueblo. El pueblo ejerce su soberanía a través de los Poderes de la Unión, por lo que su elección y renovación sólo es posible con la participación ciudadana.

Para cumplir dicho fin el Estado debe facilitar a la ciudadanía los medios necesarios, así como las formas de manifestarse; para lograrlo y poder renovar a sus representantes legislativos y ejecutivos es ineludible poner en práctica los procedimientos de elección, y en ejercicio la función electoral, para garantizar los derechos políticos electorales de los ciudadanos.

A través del Derecho se garantiza la paz social y la protección de los intereses sociales. El Derecho electoral como instrumento integrador y regulador de los procesos electorales garantiza la legitimidad en la elección de los representantes populares, condición necesaria para la constitución de un gobierno legítimo y representativo, que es uno de los más altos intereses sociales.

El Gobierno es legítimo cuando se han seguido los lineamientos establecidos en las leyes creadas para ello, y conforme lo estipula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 40 y 41; cuando se vulneran dichos lineamientos, entonces, la ciudadanía se siente defraudada, creándose un ambiente de desconfianza y, por ende, gran parte de la población no va a reconocer la legitimidad de sus representantes trayendo como consecuencia en todos los niveles una desestabilización político-social; por ello es importante, que al llevarse a cabo los procesos electorales se realicen dentro del marco de la legalidad y transparencia y evitar se realicen conductas antisociales que lo empañen.

Bajo esta sugerión, la función electoral y los procesos electorales, necesarios para la elección de diputados, asambleístas, senadores, gobernadores y presidente de la República, serán legítimos cuando en su desarrollo se ajusten a los principios de

constitucionalidad y legalidad: principios que en nuestro sistema jurídico están garantizando la prevención de conductas antisociales o ilícitas y con ello, la realización de procesos electorales transparentes.

5.1 MARCO CONCEPTUAL

5.1.1 Sociedad

El hombre, entendido como un ente bio-psico-social, único e irrepetible, cuyo valor es intrínseco e infinito, es un ser gregario por naturaleza, hecho que implica una necesidad de agruparse con sus semejantes.

Guillermo Cabanellas –citado por Miguel Ángel Granados Atlaco- nos da las siguientes acepciones de la palabra sociedad:

“En sentido muy amplio, cualquier agrupación o reunión de personas o fuerzas sociales.// Conjunto de familias con un nexo común, así sea tan sólo el trato.// Relación entre pueblos o naciones.// Agrupación natural o convencional de personas con unidad distinta y superior a la de sus miembros individuales, que cumple con la cooperación de sus integrantes, un fin general, de utilidad común”.

En lo jurídico, un aforismo romano reclamaba “*Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflutum* (La sociedad es un cuerpo místico compuesto por varias personas). Jorge Adame Goddard nos señala: Sociedad (de la palabra latina *societas* [de *secuis*] que significa reunión, comunidad, compañía.) a la sociedad puede definirse metafóricamente como “la unión moral de seres inteligentes del acuerdo estable y eficaz para conseguir un fin conocido y querido por todos. Se dice que la sociedad es una unión moral porque requiere de acuerdo libre e inteligente de varios hombres para conseguir un fin común. El fin puede ser de muy diversa naturaleza: mercantil, política, cultural, educativo, recreativo, etc. La sociedad se integra por hombres, seres racionales y libres.”³⁶⁷

Sin entrar en polémicas ni abundar en otros conceptos por no ser la materia central del presente trabajo, únicamente nos limitaremos a decir, y siguiendo a

³⁶⁷ Granados Atlaco, Miguel Ángel, Derecho Penal Electoral Mexicano, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 2005, p. 2-3

Granados Atlaco que sociedad “es el conjunto de seres humanos que comparten un ámbito especial, una cultura y un haz teleológico, encaminado a la obtención de una auténtica convivencia”,³⁶⁸ en otras palabras la sociedad es un conjunto de personas que habitan en un territorio y se identifican por sus diferentes formas de pensar y costumbres, las cuales estarán sujetas a normas jurídicas cuyo fin es la existencia entre ellas para una buena convivencia.

5. 1.2 Estado

El Estado es un concepto político³⁶⁹ que se refiere a una forma de organización social soberana de un territorio determinado.

El concepto de Estado difiere según los autores, pero normalmente se define “como el conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad, teniendo soberanía interna y externa sobre un territorio determinado. Max Weber, en 1919, define el Estado como una organización que reclama para sí -con éxito- el "monopolio de la violencia legítima"; por ello, dentro del Estado se incluye instituciones tales como las fuerzas armadas, la administración pública, los tribunales y la policía, asumiéndole al Estado las funciones de defensa, gobernación, justicia, seguridad y otras como las relaciones exteriores. (Es como un grupo de personas que se unen para crear reglas).³⁷⁰

Fischbach –citado por Miguel Ángel Granados Atlaco- “Define al Estado en función de la convivencia humana que ha alcanzado un grado de elevación condicionado a las circunstancias de cada época y país”.³⁷¹

Al mismo tiempo, el Estado moderno se basa en tres elementos: población, territorio y poder público. Con relación al primero” se encuentra conformado por todas

³⁶⁸ Ibidem. p. 3

³⁶⁹ La Política es el arte del poder. EL Derecho es la ciencia del orden. Es la Política el orden de lo razonable y es el Derecho el arte de lo racional. González de la Vega, Rene. Derecho Penal Electoral, Ed. Porrúa, 5ª Edición, México, 2001, p. 2; Política: Todo lo que tiene que ver con los asuntos públicos o del Estado. Instituto Federal Electoral, El orden político democrático, Apuntes de cultura democrática No. 2. México, 1999, p.32

³⁷⁰ Estado. <http://es.wikipedia.org/wiki/Estado>. Asimismo, como evolución del concepto se ha desarrollado el “Estado de Derecho” por el que se incluyen dentro de la organización estatal aquellas resultantes de la división de poderes, (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras funciones más sutiles, pero propias del Estado, como la emisión de moneda propia.”

³⁷¹ Granados Atlaco, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 4

aquellas personas ubicadas bajo el ámbito de competencia e imperio del Estado, sin importar necesariamente su nacionalidad, aunque debe puntualizarse que los oriundos de tal ente jurídico representan la parte neurálgica de este elemento”.³⁷² En nuestro sistema jurídico mexicano está regulado en el artículo 30 de nuestra Carta Magna, señalando quienes son ciudadanos mexicanos por nacimiento o por naturalización y a su vez el artículo 34 prevé los requisitos para que un ciudadano mexicano pueda ser considerado como tal, es decir, cuando llega a la mayoría de edad. Y como consecuencia se le otorgarán prerrogativas conforme al artículo 35 del mismo ordenamiento entre ellas, tenemos: votar y ser votado, asociarse individual y libremente para tomar parte en los asuntos políticos del país; y a su vez el artículo 36 le regula sus obligaciones como ciudadano de la República entre una de ellas tenemos votar en las elecciones populares en los términos que señala la ley.

En el segundo elemento, es decir, el ámbito espacial o territorial el artículo 42 señala que comprende nuestro territorio nacional.

Por último el poder público³⁷³ se ubica con las instituciones que cumplen directamente con las funciones que competen a dicho poder, entendido como elemento del Estado, “siendo el medio a través del cual esa organización jurídica logra sus objetivos y cuenta además con una legislación vinculada al pacto social, el cual representa a su vez el punto de partida del poder estatal”.³⁷⁴

5.1.3 Soberanía

“La soberanía constituye el supuesto fundamental del Estado, a la vez que su caracterización específica o individualizadora, dado que la convierte en una entidad diferente de cuantas se encuentran en su seno o frente a ella”.³⁷⁵

Así, la soberanía es el ejercicio de la autoridad soberana y reside en el pueblo, ejerciéndose a través de los poderes públicos (poder ejecutivo legislativo y judicial)

³⁷² Ibidem, p. 5

³⁷³ Miguel Ángel Granados Atlaco, señala: El poder público es un poder que se atribuye a la comunidad en su conjunto: es consecuentemente, considerado unitario. El poder público, es además, exclusivo (Kelsen). (...). En un sentido más restringido, también se ubica al poder público identificándosele con las instituciones que cumplen concretamente con las funciones que competen a dicho poder, entendido como elemento del Estado. Ibidem, p. 8

³⁷⁴ Granados Atlaco, Miguel Ángel, Ob. cit, p. 8

³⁷⁵ Ibidem, p. 9

de acuerdo con su propia voluntad y sin la influencia de elementos extraños. También la palabra "soberanía" se conceptualiza como el derecho de una institución política de ejercer su poder. Tradicionalmente se ha considerado que tres son los elementos de la soberanía: territorio, pueblo y poder.³⁷⁶

Reflexionar sobre la Soberanía, en el contexto actual, es un ejercicio que debe realizarse cotidianamente. "Este "poder de mando y dirección en última instancia, caracterizado por su unidad, individualidad, centralidad, inalienabilidad e incondicionalidad (...) está relacionada con la esencia de la política: el orden en el plano interno; la guerra en el plano externo". En base a este concepto, la Soberanía cuenta con tres objetivos básicos: "a) la transformación de la fuerza bruta (Macht) en dominio (Herrschaft), b) la conversión del poder de hecho en poder de derecho y, c) la asignación proceso político de una estructura normativa capaz de proporcionar la conjugación de estabilidad con cambio y legalidad con legitimidad(1)".³⁷⁷

Por consiguiente, "todas nuestras instituciones deben regirse por el mismo principio de Soberanía que permita explicar la aparición del Estado, pues en virtud de ella el pueblo decide unirse y adoptar determinada forma de gobierno, nombrando en consecuencia sus gobernantes. Es por ello, que se deben establecer prerrogativas inherentes a la soberanía del Estado, es decir, disposiciones constitucionales que le convengan, siempre que no sean contrarias a las garantías que la propia Constitución le otorga (2)".³⁷⁸

A mayor abundamiento el artículo 39 de nuestra Carta Magna señala: "La soberanía nacional reside esencialmente y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para el beneficio de éste. El pueblo tiene en todo el tiempo inalienable derecho de alterar o modificar la forma de gobierno." Mientras el artículo 41 señala: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los

³⁷⁶ Soberanía. <http://es.wikipedia.org/wiki/Soberan%C3%ADa>

³⁷⁷ Exposición de motivos que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y de la Ley General de los Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, a Cargo del Diputado Eduardo Sergio de la Torre Jaramillo, del Grupo Parlamentario Alternativa, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2223-III, jueves 29 de marzo de 2007,

<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070329-III.html>

³⁷⁸ Idem

Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto Federal.

5.1.4 Gobierno

El gobierno (del griego κυβερνάω "pilotar un barco"), en general, consiste "en la conducción política general o ejercicio del poder del Estado. En sentido estricto, habitualmente se entiende por tal al órgano (que puede estar formado por un Presidente o Primer Ministro y un número variable de Ministros) al que la Constitución o la norma fundamental de un Estado atribuye la función o poder ejecutivo, y que ejerce el poder político sobre una sociedad.

