

**FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
MAESTRO EN DERECHO**

**BASES PARA UN  
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO**

**Los límites al delito y a la pena**

**TOMO V**

**ANTONIO BERCHELMANN ARIZPE**

TM  
K1  
FDYC  
2003  
.B4  
v.5



1020148590

## CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO

### LA CULPABILIDAD COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO

— I —

#### La evolución de la culpabilidad en México

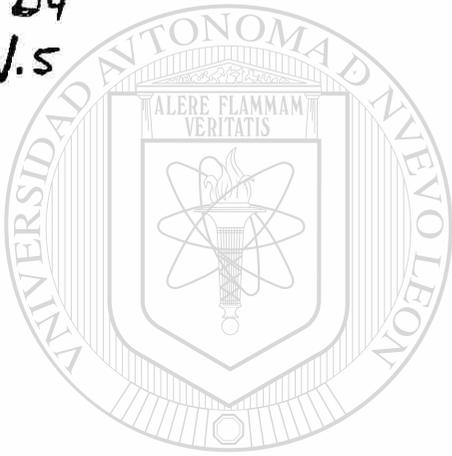
El CPC de 1941 fue una imitación casi literal del CPF de 1931. Con relación a estos códigos el legislador adoptó una posición ecléctica todavía difícil de entender e imposible de conciliar con la moderna concepción de la culpabilidad. Por una parte, la exposición de motivos no sin renuencia reconoció el principio aristotélico del libre albedrío como base de la responsabilidad penal, pero por la otra, asumió el positivismo italiano caracterizado por la peligrosidad social del autor en virtud del delito.<sup>904</sup> Con base en ello la culpabilidad se concibió a través de dos formas la "intención" y la "imprudencia". A las cuales se les entendió como conexiones psicológicas del sujeto con la acción, pero exentas de los contenidos normativos modernos, rechazando a la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la misma culpabilidad, no obstante que el causalismo de aquella época ya perfilaba aquél dato. A ello se le sumó la presunción legal del dolo —o de la intención delictuosa como la llamó la ley— y la interpretación a que condujeron las reglas legales en las que operaba dicha presunción. De esa manera el dogma de "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento" y la misma potestad punitiva estatal se ampliaron a límites insospechados en detrimento de las aspiraciones a un estado de derecho. Pues era improcedente como motivo de inculpabilidad cualquier clase de equivocación acerca del hecho, cualquier "ignorancia" acerca del alcance de la ley y cualquier creencia "errónea" —fundada en datos objetivos— acerca de la justificación o licitud de la conducta y de su relevancia penal. Quizá por ello es casi inexistente en la jurisprudencia un desarrollo de la culpabilidad como categoría o elemento del delito o de las causas que la excluyen, salvo el temor fundado y el caso fortuito, cuyos criterios son escasos y con frecuencia poco claros. Todo ello dio como consecuencia (antes de la reforma penal federal de 1983-93) no solo que se cancelará a la culpabilidad como elemento del delito, sino que en el CPF de 1931 y en el CPC de 1941 prevaleciera encubierto el "versare in re illicita". Mismo que en la práctica aún no se abandona en muchos casos alentada por la noción objetivista del cuerpo del delito. Es decir, durante más de cincuenta años predominó legalmente una responsabilidad penal objetiva, condenando tan solo por la manifestación objetiva de la conducta o por la causación ciega del resultado y luego fundando la pena en la "peligrosidad" del delincuente. La que siempre se suponía que existía en quien había cometido el delito entendido de la manera anterior.

Por otra parte es claro que la estructura dogmática del causalismo psicologista al partir de un concepto de acción sin verdadero contenido de voluntad, fracturó artificialmente los datos ónticos de la acción. Con las inherentes consecuencias que ello representó. Fundamentalmente para la tipicidad y la culpabilidad y en cierta medida para la antijuridicidad. Además, al agotarse la culpabilidad en los conceptos subjetivos de la intención dañosa o la causación imprudente llevó a considerar que el temor fundado o el estado de necesidad inculpable eliminaban el dolo. Algo así como que al empleado que se le amenaza con un arma para que entregue a otro de rehén, no tendría el conocimiento de entregarlo. Ni menos aún que esa conducta de ordinario es