En términos amplios, el gobierno es aquella estructura que ejerce las diversas actividades estatales, denominadas comúnmente poderes del Estado (funciones del Estado). El gobierno, en sentido propio, tiende a identificarse con la actividad política.

El gobierno no es lo mismo que el Estado, está vinculado a éste por el elemento poder. El gobierno pasa, cambia y se transforma, mientras que el Estado permanece idéntico. En ese sentido, el gobierno es el conjunto de los órganos directores de un Estado a través del cual se expresa el poder estatal, por medio del orden jurídico. Puede ser analizado desde tres puntos de vista: según sus actores, como un conjunto de funciones, o por sus instituciones".³⁷⁹

Nuestra Carta Magna preceptúa en el artículo 40 que: "Es voluntad de pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de ésta ley fundamental".

³⁷⁹ Gobierno. <http://es.wikipedia.org/wiki/Gobierno>

5.1.5 Democracia

En sentido amplio, Democracia es una forma de organización de grupos de personas, cuya característica predominante es que la titularidad del poder reside en la totalidad de sus miembros, haciendo que la toma de decisiones responda a la voluntad general.

En sentido estricto la democracia es una forma de gobierno, de organización del Estado, en el cual las decisiones colectivas son adoptadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta que le confieren legitimidad al representante. En sentido amplio, democracia es una forma de convivencia social en la que todos sus habitantes son libres e iguales ante la Ley.

Por su parte Granados Atlaco indica, “la democracia, es la forma de gobierno en que la soberanía no sólo deriva en principio del pueblo, sino que también es ejercitada realmente por él, a través de los órganos que para ello se crean”.³⁸⁰

De lo antes dicho podemos apreciar que la democracia tiene como característica que su legitimidad se sustenta en la voluntad del pueblo. “Democracia es gobierno del pueblo”.³⁸¹

Para fines de presente trabajo tomaremos como concepto de democracia lo preceptuado en el artículo 3º Fracción II inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "(...) considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; (...)".

Cabe resaltar “En México, la Democracia constituye un instrumento de control político y social cuya aspiración consiste en la búsqueda de una representatividad en las diferentes instancias gubernamentales que permita el desarrollo colectivo y da cabida a las más variadas ideologías y maneras de concebir el fenómeno político”.³⁸² Para lograr la Democracia desafortunadamente en México, como en otras partes del mundo, los Partidos Políticos a través de sus procesos internos para elegir a sus

³⁸⁰ Granados Atlaco, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 13

³⁸¹ Instituto Federal Electoral., El voto y la representación democrática. Apuntes de cultura democrática No. 3, México. 2000, p. 8

³⁸² Granados Atlaco, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 16

candidatos se valen de procedimientos fraudulentos que si bien están sustentados en la ley y en sus reglamentos internos, por lo general los candidatos electos, no son el clamor de la base política.

Tres valores básicos tiene la democracia moderna y de su principio constitutivo (soberanía popular): la libertad, la igualdad y la fraternidad.

1. “Las libertades democráticas tienen al menos dos sentidos; el primero remite a la posibilidad de actuar sin interferencia ni amenazas; en este sentido por libertad se entiende que cada individuo goza del derecho a realizar determinadas actividades sin que nadie (...) se le impide (...); en un segundo sentido de libertad democrática según el cual significa autogobernarse o autodeterminarse y por lo tanto, de asumir como legítimos sólo las obligaciones y vínculos que cuenten con su aprobación tácita o explícita (...) este sentido de libertad supone el derecho de cada individuo de participar en la elaboración y adopción de las decisiones colectivas de ser ciudadano políticamente activo (...). Por lo que se puede decir que este criterio de autodeterminación es lo que sostiene el principio democrático de la soberanía popular.

La libertad como participación en las decisiones políticas, la libertad ciudadana en el sentido estricto, implica, pues el derecho; pero además el compromiso ético y político de participar, so pena de que esas decisiones aparezcan como impuestas e ilegítimas, lo que normalmente ocurre.

2. La igualdad política de la democracia es el segundo valor fundamental de la democracia moderna (...) este valor no significa que se concilien todas las diferencias e incluso desigualdades de corte económico, social, cultural o físico, sin que ninguna de tales diferencias o desigualdades puede legitimar el dominio de unos seres humanos sobre otros y por ende, la preeminencia política de los primeros sobre los segundos. Por eso es un principio básico de los procedimientos democráticos que cada ciudadano tenga derecho a un voto y sólo a un

voto, y que ningún voto valga más que los demás. Todos los ciudadanos gozan de los mismos derechos y obligaciones.

3. Fraternidad como valor democrático. Es afirmar el valor de la fraternidad que todos los seres humanos deben tratarse como hermanos significa en primer lugar en enfatizar los valores (...) de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Pero significa algo más que resulta importante para el buen funcionamiento democrático”.³⁸³

En este sentido, elevar la calidad de la Democracia en nuestro país ha producido diversos cambios en las instituciones del Estado como la relación más estrecha y equilibrada entre los poderes y las entidades federativas; en nuestro actual contexto el Poder Legislativo mexicano, tanto federal como local ha tenido que adecuar sus estructuras y actividades, acercándose a todos aquellos actores que colaboran en su transformación.

“En México "la democracia debe ser un régimen político exigente", pues, no sólo exige comportamientos coherentes con los objetivos definidos a través de la libre competencia electoral. Es exigente, sobre todo, porque quiere que esos comportamientos tengan un funcionamiento ético, de moralidad pública, de respeto a los principios críticos, la democracia no es un régimen político privado de un cuerpo de principios éticos y basados de relativismo absoluto. (5)

Por otra parte el sistema electoral es el pilar institucional de la democracia, para ello se requiere de un sistema de representación que evite la existencia de un estado con pretensiones de monopolios y facultades expropiatorias ilimitadas. Se necesita un sistema electoral fiable, que realmente haga cumplir las garantías fundamentales de sus gobernados”.³⁸⁴

³⁸³ Woldemberg Salazar, Luis. Principios y Valores de la Democracia. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Instituto Federal Electoral, 1996, p. 16-24

³⁸⁴ Exposición de motivos que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y de la Ley General de los Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, a Cargo del Diputado Eduardo Sergio de La Torre Jaramillo, del Grupo Parlamentario Alternativa, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados

5.2. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PAPEL DEL DERECHO PENAL EN LOS PROCESOS ELECTORALES

5.2.1 Concepto de Derecho Electoral

La doctrina aun no ha brindado un concepto incuestionable de lo que es el Derecho Electoral, más bien existen diversos conceptos sobre el mismo, así Francisco Berlín Valenzuela -citado por Miguel Ángel Granados Atlaco- afirma, “el Derecho Electoral está constituido por el conjunto de reglas destinadas a definir la cualidad del ciudadano, diferenciar los diversos tipos de elecciones y reglamentar el desarrollo del escrutinio. Estas reglas varían en el espacio y en el tiempo, pues son un reflejo de la naturaleza profunda de los regímenes políticos que las aplican. El Derecho Electoral tiende a regular la participación de grupos políticos ideológicamente opuestos que desean la conquista del poder político para encumbrar a una persona o realizar un determinado programa”.³⁸⁵

José Jesús Covarrubias Dueñas lo concibe como “el conjunto de normas, principios y valores de derecho positivo y consuetudinarias que tienen como propósito la regulación de las formas, procesos y procedimientos a través de los cuales se transmite el poder en México; establece las garantías político electorales, tanto para la administración como para los que gobiernan, protegen, y controlan la constitucionalidad y la legalidad de los actos y resoluciones electorales, tanto de los entes Federados como de la Federación, el catálogo y protección de los derechos políticos y las formas de participación ciudadana dentro de la constitucionalidad y legalidad, así como los delitos electorales”.³⁸⁶

“En el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano Dieter Nohlen observa al Derecho Electoral en dos sentidos: primero *lato sensu* que abarca la norma jurídico-positivas y consuetudinarias que regulan la elección de representantes personas para cargos públicos, y segunda, *stricto sensu*, que refiere al sufragio o al modo de convertir votos en escaños.

Desde nuestro punto de vista en efecto puede ser concebido ciertamente desde dos puntos de vista: primero, en tanto que es disciplina del conocimiento

³⁸⁵ Granados Atlaco, Miguel Ángel, Ob.cit. p. 17

³⁸⁶ Covarrubias Dueñas. Derecho Constitucional Electoral, Ed. Porrúa, 3ª edición, México, 2003, p. 5

humana es una rama del Derecho constitucional , segundo, como conjunto de normas, principios y reglas cuyas prescripciones se dirigen, esencialmente, a la regulación de los mecanismos y procesos de participación de los ciudadanos (electores) en la elección de sus representantes (democracia representativa) o en su caso, tanto en la determinación de su sistema político (conversión de votos su caso, tanto en la determinación de su sistema político (conversión de votos en escaños o poder público) como de una serie de decisiones políticas fundamentales (mecanismos de democracia directa)".³⁸⁷

Para Pedicane de Valls el Derecho Electoral es “un conjunto de normas reguladoras de la titularidad y del ejercicio al sufragio. Activo y pasivo; la organización de la elección; del sistema electoral; de las instituciones y organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electora, y el control de la regularidad de ese proceso y la veracidad de sus resultados. Y señala como elementos:

- Sufragio
- Los sistemas electorales
- Las instituciones y los organismos que tienen a su cargo la organización y la administración del proceso electoral y el control de su resultado
- El funcionamiento de la actividad partidaria
- Los delitos electorales”.³⁸⁸

También se le ha considerado al “Derecho Electoral como una rama del Derecho Constitucional o inclusive del Derecho Administrativo, y no únicamente regula los procesos a través de los cuales los ciudadanos, constituidos en electorado, proceden a la integración de los órganos del Estado y a la periódica sustitución de sus titulares, sino además abarca el estudio de aquellos procesos en que el mismo electorado interviene en la función legislativa o en la definición crítica

³⁸⁷ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México Tomo II, 2ª edición, México, 2000 p. 1176

³⁸⁸ Valls, Pedicone de, Derecho Electoral, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001, p. 94-95

de política nacional, por medio de la iniciativa, el referéndum o el plebiscito, según sea el caso(4).³⁸⁹

Igualmente, al Derecho Electoral se le ha concebido como una “rama autónoma del derecho público que regula el sufragio; los derechos y obligaciones de los electores; los sistemas y fórmulas a través de las cuales los ciudadanos eligen a sus representantes para integrar los distintos órganos de gobierno; los derechos y obligaciones de los partidos y agrupaciones políticas y de los candidatos; la integración, competencia y funcionamiento de las autoridades electorales; el desarrollo, calificación y declaraciones de validez de los comicios; los mecanismos de defensa constitucional y legal de los actos y resoluciones electorales; así como los delitos electorales, infracciones, faltas y su correspondiente sanción”.³⁹⁰

Compartiendo el criterio de María del Carmen Alanís, desde el punto de vista político-electoral es el que más se adecua en nuestro sistema mexicano, ya que cuenta con un órgano especializado llamado Instituto Federal Electoral (IFE), y un sistema de calificación siendo este el Tribunal Federal Electoral (TRIFE). Señalando como elementos del concepto autónomo del Derecho Electoral:

- Es una rama autónoma de la ciencia jurídica.
- Es un conjunto de normas de Derecho Público.
- Cuenta con fuentes formales, reales e históricas propias.
- Es una disciplina que existe en todo sistema o régimen político.
- Define las características del sufragio.
- Distingue a los sujetos electorales.
- Regula los derechos y obligaciones de los electores.
- Regula los derechos y obligaciones de los partidos políticos, Agrupaciones Políticas Nacionales y candidatos.

³⁸⁹ Alanís Figueroa, María del Carmen, Derecho Electoral Mexicano http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/foto/archivos/4_5.pdf

³⁹⁰ Idem.

- Desarrolla los sistemas y fórmulas a través de las cuales los ciudadanos eligen a sus gobernantes para integrar los órganos de representación.
- Prevé los mecanismos de defensa constitucional y legal de los actos y resoluciones electorales.
- Define y regula los delitos electorales, las infracciones y las faltas administrativas, así como su correspondiente sanción.³⁹¹

No podemos dejar de lado, la importancia que tiene el Derecho Constitucional dentro del Derecho Electoral, pues, es en realidad el que nos brinda las bases para regular los procesos electorales, mediante el cual la sociedad como entidad colectiva constituida en electorado procede a la integración de los Órganos del Estado y su sustitución -de cada tres años ya sea de diputados locales, asambleístas o de seis años si se trata Presidente de la República o senadores- de sus titulares e interviene en los procesos electorales. Del mismo modo es ostensible mediante un sistema de valores y principios trascendentes en el tiempo y en el espacio.

Luego, el fin del Derecho Electoral es realizar la justicia y la seguridad jurídica como valores o principios generales del derecho, aplicables a todas y cada una de sus ramas. La realización de la justicia³⁹² y seguridad jurídica³⁹³ en materia electoral genera la realización de estos valores en todas las áreas de la organización política.

El Derecho Electoral tiene como objeto que los electores, los funcionarios electorales, los funcionarios de mesa, los servidores públicos, los miembros de cultos religiosos, los observadores internacionales tengan comportamientos que fortalezcan los procesos comiciales con base a principios y valores que debe rodear toda elección, en otras palabras, el Derecho Electoral tiene por objeto hacer respetar la voluntad de la mayoría de la ciudadanía, ya que sólo así está legitimado el poder de los gobernantes.

³⁹¹ Cfr. Idem

³⁹² Justicia es el proceso espontáneo o institucional mediante el cual se otorga a cada quien lo que le corresponde de conformidad a sus méritos, obras, capacidades, necesidades y conductas.

³⁹³ La seguridad jurídica es la certidumbre de que el Estado como organización política protege la conducta congruente con el orden jurídico establecido y reprueba la contraria al orden señalado.

5.2.2. Concepto de Derecho Penal Electoral

En términos Generales el Derecho Penal es una rama del Derecho Público interno que regula los delitos, las penas y medidas de seguridad y tiene como finalidad la sanción de las conductas que lesionan aquellos bienes jurídicos establecidos como básicos para el funcionamiento de una sociedad determinada.

“La legislación electoral desde sus orígenes (Constitución de de Cádiz de 1812) ha considerado la necesidad de otorgar protección especial a los actos jurídicos electorales, cuya afectación en su perfeccionamiento podrían afectar el desarrollo de los procesos electorales y restarles legitimidad. Así a través de las diversas legislaciones electorales vigentes en diversas épocas de la historia nacional se crearon diversas figuras delictivas, como una respuesta a la necesidad de proteger o salvaguardar la limpieza de los procesos electorales”.³⁹⁴

“La Ley Penal -el Derecho Penal- es una parte del sistema jurídico mexicano y, como tal sirve a los propósitos colectivos al tutelar bienes y valores de la más alta jerarquía cuya vulneración rompe con la armonía social, por lo que recurre a la pena para impedirlo”.³⁹⁵

Olga Islas señala “la función del derecho penal es la protección de bienes, lo cual es una exigencia de respecto a tales bienes. Pero sucede que algunas personas no parecen estar dispuestas por sí mismas al respeto. Surge así la necesidad de la coacción. Es necesaria la punibilidad orientada a la protección de los bienes, es decir, orientada a evitar la comisión de los delitos”.³⁹⁶

Así, el Derecho Penal representa el instrumento más enérgico de protección con el que una determinada sociedad va asegurar y garantizar que las relaciones entre las personas que la componen se mantengan dentro de los límites de su óptimo funcionamiento y reproducción, de esta manera podemos establecer un esquemática entre los conceptos de: sociedad, valores que esta cuenta y medios para asegurarla.

³⁹⁴ Quiñones Tinoco, Carlos Sergio. Legitimidad electoral y Derecho Penal, Revista Mexicana, Procuraduría General de la República, Sexta Época, número 3, México, 2002, p.216

³⁹⁵ Idem

³⁹⁶ Idem

En esta relación el Derecho Penal no representa sólo este último concepto, es decir, los medios de que se sirve la sociedad para procurar sus valores fundamentales, sino que participa de los otros dos al tratarse de una norma fundamental del llamado bloque Constitucional que además de establecer los medios (básicamente sancionadores aunque no de forma exclusiva) participa de la modelación de dicha sociedad y de los valores que la conforman al establecer unas pautas claras o intereses (Bienes Jurídicos que se pretenden proteger).

Por lo anterior se deja asentado, por Derecho Penal Electoral debemos entender según Patiño Camarena: “el conjunto de normas jurídicas que establecen conductas tipificadas en la ley penal; mientras Granados Atlaco manifiesta el Derecho Penal Electoral, es una rama del Derecho Penal especializada a través del cual se complementan las normas de carácter electoral, con el objeto de dar una tutela jurídica a bienes de alta envergadura en un esquema democrático”.³⁹⁷

Asimismo, dentro de cualquier dinámica social podemos establecer diferentes objetivos en función de la finalidad perseguida y también diferentes medios para conseguir esos objetivos marcados en función de diferente valor que se asigne a éstos.

Con base en los criterios sustentados podemos definir al Derecho Penal Electoral, como el conjunto de disposiciones jurídicas contenidas en los códigos penales o leyes especiales de la materia, el cual tiene como fin prevenir todas aquellas conductas ilícitas que atentan contra la certeza, legalidad, objetividad, independencia e imparcialidad, principios de rectores del sufragio y que rigen en un sistema electoral democrático.

5.2.3. Objeto material de protección del Derecho Penal Electoral

En principio por objeto material entendemos toda persona o cosa que sufre un daño con motivo de la conducta ilícita prevista en la norma penal. Conforme a los tipos regulados tanto en el Código Penal Federal, como en el Código Penal para el Distrito Federal, se incluyen un catálogo, estableciéndose una dualidad a partir de los

³⁹⁷ Patiño Camarena, Javier. El Bien Jurídico Protegido por los delitos Electorales. <http://www.bibliotecajuridica.org/libros/4/1724/9.pdf>. Granados Atlaco, Miguel Ángel. Ob. cit. p.17

propios textos. En tal caso los delitos electorales puede ser la persona cuando se ejerce violencia para que vote a favor de un determinado partido o candidato (artículo 406 Fracción I del Código Penal Federal). Además por un lado establece un conjunto que engloba lo que debe entenderse por documentos públicos electorales y por el otro, el conjunto que contiene lo que deberá entenderse por materia electoral.³⁹⁸ Por objetos materiales electorales se entiende a: los elementos físicos, tales como urnas, canceles. Elementos modulares para la emisión del voto, marcadores de credencial el líquido indeleble, útiles de escritorio y demás equipamiento autorizado para su utilización en las casillas electorales durante la jornada electoral o en los procesos de participación ciudadana cuando sea local.³⁹⁹

5.2. 4. El Bien Jurídico en los Delitos Electorales

“Afirma Jescheck “el Derecho Penal tiene la ‘misión de proteger ‘bienes jurídicos’”.⁴⁰⁰ “El Derecho Penal pretende la protección y tutela de Bienes Jurídicos, cuya preservación resulta de ineludible trascendencia colectiva; el valor de los bienes jurídicos condiciona el alcance de la preocupación de un sistema jurídico en el sentido legal, traduciéndose incluso a la aplicabilidad de las leyes penales que van a establecer una aura protectora más rígida e infranqueable, preventivas de conductas antisociales que dañen o pongan en peligro el bien motivo de tutela”.⁴⁰¹

Jorge Reyes Tayabas puntualiza, “ El fin que persigue el Derecho Penal es el de proteger aquellos intereses de la sociedad de las personas, de los grupos y de las instituciones públicas, que bajo ciertas directrices culturales se consideran superiores

³⁹⁸ Respecto a los documentos electorales se les considera como tales a: las boletas electorales, las actas de jornada electoral, los actos relativos al escrutinio y cómputo de cada una de las elecciones, los paquetes electorales y los expedientes de casilla, las actas circunstanciadas de los consejos de delegación y en general todos los documentos y actas expedidos en el ejercicio de sus funciones por órganos competentes del Instituto Electoral, ya sea Federal o del Distrito Federal.

³⁹⁹ Plascencia Villanueva, Raúl. Delitos contra la Democracia Electoral.