<sup>904</sup> Ver José Ángel Cenceros y Luis Gamdo *La Ley Penal Mexicana*, Ediciones Botas México 1938 pp 15 36 y ss

312627

TH  
K1  
FD4C  
2003  
.B4  
v.5



# UANL

---

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



FONDO  
TESIS

penalmente prohibida. Asimismo, si el dolo pertenecía a la culpabilidad, desde ese punto de vista era inadecuado estimar que quien mataba en legítima defensa lo hacía con dolo, porque el tipo penal sólo habría de analizarse objetivamente, salvo los elementos subjetivos específicos del tipo que solo después de cierto tiempo se admitieron por la SCJN como una excepción con relación al tipo objetivo con el cual se identificaba al cuerpo del delito. El objeto de regulación del Derecho Penal, que es la conducta humana, pasó así a último plano y aún así, desfigurado y anulado con la aludida presunción de intencionalidad, con la cual en realidad se cancelaba la significación íntegra de la conducta que interesa regular al Derecho Penal. Se debe también reconocer que parte de esos desvíos se corrigen con la concepción «normativista» de la culpabilidad que luego enarbó el causalismo y que se reflejó en parte con las reformas al CPF de 1983. Sergio Vela Treviño dio buena cuenta de esa postura en México a través de su monografía *“Culpabilidad e inculpabilidad”*.<sup>906</sup> Aunque esta corriente sigue adoleciendo la falla de concebir a la conducta, al tipo penal y al injusto como categorías objetivas; con lo cual al «normativismo» causalista le siguen siendo aplicables las críticas de imaginar a la conducta de manera artificial en el ámbito de ella misma, de la tipicidad y de la antijuridicidad, con muchas de las consecuencias indeseables a que se aludió en capítulos anteriores. Sin embargo, a partir de 1983 es cuando se observa un gran impulso innovador en el CPF y el CPC. Las reformas a la Parte General del CPF y del CPC de los años de 1983 hasta 1993-94, con relación a la teoría del delito, dan como saldo claros perfiles del finalismo. El que ya se asumió en la reforma del CPF de 1993-94 —e incluso desde 1991—, con algunos atisbos del funcionalismo. Los que en el nuevo CPC de 1999 y el nuevo CPDF de 2002 se intentan mejorar y clarificar para más seguridad jurídica, ajustados a la realidad y a la experiencia propia.

Así, no hay que olvidar que el psicologismo y el normativismo causalistas —al analizar el contenido de los elementos del delito— estiman de naturaleza objetiva a la acción, a la tipicidad y a la antijuridicidad. Y mientras el psicologismo causalista le asigna a la culpabilidad un carácter puramente subjetivo. Es decir, de si el sujeto quiso el acto u omisión. A su vez el normativismo pasa a darle un contenido subjetivo-normativo, de si el sujeto tuvo el fin que implica el tipo penal o actuó culposamente y con la conciencia de la antijuridicidad de su conducta y pudo actuar de otro modo. De esta manera, tan el psicologismo como el normativismo causalistas establecen que la acción —como primer elemento del delito— es sólo acto causal. En el que la voluntad sólo entra en juego (en este primer momento), para el puro efecto de determinar el movimiento corporal. Mismo que adquiere su carácter típico cuando se ajusta objetivamente a los elementos del tipo. En tanto que la intención o la imprudencia nutren a la culpabilidad. A la cual se le hace consistir en la conexión psicológica del autor con su acción. El normativismo le añade a la culpabilidad la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. Mas la actual regulación del CPF, del nuevo CPDF y del nuevo CPC permite replantear ahora de otra manera el estudio del delito. Para que a la conducta se le considere y analice con sus datos ónticos reales que tienen sentido para el Derecho Penal y, por ende, con su auténtica carga de voluntad. La que no se queda en pura determinación psíquica de impulsar un movimiento del cuerpo o detenerlo. Sino que la acción, con su contenido de voluntad, encierra a la vez una dirección consciente de la actividad hacia un objetivo propuesto. Escogiendo los medios, su modo de emplearlos y la