<http://www.bibliotecajurico.org/libros/4/174/9.pdf>

⁴⁰⁰ Polaina Navarrete, Miguel. Fundamentos Dogmáticos del moderno Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 288; Bien Jurídico. Lo conceptualizamos como el derecho intrínseco que la norma protege. No es otra cosa que la pretensión del legislador de proteger ciertos valores del ser humano y que se conviertan en intereses no sólo personales sino sociales y del Estado. Zamora Jiménez, Arturo. Ob. cit. p. 141. Los delitos electorales son aquellas acciones u omisiones que, de una u otra forma, atentan contra los principios de objetividad, transparencia, igualdad y libertad, que ha de regir un sistema electoral democrático. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Diccionario Electoral, Tomo I, México, 2003, p. 334

⁴⁰¹ Granados Atlaco, Miguel Ángel. Ob. cit, p. 189

y, además, fundamentales para la subsistencia del Estado en su ámbito interno y en el conglomerado internacional, y para el ejercicio de la autoridad o sea la funcionalidad del propio Estado, así como para el bienestar de los individuos y sus relaciones entre ellos mismos y con órganos de gobierno. En vista de ello, con objeto de proteger eficazmente esos intereses se definen como delitos⁴⁰² y se sancionan como tales aquellas conductas que, a juicio del legislador, los vulneran con gravedad tal que no permiten sujetarlas a tratamientos más benignos. No se trata de bienes en sentido naturalístico, sino normativo, y ello no son creados por el legislador sino que éste los acoge al percibirlos y advertir su alta trascendencia en la vida de la colectividad políticamente organizada”.⁴⁰³

De lo anterior se desprende –como lo hemos indicado- no toda conducta antisocial va ser sancionada sino sólo aquellas que vulneren gravemente a la colectividad. De ahí que Olga Islas subraye la trascendencia del Bien Jurídico en el Derecho Penal, lo que hace en los siguientes términos:

- a) “Constituye, precisamente, la razón del derecho penal y, por ende, la razón de la pena.
- b) Es el elemento fundamental en la estructura del tipo. De él depende la clase y cantidad de elementos que debe contener el tipo penal.
- c) La clase de bien tutelado determina la clase de punibilidad que debe establecerse en una norma penal; y el valor o magnitud del bien tutelado y la lesión o puesta en peligro del mismo, determinan cuantitativamente la punibilidad.
- d) La desvaloración del bien jurídico, y sólo ella, hace posible la despenalización.

⁴⁰² Raúl Carranca y Rivas definió estas figuras típicas diciendo.- "son todos aquellos delitos que atentan contra la limpieza y efectividad del sufragio que impiden la formación constitucional y legal de los comicios", a este tipo de conductas delictuosas se les describe como "tempero-espaciales, por razón de que solo adquieren relevancia en determinado tiempo, fuera del mismo ya no se integra la conducta delictuosa. ¿Deberán existir los llamados Delitos Electorales?

<http://www.monografias.com/trabajos10/dexi/dexi.shtml?relacionados>

⁴⁰³ Quiñones Tinoco, Carlos Sergio. Ob. cit. pp.216-217

- e) El bien jurídico permite la ordenación sistemática de los tipos penales en la parte especial de los códigos penales.
- f) El bien jurídico – y es muy importante- sirve de límite al ejercicio del *ius puniendi* legislativo. El legislador, al elaborar las normas penales, no debe rebasar el límite que le marca el bien jurídico: sobrepasar ese límite conduce a la arbitrariedad. Esto es de especial trascendencia porque ninguna otra área del derecho protege bienes de la magnitud de los que tutela el derecho penal ni consignan respuestas tan severas como las sanciones previstas en este ordenamiento. Las normas penales deben ser creadas solamente cuando sean necesarias para la protección de bienes jurídicos de la jerarquía anotada”.⁴⁰⁴

Por su parte, Becerra Salazar y Woldenber ha señalado que la creación de los tipos penales previstos en los códigos penales nace de la necesidad de otorgarles garantías legalmente a las instituciones que hacen posible al sistema democrático. Afirmando que el Bien Jurídico protegido por todos los tipos de delitos electorales es el adecuado funcionamiento de las instituciones electorales. Aduciendo además, que los aspectos jurídicamente tutelados van desde los derechos políticos-electorales de los ciudadanos, hasta los instrumentos y documentos que se utilizan en las distintas etapas de los procesos electorales, pasando por lo relativo a las condiciones de la competencia entre los partidos.⁴⁰⁵

El Bien Jurídico en los delitos electorales, atendiendo a nuestros Códigos Penales Federal y Distrito Federal, respectivamente en los Libros Vigésimo Cuarto intitulado Delitos Electorales y en materia y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos y el Vigésimo Sexto denominado Delitos contra la Democracia desprendemos que cada uno de los libros contienen diversos Bienes Jurídicos.

Así, desde el punto de vista doctrinario Arturo Zamora Jiménez plantea como elementos de protección los siguientes: a) la función electoral adecuada, b) el respecto en un marco de libertad de la expresión de la voluntad popular, (34), c) la

⁴⁰⁴ Quiñones Tinoco, Carlos Sergio. Ob. cit. pp. 217-218

⁴⁰⁵ Cfr. Granados Atlaco, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 189-190

libertad plena del sufragio, d) el desarrollo normal de los procesos electorales en cuanto a su transparencia y limpieza, e) la garantía que se debe dar al secreto del voto y como consecuencia la opción libre por una u otra candidatura que le corresponde al ciudadano, f) en algunos supuestos se considera como Bien Jurídico dañado las actividades del servidor público que desvían fondos, bienes o servicios en beneficio de candidatos o partidos”.⁴⁰⁶

Para Carlos Sergio Quiñones Tinoco “(...) los bienes jurídicos protegidos por este capítulo del Derecho Penal, el cual atendiendo a su contenido, tiene como objeto de protección: a) el desarrollo adecuado de la jornada electoral, b) el respeto y la libertad del ejercicio del voto, c) el ejercicio correcto de la función electoral, d) el desarrollo adecuado de las distintas etapas de los procesos electorales, e) el respeto a la expresión de la voluntad popular mediante el voto. F) la limpieza del proceso electoral, g) la universalidad y el secreto del voto, h) la autonomía e independencia de las autoridades electorales, i) el Registro Nacional de Ciudadanos”.⁴⁰⁷

Sin embargo conforme al Código Penal para el Distrito Federal el Bien Jurídico lo es la democracia, tal aseveración se hace con base en la denominación del Libro Vigésimo Sexto Titulado “Delitos contra la democracia”. “De acuerdo con el régimen republicano representativo, democrático y federal vigente en nuestro país, los poderes públicos de la nación (a excepción del poder judicial) son elegidos mediante sufragio directo del ciudadano, por tanto, en éste reside originalmente la soberanía política. Podemos decir, que el sufragio “es el medio o instrumento por el cual el pueblo manifiesta su voluntad a ese efecto, ejerciendo así la función primordial de la democracia”.⁴⁰⁸

Así, atendiendo a los diversos criterios nos adherimos a aquellos que sostienen que el bien tutelado en los delitos electorales son primeramente el sufragio por un lado y por el otro el adecuado desarrollo de la función pública electoral, tanto en los derechos políticos electorales como en la función electoral federal y local, por considerar que deben ser protegidos de cualquier trasgresión o acciones de

⁴⁰⁶ Zamora Jiménez, Delitos Electorales. Ed. Ángel Editor, 1ª edición, México, 2000,p. 55

⁴⁰⁷ Quiñones Tinoco, Carlos Sergio. Ob. cit. p. 218

⁴⁰⁸ Zamora Jiménez, Arturo. Ob. cit. p.55

ilegalidad, ya que por exigencia de su propia naturaleza, deben de ser garantizados – como ya se dijo- por los ordenamientos jurídicos penales y por las instituciones políticas de nuestro país.

Desde el punto de vista doctrinario se ha señalado como finalidad del Derecho Penal básicamente dos orientaciones: El fin de la seguridad jurídica y el fin de la defensa social. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la sociedad debe regirse dentro de un marco de respeto para la buena convivencia social, cuando esto no sucede, entonces el legislador regulará todos aquellos hechos que atenten contra la posibilidad de existencia, creando, los tipos penales y con ello los bienes jurídicos. “Por esto, el concepto del Bien Jurídico dentro de la definición democrática del estado de derecho, es la base de la coexistencia, que significa existencia común en el entendido que existir es la relación del propio individuo con su ser”.⁴⁰⁹

La seguridad jurídica debe tener en cuenta a la defensa social, el Bien Jurídico, no sólo va dirigida a una persona sino a toda la sociedad, con el propósito de garantizar la convivencia social a estos se les conoce Bienes Jurídicos colectivos.

El Bien Jurídico protegido en los delitos electorales, además de lo antes señalado, en forma genérica, incluye la organización y realización de los procesos electorales para elegir al titular del Poder Ejecutivo Federal y a los integrantes del Congreso de la Unión, o tratándose de elecciones locales al Jefe de Gobierno y a los Asambleístas. Luego, conforme al Código Penal Federal de manera específica, el Bien Jurídico tutelado es el sufragio y sus características de universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible, así como velar por el debido funcionamiento de los órganos electorales.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Además indica la seguridad tiene un doble sentido: sentido objetivo y sentido subjetivo. El objetivo significa la protección, en sí a los bienes jurídicos. El Subjetivo la tranquilidad y certeza de la comunidad acerca de su posibilidad para disfrutar y disponer esos bienes jurídicos, teniendo relación tanto el sentido objetivo como subjetivo con el contenido normativo de la ley y con el contenido de la pena. Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1998. p.118.

⁴¹⁰ Cfr. El Bien Jurídico. <http://cie.pan.org.mx/PANJuridico/www/DGJuridicaResumenFepade.htm>. El artículo 4o. numeral 2 del actual Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) establece: (...) 2. El voto es universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible (...). Es Universal porque todos los ciudadanos, hombres y mujeres mayores de 18 años que tengan un modo honesto de vivir, tienen derecho a votar en las elecciones federales, locales y municipales. Es libre, porque se ha de emitir de acuerdo con la preferencia que cada ciudadano tenga respecto de un

Moreno Hernández enuncia como bienes jurídicos los siguientes: libertad de sufragio; adecuado desarrollo del proceso electoral; transparencia, limpieza y objetividad electoral; y neutralidad en el uso de bienes, fondos y servicios públicos.⁴¹¹

Los Bienes Jurídicos, entendidos en sentido amplio- señala Jorge Reyes Tayabas, protegidos por las normas que tipifican los delitos electorales en el Código Penal Federal son: 1) la función electoral, 2) la eficacia del voto, 3) el status político del ciudadano y, 4) la ciudadanía como calidad jurídico-política.⁴¹²

1.- La función electoral. Esta tiene su fundamento en el artículo 41 apartado D de la Carta Magna, en donde señala que la función electoral es una función estatal la que se realiza a través de un organismo público denominado Instituto Federal Electoral, el cual tiene autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, su función es permanente el cual pretende garantizar la renovación pacífica y periódica de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, mediante elecciones populares, libre y auténticas.⁴¹³

2.- La eficacia del voto. El voto es la media mediante el cual los ciudadanos expresan su voluntad en su preferencia en la elección de sus gobernantes, por ende, para que este sea valido no debe de haber vicios ya sea en el cómputo, o cuando se den acciones de desprecio o desacato a la voluntad popular por parte de quien haya sido elegido para ocupar algún cargo de elección popular y se niegue a ejercerlo sin

partido político o candidato. Es secreto, porque cada ciudadano tiene el derecho de votar sin ser observado cuando marque la boleta respectiva y la doble para depositarla en la urna correspondiente. Es directo, porque la elección la hacen los ciudadanos in intermediación de ninguna especie. Es personal, porque el elector debe emitir el voto por sí mismo y sin asesoramiento alguno. Y es intransmisible, porque el elector no puede transmitir a otra su derecho a votar.