<sup>906</sup> Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e inculpabilidad*, primera edición, Editorial Trillas, México, 1987, en especial, pp 202 y ss.

oportunidad para aplicarlos a efecto de obtener o cumplir el fin previamente anticipado. Ese "contenido" de la voluntad le da sentido a la acción y forma entonces parte integrante de ella para los efectos jurídico-penales de las demás categorías o elementos del delito, aunque estas mismas categorías también dejen su propia impronta en la conducta como objeto de valoración. Y, por ende, es indebido deformar la significación de la acción y endosar su aforo de fin nada más a la culpabilidad como último elemento o estrato en el análisis jurídico del delito. Éste marco conceptual trasciende necesariamente a los contenidos de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad en la estructura del delito. De entrada, el dolo y la culpa se trasladan al tipo y se deja a la culpabilidad con un contenido nuevo. Y, además, esta visión se complementa en la esfera del tipo penal con la consideración funcionalista de que el Derecho Penal, al describir en los tipos penales a las conductas punibles, supone en ellas a los elementos de valor y desvalor que él describe y/o implica en el mismo tipo penal. Esa concepción apareja, en consecuencia, que se amplíe el espacio del tipo penal —y se reduzca el del poder punitivo— al incluir en aquél al dolo que consiste en el conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias que integran los elementos objetivos del tipo, apreciando la significación social de lo que se hace. A diferencia del finalismo, para el cual el dolo sólo alcanzaría los elementos materiales del tipo y que deja una zona gris respecto al conocimiento de los elementos normativos de valor o desvalor del mismo tipo penal. La conducta no es —según la tesis finalista— la manifestación ciega de la voluntad, sino la manifestación de una voluntad vidente con contenido de fin. Y —según la tesis funcionalista— como el Derecho Penal recoge conductas que juzga especialmente injustas que ameritan su punición; por ende, la conducta típica tampoco es sólo la exteriorización de aquella voluntad con un fin de contenido típico pero avalorado; sino que aquella, además, involucra la comprensión del significado social de la acción u omisión que se realiza según los elementos normativos que el legislador introduce en el tipo penal, en el cual se incluye a la misma antijuridicidad material de la conducta. Por lo tanto, según estas tesis y de acuerdo con los artículos 7°, 9° y 15-VIII-a) del CPF, para que exista conducta típica es insuficiente que la manifestación exterior de la conducta se arregle —en forma objetiva— a los elementos de la descripción legal (tipo objetivo.) Sino que, además, es necesario que exista el conocimiento de lo que se realiza. Y, asimismo, que el contenido de voluntad sea el de colmar el contenido de la descripción legal del hecho punible. Tipo penal doloso. O en su caso, que al realizar la acción el sujeto tenga diverso contenido de voluntad del hecho que realiza y describe el tipo penal, pero con la que objetivamente contraría un deber de cuidado que genera un riesgo no permitido sujeto al dominio de la acción y por el que al menos resulta previsible la causación del resultado que se viene a producir por aquel quebrantamiento riesgoso y que el tipo penal capta. Tipo penal culposo.

Cabe mencionar también, que la nueva estructura que se esboza se refuerza con la derogación de la presunción legal del dolo y la cancelación del criterio de "peligrosidad" como fundamento de la pena. Poniéndose igualmente en evidencia un contenido diferente del juicio de reproche. Así, mientras el finalismo concibe a la culpabilidad como el poder conocer tan la antijuridicidad material como la formal de la conducta y el poder conducirse conforme a Derecho; para el funcionalismo la culpabilidad se halla tan sólo en la conciencia de la ilicitud formal, además de nuevas condiciones para la punibilidad, a las que les llama "responsabilidad". Esto último ocurre así —como se verá más adelante— por la diversa consideración de que la culpabilidad en sí es insuficiente para fundar la pena. Pues aun cuando la culpabilidad exista, la pena sólo

se debe imponer cuando —y en la medida que— sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico. Por lo tanto, en los casos que aún habiéndose obrado con culpabilidad sea innecesaria la pena a aquellos efectos, o su aplicación o ejecución sea irracional, se debe prescindir de ella o buscar medidas alternas que sean suficientes a los fines preventivos de la misma. En suma:

La culpabilidad ya no es en sí la conducta dolosa o culposa. Pues estas formas subjetivas o normativas son elementos del tipo penal. Y sólo serán unas de las bases alternas sobre las que dicho juicio se formule. Y de acuerdo con los artículos 7º y 15-VII-VIII-IX del CPF, 18 y 29-VII-VIII-IX del CPDF y 12, 48, 49, 51 y 52 del CPC, a la culpabilidad ahora se le puede concebir cuando conociendo las circunstancias fácticas de las que se deriva la antijuridicidad material de la conducta, *la persona obra con la razonable posibilidad de conocer la ilicitud penal de aquella conducta (conciencia del injusto penal); y, además, porque pudo conducirse conforme a Derecho (exigibilidad de otra conducta.)* La posibilidad de conciencia del injusto penal y la exigibilidad jurídica de otra conducta se inscriben así como condiciones de la culpabilidad para una tesis finalista. En tanto que según las implicaciones que se desprenden del funcionalismo y de acuerdo también con las disposiciones citadas: la conciencia de la ilicitud sólo se referirá a la apreciación normativa de la ilicitud, en tanto que la captación de las circunstancias fácticas de las que surge la antijuridicidad material ya se reservan al llamado injusto subjetivo. A su vez, en dicha concepción funcionalista, a la exigibilidad de otra conducta como contenido de la culpabilidad, se le sustituye por la función de la necesidad estricta de prevención especial o general en el caso concreto —que Roxón llama “responsabilidad”<sup>906</sup>—. Ésta condición nueva estribaría en la estricta necesidad social de la pena, esto es, la “responsabilidad”.<sup>907</sup>

En cualquier caso, el carácter de la culpabilidad es prevalentemente normativo. En ella se deberá examinar si el agente pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y, además, pudo, racionalmente, conducirse de otro modo —según la postura finalista—. O bien, si la conducta que aquel eligió amerita la necesidad social de la pena de acuerdo con las circunstancias en que actuó —según el «funcionalismo—. Pues de otra forma, según la primera postura, no podría existir el “ánimo de contradicción del comportamiento con el exigido por la ley” como antes decía el CPC de 1983; o bien, según la segunda orientación, faltaría la responsabilidad del sujeto como un punto esencial de la culpabilidad.

La culpabilidad penal —en esencia y en última instancia—, viene a ser el juicio de reproche porque el sujeto «pudo ajustar» su conducta conforme a Derecho o —como también se dice— porque «pudo actuar de otro modo». Al cual se le añadiría un plus, por el cual se podría hablar ya no de culpabilidad, sino de «responsabilidad», en cuanto el sujeto ha de responder por su inajuste a la norma sólo si en el caso concreto la pena se revela socio-jurídicamente indispensable según el marco funcional jurídico que la Constitución asigna a aquella con relación a los fines del sistema penal.

No obstante todo lo dicho y contra lo que ya se desprende de la ley penal, en buena parte de la práctica y la jurisprudencia mexicanas todavía imperan nociones causalistas. Es decir, en ellas prevalece —como dice Moisés Moreno—: (...) tanto el concepto causal de acción como el concepto mixto de culpabilidad; por lo que hasta ahora sigue siendo dominante la opinión de que el dolo y la culpa son partes integrantes de la culpabilidad.<sup>908</sup> En estas últimas líneas de pensamiento se inscribieron en su tiempo ilustres penalistas mexicanos, como Fernando Castellanos Tena, Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos, Celestino Porte Petit, Francisco Pavón Vasconcelos, Sergio García Ramírez y Sergio Vela Treviño.<sup>909</sup> Más en épocas

<sup>906</sup> Claus Roxón, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., pp. 790 a 813 y 896 y ss.

<sup>907</sup> Según se examina al final de este CAPÍTULO y en el siguiente.

<sup>908</sup> Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, Centro de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1989, pp. 216.