⁴¹¹ Cfr. Moisés Moreno Hernández, citada por Maria del Pilar Espinosa Torres. Los delitos electorales y la reforma política mexicana. <http://www.letrasjuridicas.com/2/pilar2.doc>

⁴¹² Cfr. Quiñónez Tinoco, Carlos Sergio. Ob. cit. pp. 219-221

⁴¹³ La función electoral incluye las actividades relativas a: a) La capacitación y educación cívica, b) la geografía electoral (la demarcación territorial de las secciones electorales, distritos electorales y circunscripciones plurinominales), c) El registro de partidos políticos y de agrupaciones políticas, d) los derechos y prerrogativas de los partidos políticos y de las agrupaciones políticas, e) la integración del catálogo general de electores, f) la formación del padrón y de la lista nominal de electores, g) la expedición de la credencial para votar con fotografía, h) la organización de las distintas etapas del proceso electoral (preparación de la elección jornada electoral, resultadazos y declaración de validez de las elecciones) y, dictamen y declaraciones de validez de la elección y del Presidente electo), i) la regulación de la observación electoral y de las encuestas y sondeos de opinión que se realicen con motivo de las elecciones.

causa justificada, ante todo debe prevalecer el respecto a la voluntad popular. De ahí que la eficacia del voto se convierta en un bien jurídico tutelado por la ley penal.⁴¹⁴

3.- El *status* político del ciudadano. Este se adquiere a partir que el ciudadano mexicano adquiere la mayoría de edad y tenga un modo honesto de vivir, así mismo con ello adquiere prerrogativas, derechos y obligaciones tal y como lo prevé la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus los artículos 34 (haber cumplido los 18 años y tener un modo honesta o de vivir), 35 (señala las prerrogativas del ciudadano: votar en las elecciones populares, poder ser votado para todos los cargos de elección popular , y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, tomar las armas en el ejercito o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición) y 36 (establece las obligaciones del ciudadano ante la República como son; votar en las elecciones populares, desempeñar cargos reelección popular, desempeñar cargos de concejiles del Municipio, etcétera)

4.- La ciudadanía como calidad jurídica-política. Esta trae consigo, que el ciudadano es libre de asociarse para participar en los asuntos políticos del país, ahí la importancia del artículo 39 de la Constitución.

De acuerdo al Título Vigésimo Cuarto del Código Penal Federal, podría admitirse tal afirmación, pero sólo relacionándolo con una interpretación del artículo 41, párrafo tercero Constitucional, predominando la libertad de sufragio, como además del contenido del mencionado Código, advertimos –como ya se dijo- que cada artículo tiene un bien jurídico tutelado, como también un bien jurídico general relacionado con el derecho a votar.

A mayor abundamiento, “puede decirse que los Bienes Jurídicos descritos y protegidos por las normas penales que tipifican los delitos electorales y los relacionados con el Registro nacional de Ciudadanos son vitales para el pueblo de México en virtud de su significación social”.⁴¹⁵ Así al regular el legislador los delitos electorales esto se hace con el fin de que la ciudadanía se abstenga de realizar actos

⁴¹⁴ Cfr. Quiñones Tinoco, Carlos Sergio. Ob. cit. p. 220

⁴¹⁵ Idem

ilícitos, es decir, el Derecho Penal es de carácter preventivo y no represivo, pues, al Derecho en realidad no le interesa imponer sanciones, sino prevenir conductas antisociales con el propósito que los procesos electorales se lleven en un ambiente de imparcialidad, seguridad y exactitud del ejercicio de los derechos electorales de todo ciudadano mexicano, garantizando así, la soberanía y la democracia que constituyen principios básicos de nuestra organización como República dentro de un sistema representativo y federal.

Como se advierte nuestro Código Penal Federal y del Distrito Federal en cada uno de los tipos penales se hace alusión a un determinado bien jurídico, así tenemos como ejemplo en el Código Federal se protegen los siguientes bienes: en el artículo 403, el “Derecho a votar”; en el artículo 405 el “respeto a los principios de legalidad, imparcialidad, independencia, objetividad y certeza”; el artículo 406. “Los partidos políticos tienen la obligación de jugar limpio”; en el artículo 407 “el buen desarrollo de la función pública”; en el artículo 408 “preservar el principio constitucional de confirmación en el funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas”; y los artículo 409 y 410 “preservar la confianza en el Registro Nacional Ciudadano”.⁴¹⁶

Sin embargo, se ha dicho que el bien jurídico protegido en los delitos electorales es:

[...] desde una perspectiva sistemática, o sea, global y generalizada, el bien jurídico protegido en los delitos previstos y sancionados en los artículos 402 a 407, 412 y 413 del Título Vigésimo Cuarto, del Libro Segundo del CPF, es la adecuada función electoral y, a su vez, en el delito previsto y sancionado en el artículo 408 de aquel Título el bien jurídico tutelado es la eficacia del sufragio, en lo relativo a que los candidatos triunfantes para ocupar los cargos de diputados y senadores al Congreso de la Unión se presenten oportunamente a tomar posesión; en tanto que en las figuras previstas y sancionadas en los artículos 409 y 410 el bien jurídico protegido es el adecuado servicio del Registro Nacional de Ciudadanos.⁴¹⁷

⁴¹⁶ Cfr. Espinosa Torres, Maria del Pilar. Ob. cit.

⁴¹⁷ Valdez Pineda Rodríguez, Bunster. Desde la Dogmática jurídica-penal, www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/dogmatico_capi.pdf

Consiguientemente como se observa existe discusión si en los Bienes Jurídicos en los delitos electorales, es posible establecer una enumeración amplia, como lo hacen nuestros Códigos Penales- o bien no es posible alguna enumeración. Ninguna de las dos posturas deja definida la discusión, sin embargo opinamos que los Bienes Jurídicos deben tener un carácter específico para poder así determinar de mejor manera la lesión al Bien Jurídico, pues si hay una acción, pero siempre que ésta no produzca lesión al Bien Jurídico ni siquiera en su grado de tentativa, se debe desechar como conducta únicamente antisocial, además -como ya se ha dicho en el transcurso de este trabajo- el Derecho Penal es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico atendiendo al principio de mínima intervención, únicamente se van a reconocer los bienes jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión. Esto es, el Estado va a reconocer en la ley penal aquellas conductas antisociales de mayor gravedad y las leves las conocerá una autoridad distinta a la judicial.

5.2.5 El Derecho Penal en los Procesos Electorales

“Si se atenta contra aquello que permite que las instituciones sean sólidas y que en México se respete la libertad y voluntad de los ciudadanos mexicanos es de afirmarse que deberá hacerse uso de la intervención del estado, vía el derecho penal, para evitar atentados contra la vida democrática del país. No obstante, deberá acudir a los principios del derecho penal (...) al máximo de sus posibilidades ya que recordemos que se ha tratado de dar solución a los conflictos electorales vía administrativa con dispositivos como el COFIPE o la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME).

Por lo tanto, el legislador mexicano consideró que una parte de esa función electoral federal encomendada al Instituto Federal Electoral, debía protegerse por el derecho penal”.⁴¹⁸

“La inestabilidad del sistema político electoral mexicano se ha constituido por un proceso constante de reformas a los ordenamientos jurídicos que lo regulan. El

⁴¹⁸ Valdez Pineda Rodríguez, Bunster. Desde la Dogmática jurídica-penal, www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/dogmatico_capi.pdf

propósito ha sido el de perfeccionarlo por medio de establecimiento de instituciones que fomenten y protejan la participación y representación política.

Sin embargo, aún quedan vacíos jurídicos y por ello se producen períodos de inestabilidad. De tal forma nuestra transición a la democracia, parece ser, que por el mismo complejo político en la que cada día se encuentra relacionada, se muestra cada día más lejos de consolidarse, ya que, por una y otra razón política, surgen constantemente reformas o modificaciones a las leyes, por lo que no deja de ser una eterna transición a la democracia.

Si bien es cierto, las instituciones en México se han modificado constantemente, también lo es, que no se ha concluido con los cambios que requieren, a pesar de la voluntad de los actores políticos y de sus propuestas, pues muchas de ellas quedan en el tintero, por falta de interés en concretar acuerdos y consensos políticos”.⁴¹⁹

Además para garantizar, los procesos Electorales⁴²⁰ sean transparentes y la ciudadanía reconozca la legitimidad de los mismos, es necesario que las autoridades

⁴¹⁹ Esparza Martínez, Bernardino. Problemática de los delitos electorales en su constitucionalización y legalidad. Resumen del protocolo de investigación presentado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales el 4 de julio del 2007.

<http://www.inacipe.gob.mx/htm/QuienEsQuien/Investigacion/Opiniones/Problematica.h>

⁴²⁰ El proceso electoral (artículos 209 y 210 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de enero de 2008) Artículo 209. 1. El proceso electoral es el conjunto de actos ordenados por la Constitución y este Código, realizados las autoridades electorales, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, que tiene por objeto la renovación periódica de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión. 2. Previo a que se inicie el proceso electoral el Consejo General del Instituto determinará el ámbito territorial de cada una de las cinco circunscripciones plurinominales, así como, en su caso, la demarcación territorial a que se refiere el artículo 53 de la Constitución. Artículo 210. 1. El proceso electoral ordinario se inicia en octubre del año previo al de la elección y concluye con el dictamen y declaración de validez de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. En todo caso, la conclusión será una vez que el Tribunal Electoral haya resuelto el último de los medios de impugnación que se hubieren interpuesto o cuando se tenga constancia de que no se presentó ninguno. 2. Para los efectos de este Código, el proceso electoral ordinario comprende las etapas siguientes: a) Preparación de la elección; b) Jornada electoral; c) Resultados y declaraciones de validez de las elecciones; y d) Dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo. 3. La etapa de preparación de la elección se inicia con la primera sesión que el Consejo General del Instituto celebre durante la primera semana de octubre del año previo al en que deban realizarse las elecciones federales ordinarias y concluye al iniciarse la jornada electoral. 4. La etapa de la jornada electoral se inicia a las 8:00 horas del primer domingo de julio y concluye con la clausura de casilla. 5. La etapa de resultados y de declaraciones de validez de las elecciones se inicia con la remisión de la documentación y expedientes electorales a los Consejos Distritales y concluye con los cómputos y declaraciones que realicen los Consejos del Instituto, o las resoluciones que, en su caso, emita en última instancia el

electorales respeten los principios rectores⁴²¹ de la actividad electoral misma que se encuentran en los artículos 41, 99, 105 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es importante tener presente: los derechos electorales son una fórmula del Estado para tutelar valores de gran importancia para la realidad social y política del país. El sufragio es el medio o instrumento por el cual el pueblo manifiesta su voluntad, es ejercer la función primordial de la democracia. Las fórmulas del Derecho

Tribunal Electoral. 6. La etapa de dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, se inicia al resolverse el último de los medios de impugnación que se hubiesen interpuesto en contra de esta elección o cuando se tenga constancia de que no se presentó ninguno y concluye al aprobar la Sala Superior del Tribunal Electoral, el dictamen que contenga el cómputo final y las declaraciones de validez de la elección y de presidente electo. 7. Atendiendo al principio de definitividad que rige en los procesos electorales, a la conclusión de cualquiera de sus etapas o de alguno de los actos o actividades trascendentes de los órganos electorales, el secretario ejecutivo o el vocal ejecutivo de la Junta Local o Distrital del Instituto, según corresponda, podrá difundir su realización y conclusión por los medios que estime pertinentes. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de enero de 2008.