<sup>909</sup> Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1996, pp. 233 y ss. Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, pp. 425 y ss. Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México,

recientes, Olga Islas, Elpidio Ramírez, Gustavo Malo Camacho, Arturo Villarreal Palos, Octavio Orellana Wiarco, Enrique Díaz-Aranda y Moisés Moreno Hernández<sup>910</sup> orientan su estudio del Derecho Penal Mexicano por senderos finalistas y —en ciertos sentidos— funcionalistas. Por ende: ¿cuál de esas posturas respecto a la culpabilidad se corresponde en realidad con el derecho vigente? Y ¿cuál es —a la vez— compatible con la aspiración a un estado de derecho?

Ya di parte de la respuesta a la segunda pregunta cuando me ocupé de los conceptos de conducta, de tipo y de conducta típica.<sup>911</sup> Y en gran medida también ya contesté la primera interrogante cuando me ocupé de esos tópicos en la fundamentación de las conminaciones penales.<sup>912</sup> Pero abundaré ahora con relación a la culpabilidad, de la cual ya en este primer punto afirmo que de acuerdo con los actuales contenidos de la ley penal mexicana, bien se puede sostener su posición finalista —e incluso funcionalista— con un enfoque mejor orientado a un estado de derecho, como lo fundaré más adelante.

## — II —

### La fundamentación de la culpabilidad

El artículo 1º de nuestra Constitución concibe libres a todas las personas y es en ejercicio de nuestra libertad que podemos elegir entre una conducta conforme a Derecho o la que se acomode al hecho punible y, por tanto, contraria a la llamada de la norma penal. Por ello se debe reconocer que la punición es admisible sólo si la persona tuvo un margen racional de elegir y de autodeterminarse en sentido contrario a la conducta penalmente prohibida; esto es, de optar conforme a la llamada de la norma penal en el caso concreto al estar en un contexto de comunicación con ella y poder conducirse de otro modo. La culpabilidad así entendida se erige como límite a la potestad estatal de punir. La ley penal y los jueces deben reconocer ese imperativo y ese límite, si es que se desea discurrir por los cauces de un estado democrático. Y es indudable que la ley ya admite y consigna esa exigencia. En efecto, el artículo 12 del CPC prevé que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen una o varias sanciones penales. Y el artículo 48 del CPC prevé que: *“se conduce culpablemente, quién conoce o puede conocer la ilicitud penal de su conducta y, además, se puede conducir conforme a Derecho”*. De esta manera, la definición vigente del CPC establece que para que la conducta que se enjuicia sea delito, además de ser típica y antijurídica, debe ser culpable. Y que ésta existe sólo cuando el sujeto decidió en el caso concreto realizar una conducta típica que resultó antijurídica, cuya ilicitud penal “conocía o pudo conocer” y no obstante que “podía actuar conforme a Derecho”.

¿Es posible obtener la misma conclusión del CPF y del CPDF? Sí lo es. Pues aunque el CPF y el CPDF no conceptúan a la «culpabilidad», ésta sí se puede deducir claramente con aquel contenido al reconstruir

1983, pp. 282 y ss. Celestino Porta Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 431 y ss. Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 375 y ss. Sergio García Ramírez, *Derecho Penal*, UNAM, México, 1990, pp. 65 y ss.; Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, op. cit., pp. 202 y ss.

<sup>910</sup> Olga Islas y Elpidio Ramírez, *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pp. 65 y ss.; Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1997, pp. 354 y ss.; Arturo Villarreal Palos, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994, pp. 116 y ss.; Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994; Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001 y, además, *Doña, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

Moisés Moreno Hernández, op. cit., pp. 216 y ss.

<sup>911</sup> Ver el CAPÍTULO QUINTO de este trabajo.

<sup>912</sup> Ver el CAPÍTULO TERCERO de este trabajo.

dogmáticamente y en sentido contrario las excluyentes de delito que se refieren a ella en los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF. Así, la regulación de la inimputabilidad como excluyente de delito permite forjar una noción de culpabilidad como la que se señaló. En efecto, las sendas fracciones VII de los artículos antes dichos (15 del CPF y 29 del CPDF), disponen que el delito se excluye cuando: (...) *Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.* Por lo tanto, si el delito se excluye porque el sujeto al realizar su conducta carece de capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, de ello se deriva que para que una persona sea culpable es preciso que al realizar su conducta sea capaz de comprender su ilicitud y de determinarse conforme a Derecho. Y de que si ello es así, entonces, además, será necesario que el sujeto que realiza el injusto esté en un contexto de comunicación con la norma motivadora que se desprende la norma prohibitiva del tipo penal, bien sea porque al realizar su conducta conoce o puede conocer la ilicitud penal de la misma y puede asimismo conducirse de otro modo. De no deducirse esta consecuencia carecería de sentido la excluyente apuntada. La derivación anterior se confirma y complementa con los sendas fracciones VIII-b) de los citados artículos 15 del CPF y 29 del CPDF, que excluyen el delito por «error de prohibición» cuando: (...) *Se realice la acción o la omisión bajo un error «invencible» respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.* Porque en verdad esas eximentes carecerían de sentido si para cometer delito fuese irrelevante que el sujeto conociese o no supiere de la ilicitud penal de su conducta o hubiere o no hubiere estado en posibilidad razonable de conocerla en caso de que el error hubiere sido »vencible» de acuerdo con los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF. Y, por último, la noción que se ha dado de la culpabilidad también se corrobora y completa con las sendas fracciones IX de los citados artículos 15 del CPF y 29 del CPDF que regulan la «inexigibilidad de otra conducta» para excluir el delito, si: (...) *atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.* Porque, asimismo, estas excluyentes de delito quedarían huecas si acaso para determinar el delito no importase examinar si en el caso concreto era o no era razonable que la persona se condujere de otro modo.

La conducta «culpable» --de acuerdo con las mismas disposiciones vigentes de la ley penal mexicana-- no estriba pues en saber qué es lo que se hace, lo cual atañe al dolo. Sino en «saber» o «poder saber» que «lo que se hace es penalmente ilícito» y «poder ajustar la conducta a Derecho».

Si ello es así, únicamente se podrá emitir un juicio de reproche acerca de la conducta de la persona cuando en el caso concreto a ella le era exigible realizar un comportamiento conforme a la norma en virtud de que pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y actuar de otro modo. ¿Pero es o no es correcto el anterior concepto de culpabilidad? Primero hay que aclarar que la «culpabilidad» es un juicio de reproche que se formula sobre la «conducta culpable», la cual es el «objeto de valoración» de ese juicio. Y en realidad el concepto que ya se perfiló es más el de conducta culpable que el de culpabilidad. Pero para formular éste juicio son decisivas las

circunstancias en las que se funde el carácter culpable de una conducta. Y ellas involucran, necesariamente, elementos subjetivos y normativos acerca de la conducta, de las condiciones de la persona que la realiza y de las circunstancias en las que la despliega. De aquí que por más que se insista en que la «culpabilidad» es puramente «normativa» o puramente «subjetiva», la reprochabilidad de la conducta ha de surgir tan de las «condiciones del sujeto» como de las «circunstancias del hecho» que sean «conocidas por él» o por las cuales él pudo saber la ilicitud penal de su conducta y conducirse de otro modo.