⁴²¹ El Instituto Federal Electoral definió a los principios rectores electorales en los siguientes términos: 1) La certeza como el conocimiento seguro y claro de alguna cosa. La interpretación del IFE define a la certeza en el sentido que “ los procedimientos sean completamente verificables, fidedignos y confiables (interpretación institucional); también “ como la coincidencia exacta entre la realidad histórica-electoral y el concepto interno personal que de ella tengan las autoridades, las agrupaciones y los partidos políticos, así como los ciudadanos, creando un fuerte convencionalismo y credibilidad” (Galván Rivera); ejercicio inevitable de autenticidad permanente, que exige ya no sólo desterrar la mala fe, sino incluso, reducir al mínimo la posibilidad de errar(...); 2) Legalidad. La legalidad implica la adecuación de todas las conductas electorales al ordenamiento jurídico constitucional y legal. Este Principio constitucional se encuentra consagrado en los artículos 14, 16, 41, 99, 105 y 116 constitucionales, que constituye la Garantía de que cualquier acto procesal electoral debe estar fundado en las disposiciones legales. Gramaticalmente legalidad significa;” 1. Cualidad legal. 2. Régimen político establecido por la ley fundamental del estado”. El Principio de legalidad consiste “en que toda actividad jurídica desplegada en la órbita de la comunidad que provenga del Estado o de los particulares solamente adquiere la validez de tal en cuanto de modo directo o indirecto se encuentra habilitada en la Constitución que, lógicamente ha de ser fruto de querer mayoritaria formalmente expresado y dirigido a la garantía auspicio de los derechos humanos (...) 3. Independencia. Es la desvinculación del órgano electoral de cualquier ingerencia de los demás órganos estatales o sociales en el marco de sus facultades legales, La independencia se define como “la denominación genérica que se aplica en la terminología jurídica referente sobre los elementos constitutivos del estado, para definir una de las condiciones esenciales que debe reunir el elemento gobierno o poder (...), 4. Imparcialidad. La imparcialidad es el actuar con “desinterés frente a las partes. trato sin favoritismos, consideración equidistante y ecuánime. También se manifiesta imparcialidad en forma de indiferencia y desapasionamiento” (...) asegura la libertad procesal, como lo hace la imparcialidad al situarse por encima del litigio, ambos, imparcialidad e independencia constituyen firmes pilares de la igualdad la proporcionalidad y armonía de derechos, (...). 5. Objetividad. la objetividad implica, una actividad crítica imparcial basada en el reconocimiento de la realidad por encima de las visiones particulares, con la finalidad de actuar conforme a los criterios generales adoptados(...) objetividad significa: Actitud crítica imparcial que se apoya en datos y situaciones reales, despojada de perjuicio y apartada de intereses, para concluir sobre hechos o conductas. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Comentado. IFE. Secretaría Ejecutiva, 1ª edición, México, 2003, pp. 250-242.

Electoral tienen como objeto que los electores, los funcionarios electorales, los funcionarios de mesa, los servidores públicos, los miembros de cultos religiosos, los observadores internacionales tengan comportamientos que fortalezcan los procesos comiciales en base a principios y valores que debe rodear toda elección.

Es por eso, que al hablar de delitos electorales, se entra en la materia penal, pero que sin lugar a duda no podemos separarlo del Derecho Electoral, pues, como ya manifestamos es la rama del Derecho Constitucional que regula procesos a través de lo cual la sociedad como entidad colectiva constituida en electorado procede a la integración de órganos del Estado; tiene que ver con la sustitución periódica de sus titulares, y también interviene en los procesos electorales, en la función legislativa o en la función de política nacional.

Es parte de esta definición el tipificar los delitos y determinar sanciones a quienes incurran en conductas delictivas durante el proceso electoral. Así, el Código Penal Federal prevé en los artículos 403 al 413, los delitos electorales federales,⁴²² precisándose como aquellos que se cometen con motivo de las elecciones del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, diputados federales y senadores, en tanto que los delitos electorales que se relacionan con la elección del Jefe de Gobierno y diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y los titulares de los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales, se encuentran tipificados en el Código Penal para el Distrito Federal previstos en los artículos 351 al 360. Asimismo, el artículo 116, fracción IV, inciso i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone:” Se tipifiquen los delitos y determinen las faltas en materia electoral, así como las sanciones que por ellos deban imponerse”. Luego, las leyes de los estados también deban tipificar y sancionar los delitos electorales que

⁴²² Los delitos electorales federales se cometen de manera dolosa atendiendo a su naturaleza y admiten todas las formas de autoría y participación. Pueden consumarse de manera instantánea, permanente o continua. Además, en este tipo de delitos se prevé el concurso, con independencia de que los mismos puedan ser del orden común o federal. Pueden ser cometidos por cualquier persona, por funcionarios públicos, ministros de algún culto religioso, funcionarios partidistas, candidatos a cargos de representación política o por funcionarios electorales
<http://cie.pan.org.mx/PANJuridico/www/DGJuridicaResumenFepade.htm>; en el mismo sentido la Procuraduría General de la República
<http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Delitos%20Federales/Delitos%20Electorales/Delitos%20Electorales.asp>

en cada entidad federativa se relacionen con la elección de gobernador, diputados locales y miembros de los ayuntamientos

Entonces, con la creación de los tipos penales electorales el Derecho Penal, pretende prevenir que en los procesos electorales no se vean empañados con conductas irregulares que pongan en duda su legalidad, por lo que al vulnerarse la norma y al integrarse el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del agente traerá consigo una sanción, y si bien la misión del Derecho Penal es la protección del Bien Jurídico, también lo es que tiene el deber de fomentar el respeto al Bien Jurídico, a través de una consciencia cívica, ética-social.

Siendo evidente, que nuestro Derecho Penal no es propiamente un Derecho sancionador sino más bien, es un Derecho preventivo de delitos futuros, teniendo mucho que ver con la seguridad jurídica de los candidatos y de los electores, evitando la utilización indebida del sistema de justicia, pues, se puede llegar al caso que alguno o algunos de los candidatos por las irregularidades cometidas vean frustradas sus aspiraciones a acceder al cargo de elección popular para el cual fue registrado, independientemente de los medios de impugnación que puedan hacer valer para la nulidad de la elección. Cabe hacer mención que en este aspecto los electores juegan un papel muy importante si tomamos como base que los Códigos Penales regulan conductas típicas tanto para la ciudadanía como para funcionarios electorales.

Es trascendente resaltar, que los Partidos Políticos son un elemento significativo en la comisión de los hechos ilícitos en cualquiera de las etapas del proceso electoral, por ser en realidad los autores intelectuales de los delitos cometidos por los electores, ya sean por ser miembros o simpatizantes de este. A más de que todos los Partidos Políticos están en igualdad de condiciones y todos sin excepción utilizan artimañas a través de sus agremiados o simpatizantes con el único fin de lograr el triunfo a costa de lo que sea, sin importar los medios para lograrlo, descalificando a los contendientes o realizando conductas de las tipificadas en los Código Penales, provocando incertidumbre en la legitimidad del proceso y ello, conlleva a generar inseguridad jurídica para los candidatos y los Partidos Políticos y enturbien el proceso electoral. Aunado a ello, el hecho de que se presenten una serie

de irregularidades -que sin lugar a duda- una vez que tenga conocimiento la autoridad investigadora dará inicio a la integración de los elementos del cuerpo del delito, y por ende, la mayoría de las veces por ser cuestiones de índole político no se llegan a consignar. Hecho que contribuye a que el papel del Derecho Penal no sea de todo satisfactorio.

Desafortunadamente el Derecho Penal a través de la amenaza de la imposición de la una pena no ha podido prevenir que en los procesos electorales se lleven a cabo prácticas ilícitas y, es del dominio público que en cada proceso electoral se atente contra el legítimo y libre ejercicio del derecho de sufragio el cual por lo general se traduce en una alteración y adulteración de la autentica voluntad de los electores y en un falseamiento de los resultados electorales.

Infelizmente el Derecho Penal la mayoría de las veces se ve impedido en aplicar la norma, quedando impunes simplemente los actos corruptos, La corrupción siempre gana terreno. “La corrupción desborda ampliamente su articulado, así se multiplican en tipos penales y se acentúe el rigor de las penas. El sistema político, que vive en una cierta ambigüedad en cuanto se refiere a las formas tradicionales de hacer política, no suele contar con la voluntad requerida para expedir leyes penales electorales severas, y se inclina por una actitud tolerante e hipócrita. Igualmente, rara vez se enjuicia a alguien por haber incurrido en un delito de naturaleza electoral, tan es así que a pesar de que se hacen declaraciones por los actores políticos de una serie de conductas ilícitas en los procesos electorales el índice de denuncias en realidad es bajo y de ello se desprende el Primer Informe de Gobierno del Presidente de la República que señala lo siguiente:

Delitos Electorales. De enero a junio de 2007, se realizaron las siguientes actividades en materia de procuración de justicia penal electoral:

- Se atendieron 1 067 averiguaciones previas, entre iniciadas, reingresos y pendientes lo que representa un incremento del 41.2% comparado con el mismo periodo del año pasado; del total se resolvieron 321 y quedaron en trámite 746. – Se ejerció acción penal en contra de 120 personas que cometieron delitos electorales en 27 entidades, 100.0% más que en el periodo de enero a junio de

2006. En cuanto a las sentencias condenatorias, de enero a junio de 2007 se dictaron 27 en primera instancia.– Las cinco entidades con el mayor número de averiguaciones previas iniciadas, son el Distrito Federal con 443, Quintana Roo con 26, Yucatán con 16, Coahuila con 13 y el Estado de México con 13. Los delitos más denunciados son los que corresponden a expedición ilícita de credencial para votar, alteración de documentos electorales, obtener la credencial para votar en cualquier momento, sin causa prevista por la ley, y por último que algún servidor público destine de manera ilegal fondos, bienes y servicios que tenga a su disposición en virtud de su cargo para el apoyo a un partido político o un candidato. – (...) ⁴²³

Lo anterior no refleja la realidad jurídico-penal electoral, y lo que en realidad prevalece son las practicas ilegales, los actos corruptos que la mayoría de las veces quedan impunes. “Las prácticas de corrupción electoral puede presentarse en cualquiera de las instancias del proceso electoral: antes de la votación (manipulación del censo electoral, obstrucción de actividades partidistas, retención de los documentos de identificación, v. gr.), durante la votación (violencia electoral, soborno de elector, doble o múltiple votación, introducción fraudulenta de sufragios en las urnas electorales) o después de la votación (no cómputo de votos válidos o aumento ficticio de los cómputos durante las elecciones).

“Agente de corrupción electoral puede ser cualquiera de los protagonistas de las elecciones: los partidos políticos, los candidatos, los electores, funcionarios electores, militantes, simpatizantes y, en general, cualquier funcionario del Estado. Todos y cada uno de ellos pueden ser actores y promotores, desde su particular campo de acción, de violencia o defraudación electorales. Es por ello, que la ley ha tenido que multiplicarse en la definición de numerosas conductas punibles especiales, susceptibles de sanciones administrativas y penales (...) la cantidad y calidad de los medios utilizados para hacer corrupción electoral sólo están limitados por la imaginación (infortunadamente muy prolífica en este campo), la audacia y la disponibilidad de recursos económicos humanos y técnicos. El tráfico de influencias, el soborno, las amenazas, la violación, el prevaricato, la falsedad documental, la

⁴²³ Primer Informe de Gobierno del Presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa
http://primer.informe.gob.mx/1.1_ESTADO_DE_DERECHO/?contenido=147&imprimir=true

omisión o retardo en el ejercicio de funciones públicas y aun la manipulación criminal de computadoras (riesgo que traen consigo los programas de la vida moderna), forman parte del amplio repertorio de conductas que, desde la perspectiva de la sociología electoral, se estudian como corrupción. Muchas prácticas de corrupción electoral, sin embargo suelen escapar a las previsiones de carácter penal, y no sería siempre fácil tipificarlas como delitos.⁴²⁴ Por ejemplo: el aprovechamiento del cargo público para hacer proselitismo, todas las maquinaciones propias del clientelismo (manipulación de electorado cautivo a cambio de favores que generalmente se dispensan desde una posesión del Estado), prácticas irregulares y refinanciación política”⁴²⁵

Consecuentemente, el Derecho Electoral, se ocupa de la función jurisdiccional y de la organización administrativa de las elecciones. Ambos aspectos disponen de un complemento jurídico, es decir de la función de la procuración de la justicia electoral mediante los delitos electorales.

“(…) debemos puntualizar que este apartado de nuestro máximo ordenamiento punitivo busca en su conjunto establecer garantías para el ejercicio de las libertades políticas en el contexto de los procesos sufragáneos democráticos. La sociedad moderna reconoce la necesidad de que las normas penales se erijan en garantes de los valores esenciales para un régimen con pretensiones democráticas, por ello podemos afirmar que los delitos electorales tienen como bien común genérico la defensa y protección de los procesos dirigidos a la renovación de los cargos públicos supeditados al voto de los ciudadanos, entre los que se pueden incluir los derivados de las diferentes etapas del proceso electoral.”⁴²⁶

⁴²⁴ No hay delito electoral, sin el hecho de que se ha realizado sin la intervención voluntaria del agente; si faltasen algunos de los elementos del tipo penal de que se trate, si se efectúa con el consentimiento del titular del Bien Jurídico afectado siempre que llene los requisitos tales como: a) que el Bien Jurídico sea disponible, b) que el titular tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo. Por otra parte Los delitos electorales son muy importantes y hay que tener mucho cuidado en no confundir su interpretación de los hechos haciendo valoraciones “in malam parte”, ya que puede prestarse a venganza política por medio de coacción, partir de errores en la imputación de un delito de este tipo.

⁴²⁵ Hernández Becerra, Augusto. Corrupción Electoral, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/reelectoral/docs/red_diccionario/corrupción%20elec

⁴²⁶ Granados Atlaco, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 190-191

En resumen, Tomando las palabras de Olga Islas “el Derecho Penal Electoral surge como *expresión de una necesidad social traducida a tipo penal*;(37) podemos decir que si el Derecho Electoral cumple la función instrumental y procedimental para el ejercicio de la democracia electoral, con lo que se legitiman los procesos de renovación de los poderes públicos al sujetarse a los principios constitucionales establecidos para llevar a cabo tales procesos, el Derecho Penal Electoral cumple una función de protección de esta legitimidad, y el cumplimiento de los principios de legalidad a que deben estar sujetos todos los procedimientos establecidos para el ejercicio de la función estatal electoral es exigido por el poder público mediante el uso de todos los medios lícitos, incluyendo el ejercicio del *ius puniendi*, facultad del Estado”.⁴²⁷

⁴²⁷ Quiñones Tinoco, Carlos Sergio. Ob. cit. p. 224

CONCLUSIONES

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

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

SEGUNDA. Al establecerse en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el principio de legalidad traduciéndose: en los juicios del orden criminal queda prohibido, por simple analogía, y aun por mayoría del razón , pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; quiere decir que los hechos punibles son regulados por los legisladores, prohibiendo al juez crear delitos, penas y medidas de seguridad, constituyéndose así una garantía del principio de legalidad para los individuos y otorgando una absoluta seguridad jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con el Principio de Mínima Intervención los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino además ante el Derecho Penal, esto es, para la conservación del orden jurídico, en su caso si son suficientes las medidas administrativas, son éstas las que deben de aplicarse y no las penales.

DÉCIMA PRIMERA. La culpabilidad ya no será un fenómeno psicológico que exista en la cabeza del autor sino la resultante de una valoración que hace el juez, según la cual el que infringe la norma bien pudo no haberla vulnerado. Se inicia así lo que se conoce como culpabilidad normativa: no basta con la constatación de un vínculo psicológico, es preciso que exista reprochabilidad del comportamiento.

Entonces, la culpabilidad consistirá en el juicio de reproche que se dirige al sujeto por no haberse comportado con el deber impuesto sino en forma contraria a la exigida.

DÉCIMA SEGUNDA. En la Escuela neoclásica o neokanteana, en la culpabilidad se produce un cambio significativo, pues se abandona la concepción psicológica, sustituyéndose por el llamado concepto normativo, según el cual aquella se entiende como "reprochabilidad" o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su conducta, corriente -que vale la pena advertir- se sigue manteniendo mayoritariamente en nuestros días, aunque con diversas modificaciones sobre el número y clase de los elementos que hacen posible ese reproche individual.

Ahora bien, el juicio de reproche es objetivo, a cargo del ordenamiento jurídico y del juez y no del propio sujeto, tratándose de un juicio por el cual a luz de la norma penal se considera la actitud interior del individuo como disconforme con las exigencias de la norma; se le reprocha no haberse comportado con el deber impuesto sino en forma contraria a la exigida.

DÉCIMA TERCERA. Para que haya reprochabilidad, se tienen que dar dos variantes: que el sujeto pudo haber hecho otra cosa de la que hizo y que le fuera exigible, en otras palabras, para reprocharle una conducta a su autor (para que haya culpabilidad) se requiere que ésta haya tenido la posibilidad de ser exigible, de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio.

Con base en lo antes dicho, la culpabilidad encuentra su fundamento en la reprochabilidad y la exigibilidad; únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando algo se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad.

DÉCIMA CUARTA. El sustento de la culpabilidad en el sistema clásico era puramente subjetivo (dolo y culpa), en el sistema neoclásico se requería tanto de valoración subjetiva como de las circunstancias materiales que rodearon al hecho (aspecto objetivo) y establecer si podía reprochar a la persona el haberse comportado contrariamente a Derecho, mientras que en la Escuela Finalista es mera mente normativo

Así, el dolo y la culpa dejaron de considerarse como el único sustento de la culpabilidad, ya que también se necesitaba atender a la valoración de la total situación psíquica en la teoría de la imputabilidad y la exclusión de la culpabilidad por causas especiales de exclusión de la culpabilidad. Sólo constatando esos tres elementos (imputabilidad; dolo y culpa; y ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad) se podía sustentar la culpabilidad psicológico-normativa del sistema neoclásico.

DÉCIMA QUINTA.- Con base en lo anterior y tomando los criterios jurídicos vertidos por los diferentes autores el concepto de la culpabilidad, dependerá de la teoría que en su momento se quiera tomar en cuenta, ya que se distingue la psicológica de la normativa o de la finalista Así, para la psicológica, la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material; en la normativa, consistirá en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material,

reprochable; y en el finalismo, la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta.

DÉCIOMA SEXTA. Papel del Derecho Penal en los procesos electorales tiene como base un conocimiento del funcionamiento democrático de una función electoral completa y, fundamentalmente la de procuración de justicia penal, como parte de la base idónea del sistema electoral, intentando con ello, así identificar el respeto del pluralismo, fundado por la firmeza democrática proveniente de una responsabilidad gubernamental y legislativa.

DÉCIMA SÉPTIMA. Podemos afirmar que las circunstancias en el desarrollo de los procesos electorales han cambiado, los actores políticos en la competencia electoral han desarrollado distintas formas de hacer campaña, algunos adelantándose a los tiempos, otros haciendo uso de los recursos del Estado, y un sin fin de actividades irregulares que no se encuentran previstas como delitos, o bien estando contempladas dichas conductas quedan impunes. El papel del Derecho Penal electoral se encuentra limitado, pues la mayoría de las veces dichos delitos son de difícil comprobación, lo que produce un desfase entre capacidad normativa para el ejercicio institucional y la realidad política-social.

DÉCIMA OCTAVA. Resulta indispensable que exista una plena aplicación del Derecho Penal, por que sólo así con la ejemplaridad de las penas, se podrá de alguna manera prevenir conductas ilícitas durante los procesos electorales y prevenir que no se atente contra el normal desarrollo de un proceso electoral y sus resultados.

DÉCIMA NOVEMA. Resulta de especial importancia que el Derecho Penal Electoral comience a ser una herramienta analítica para los estudiosos de los sistemas y procesos electorales, para que nuestros legisladores plasmen sus beneficios en reformas estructurales, para lo cual es indispensable que se conozcan los aspectos generales sobre delitos electorales, y la importancia que tiene para el sistema político mexicano. La construcción de instituciones electorales como mecanismos generadores de certeza y legitimidad.

VIGÉSIMA. La idea de justicia electoral, a menudo suele asociarse con la actividad jurisdiccional electoral, es decir, con la actuación de los Tribunales Electorales

encargados de resolver en definitiva asuntos electorales, y efectivamente, en esta función estatal esencialmente descansa el ideal de justicia en materia electoral; pero no todas las cuestiones de naturaleza electoral son competencia de los órganos jurisdiccionales, concretamente, las infracciones administrativas derivadas de cuestiones de índole electoral y los delitos electorales, son competencia de de las Procuradurías de Justicia y en su momento de los órganos jurisdiccionales de la materia.

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Goldschmidt, James, “La concepción normativa de la culpabilidad”, Colección: Maestros del Derecho Penal, Colección: Maestros del Derecho Penal, Editorial IB de F, no. 7, 2º ed., no. 7, Montevideo – Buenos Aires, 2002.

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

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

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

Granados Atlaco, Miguel Ángel, Derecho Penal Electoral Mexicano, Ed. Porrúa, 1ª edición, México, 2005.

Instituto Federal Electoral, El orden político democrático, Apuntes de cultura democrática, No. 2. México, 1999

----- El voto y la representación democrática. . Apuntes de cultura democrática, No. 3, México. 2000

Henkel, Heinrich. “Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo”, Editorial IB de I F, Colección Maestros de Derecho Penal. No. 17, Montevideo – Buenos Aires, 2005.

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

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

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

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

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

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

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I, Ed. Témis, 2ª reimpression, 1989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del delito. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

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

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

Quiñones Tinoco, Carlos Sergio. La legitimidad electoral y Derecho Penal. Revista Mexicana de Justicia. Procuraduría General de la República. Sexta época, número 3, México, 2002

Reyes Echandía. Culpabilidad, Ed. Témis, 3ª edición, 3ª reimpresión, Bogotá Colombia, 3ª. Reimpresión, 1991.

Reynoso Dávila, Roberto. Teoría General del Delito, Ed. Porrúa, 2ª edición, México.

Román Quiróz, Verónica. La culpabilidad y la complejidad de su comprobación. Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 2000.

Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición; 4ª reimpresión y notas por Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa, Ed. Thomson. Civitas, España, 2006.

Savigny, Friedruch Kart von. Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II, 1879. Suprema Corte de Justicia, México, 2004.

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

Terragni, Marco Antonio. Culpabilidad Penal y Responsabilidad Civil, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

Valls, Pedicone de, Derecho Electoral, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001,

Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del Delito, Ed. Trillas, 1ª edición, segunda reimpresión, México, 1983.

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

Villarreal Palos, Arturo. Culpabilidad y Penal, Ed. Porrúa, 2ª.edición, México, 2001.

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

Woldemberg Salazar, Luís. Principios y Valores de la Democracia. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Instituto Federal Electoral, 1996

Zamora Jiménez, Delitos Electorales. Ed. Ángel Editor, 1ª edición, México, 2000.

DICCIONARIOS

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

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

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

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

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

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

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

OTRAS FUENTES

Alanís Figueroa, María del Carmen, Derecho Electoral Mexicano
http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/foto/archivos/4_5.pdf

Bobbio, Norberto, Plenitud del orden jurídico y la interpretación.
<http://descargas.cervantesvirtual.com>

Borja Jiménez, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España.
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Borja2.pdf>

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

Castillo González, Francisco. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal." *La exclusión dolosa de la tipicidad y la analogía in malam partem*" Anuario de Derecho Penal. 2005.
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/05/10Francisco%20Castillo.pdf>

Castro Cuenca, Guillermo Carlos. Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. Universidad de Salamanca.

<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1197/2875>

Cerezo Mir, José. Derecho Penal I. Curso de Derecho Penal III. Parte General. Tema 31. El elemento volitivo de la reprochabilidad.

<http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000552.pdf>

Esparza Martínez, Bernardino. Problemática de los delitos electorales en su constitucionalización y legalidad. (Resumen del protocolo de investigación presentado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales el 4 de julio del 2007).

<http://www.inacipe.gob.mx/htm/QuienEsQuien/Investigacion/Opiniones/Problematic a.h>

Espinosa Torres, Maria del Pilar. Los delitos electorales y la reforma política mexicana. <http://www.letrasjuridicas.com/2/pilar2.doc>

Fazio, Hernán de. El juicio de Reproche y la Noción de la exigibilidad en la culpabilidad.

www.pensamientopenal.com.art/52fazi.doc.

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

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

García Ramírez, Sergio. Delitos en materia Electoral.

<http://www.bibliojuridico.org./libros/ 2/756/24.pdf>

Gimeno Presa, Concepción Teoría y Doctrina de la Interpretación jurídica en la Propuesta de Ricardo Guastini.

<http://www.cervantesvirtual.com./servlet/sirveobras>

Hernández Becerra, Augusto. Corrupción Electoral,

http://www.iidh.ed.cr/comunidades/reelectoral/docs/red_diccionario/corrupción%20e lc

Hernández Pozo, Msc. Israel. El Bien Jurídico Medio Ambiente en Cuba y la necesidad de su Protección sede Penal.

<http://www.gestiopolis.com/administracion-estrategia/proteccion-legal-del-medio-ambiente-cuba.htm>

Hernández Ramírez, José Luís. Análisis de la fórmula: «interpretación jurídica» del Párrafo cuarto del artículo 14 constitucional, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 5, 2001/2002, pp. 73-87.

<http://www.filosofiaderecho.com/rtdf/numero5/6-5.pdf>

Houed V., Mario. Algunos aspectos importantes en el estudio y aplicación de la teoría del delito.

www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/houed15.htm

Jescheck, Hans-Heinrich. Evolución del Concepto Jurídico Penal de culpabilidad en Alemania y Austria. Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. 2003
<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>

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

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

Moreno Hernández, Moisés. La influencia del finalismo en la dogmática penal mexicana. (El modelo lógico del derecho penal)
http://www.Cepaolcrum.org.mx./mmoreno/Influencia_finalismodogm.def

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

Parma, Carlos La Teoría del Delito": ideas de este siglo.
http://www.legalmania.com/derecho/teoria_delito.htm

Patiño Camarena, Javier. El Bien Jurídico Protegido por los delitos Electorales.
<http://www.bibliotecajuridica.org./libros/4/1724/9.pdf>.

Plascencia Villanueva, Raúl. Delitos contra la Democracia Electoral.
<http://www.bibliotecajurico.org./libros/4/174/9.pdf>

Paucer Armando, Gerson Bladimir. Lecciones de Derecho Penal Parte General (Peru)
<http://www.monografias.com/trabajos40/derecho-penal-peru2.shtml>

Pierre Matus, Jean A. Sobre la necesidad Constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales, Revista Universum, año 11- 1996,
<http://universum.otalca.cl/contenido/index-96/matus.html>

Poveda Perdomo, Alberto. Reseña sobre la Teoría del Delito y las Escuelas Dogmáticas.
<http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/resea-sobre-la-teora-del-delito-y-las.html>

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

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

Reátegui Sánchez, Jaimes, Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales.

<http://www.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm>

Reyes Ramos, Guillermo, Derecho Político y Ley Electoral (México), <http://www.monografias.com/trabajos47/ley-electoral/ley-electoral3.shtml>

Soberanía. <http://es.wikipedia.org/wiki/Soberan%C3%ADa>

Sainz Cantero, J.A. Principios de Culpabilidad y la Residencia en el Derecho Español, Tesis Doctoral. Director Enrique Bacigalupo Zapater.

<http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/CULPABILIDAD%20principio%20de.pdf>

Vivian, Bullemore. Derecho Penal Parte General Causalismo y Finalismo.

<http://penaludmcpo.blogspot.com/2007/06/causalismo-y-finalismo.html>

0

Uribe Sánchez, Luís Pedro. La conducta punible desde la óptica del Derecho Penal especial.

http://www.alipso.com/monografias2/Derecho_Penal_Especial/index.php

Uriza Razo, Rubén Principios del Derecho Penal. Derecho Penal I.

ITAM http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/prof%20asig/Uriza%20penal%20I/_Toc9624324

Urquiza Olaechea, José. El Bien Jurídico.

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

Velásquez V., Fernando. La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad.

http://unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/La_Culpabilidad_y_el_Principio_de_Culpabilidad.pdf

Zamora Jiménez, Arturo. Bien Jurídico y consentimiento en el Derecho Penal.

<http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos/bien%20juridicopdf>

Acerca del Método, Consideraciones Generales, El Método Jurídico.

<http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/BastidasMCL/Acerca%20del%20Meteodo.pdf>

Axiología Jurídica.

<http://enciclopedia.us.es/index.php/Axiolog%C3%ADa>

Caso: La Legítima Defensa Putativa.

<http://www.network54.com/Forum/460750/message/1153435642/Caso+de+Leg%EDtima+ Defensa +PUTATIVA>

Convención Americana de los Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Deberán existir los llamados Delitos Electorales?

<http://www.monografias.com/trabajos10/dexi/dexi.shtml?relacionados>

El Bien Jurídico.

<http://cie.pan.org.mx/PANJuridico/www/DGJuridicaResumenFepade.htm>

El Bien Jurídico para Jakobs Publicado por Joamoon Septiembre 9, 2007.

<http://lawiuris.wordpress.com/2007/09/09/el-bien-juridico-para-jakobs/>

El Bien Jurídico y la nueva criminalidad. La criminalidad informática o computacional.

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

Epistemología.

<http://www.todoexpertos.com/categorias/humanidades/filosofia/respuestas/1228902/epistemologia-concepto>

Estado. <http://es.wikipedia.org/wiki/Estado>.

Exposición de motivos que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y de la Ley General de los Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, a Cargo del Diputado Eduardo Sergio de La Torre Jaramillo, del Grupo Parlamentario Alternativa, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2223-III, jueves 29 de marzo de 2007,

<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/mar/20070329-III.html>

Gobierno. <http://es.wikipedia.org/wiki/Gobierno>

Imputabilidad, la culpabilidad y el dolo,

<http://www.monografias.com/trabajos32/inimputabilidadculpabilidad/inimputabilidad-culpabilidad.shtml>

La prohibición de la analogía *in malam partem*.

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

Método.

http://es.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9todo_cient%C3%ADfico

Metodología.

<http://es.wikipedia.org/wiki/Metodolog%C3%ADa>

Nociones básicas de Derecho penal Segunda Parte: La Teoría de la Infracción, Capítulo Introducción.

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/hurtadopoza1/nociones2.1.pdf>

La Responsabilidad Penal en la Teoría del delito. Instituto de la Judicatura de Bolivia. Programa de Capacitación y Actualización Permanente.

http://www.cnda.net.bo/biblioteca/lus_Pen_adu/contenido/modelo_03/responsabilidad_penal_culpabilidad_pdf

¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995?

<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-derecho%20penal/200010-00000003.html>

La Responsabilidad Penal en la Teoría del delito. Instituto de la Judicatura de Bolivia. Programa de Capacitación y Actualización Permanente.

http://www.cnda.net.bo/biblioteca/lus_Pen_adu/contenido/modelo_03/responsabilidad_penal_culpabilidad_pdf

Teoría de los elementos negativos del tipo y sus consecuencias.

www.wikilearning.com

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Amparo

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2008.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Comentado. IFE. Secretaría Ejecutiva, 1ª edición, México, 2003

Código Penal Federal

Código Penal para el Distrito Federal