Ahora bien, el punto toral del juicio de culpabilidad —tan en el CPF y el CPDF como en el CPC— incide en última instancia en "poder actuar de otro modo". Lo cual apareja un reproche al sujeto porque actuó contra la norma en vez de que pudo elegir a favor de ella. Lo que a la vez tendría su sustento en el libre albedrío. ¿Pero se puede fundar la culpabilidad en el libre albedrío? Porque en el fondo el «poder actuar de otro modo» parecería ser el sustrato material último de la culpabilidad. En cuanto el reproche personal contra el sujeto se fundamenta en que transgredió la norma prohibitiva porque no omitió la acción antijurídica u omitió antijurídicamente la acción debida, aunque pudo ajustarse a Derecho. En suma, a la persona se le reprocha el que no se haya comportado conforme a Derecho cuando se pudo decidir de acuerdo con él. Con ello, la base interna de la conducta culpable reside en que el ser humano esta revestido de autodeterminación moral libre y responsable y es por ello que en un caso concreto habrá de reprocharse su conducta cuando al realizarla el «podía» decidirse por el Derecho y contra el injusto. Contra esto se aduce que el libre albedrío es indemostrable. Que no está sujeto a verificación empírica. Además de que el libre albedrío no se condice con la hipótesis de que todos estamos determinados por nuestro medio y nuestras circunstancias. De la cual se seguiría que en realidad ninguna decisión es libre. Sin embargo, si bien es verdad que el libre albedrío es indemostrable. Igual lo es que el determinismo estricto tampoco es empíricamente verificable y —como dice Roxin—es, además, "prácticamente inviable".<sup>913</sup> Empero, ello no excluye la crítica que el libre albedrío presupone un fenómeno que científicamente no se puede constatar y que, por ende, ello debería conducir siempre a la absolución en virtud del principio "in dubio pro reo". Lo cual haría imposible un Derecho Penal de la culpabilidad. Se intenta salir al paso de esta consecuencia diciendo que el «poder actuar de otro modo» no se decide de acuerdo con el poder individual del sujeto, sino conforme al poder de la persona media y según la experiencia corriente. Pero ello apareja una reformulación del concepto en el sentido de que el sujeto habría podido actuar de otro modo en la situación en que él se encontraba, porque «otro en su lugar» habría actuado de ese otro modo. ¿Y qué acaso hemos de reprocharle a una persona por lo que otra pudiera haber hecho y que ella precisamente no pudo hacer, sin caer así en la ilegitimidad esencial de contradecir el punto de partida de que es al propio sujeto —y no a otro— al que le ha de ser posible una decisión libre?

Para enfrentar a estas consecuencias se han formulado las que parten del «carácter» y del «ser» del sujeto. Las que se matizan en el sentido de que él se decide a sí mismo y con ello crea a su propio ser. Por ende, cada cual debe responder por lo que él hace en cuanto es emanación de su personalidad. Empero, aunque es cierto que con tales tácticas se eluden los reparos a la tesis del libre albedrío, a la vez es verdad que con ellas se renuncia totalmente a la retribución, para sustituir la fundamentación de la responsabilidad por necesidades

<sup>913</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General...*, op. cit., T. I, p. 799.

y fines puramente preventivos; acudiéndose, en suma, a una *responsabilidad social del sujeto* «por la conducción de su vida», que prescinde del reproche moral. Pero, además, los reparos a la postura anterior surgen desde el punto de vista de la falta de respeto a un estado de derecho, pues la pena se sustentaría en la conducción de la vida del sujeto y ya no en la acción que él eligió. Y que precisamente es por la cual se le juzga. Por lo demás, es del todo recusable que los afanes de prevención de la pena —sean de prevención general o especial— se introduzcan sin más como motivo para sustentar y agravar el reproche y, por tanto, eventualmente repercutan en la extensión o la intensidad de la pena judicial que ha de sufrir el sentenciado, porque si se quieren respetar los derechos del ser humano no se puede sin más trastocar la culpabilidad del acto por la culpabilidad del autor. Ello apareja un simple cambio de etiquetas, a la peligrosidad del autor se le llamaría ahora culpabilidad del autor. Y a éste ya no sólo se le sancionaría por lo que hizo sino por lo que ha hecho de su vida antes del acto por el se le juzga y condena, que es, precisamente a lo que sólo autoriza nuestra C. sin que ella tolere la retroactuación del juzgamiento penal (con todas sus consecuencias) a lo que la persona ha hecho de su vida. (Artículos 14, 16 y 19 C.) Mas tampoco lo dicho significa que ya en la individualización de la pena con base en la culpabilidad del acto tengan que dejarse de lado los datos personales del autor, sino que estos pueden considerarse sólo si y en la medida que hayan facilitado o dificultado la decisión de actuar contra la norma, dentro de un esquema de respeto a los derechos fundamentales de las personas que sea congruente con los derechos y los deberes expresos o implícitos del ser humano por vivir en sociedad que se desprenden de la C., según se verá en su oportunidad. Como también se verá cuál es el sentido de la previsión de los artículos 51 del CPF, 71 del CPDF y 69 a 75 del CPC, referentes a las pautas para individualizar judicialmente las penas. Asimismo, con base en aquél criterio —de introducir en el juzgamiento penal del delito el reproche por la conducción de la vida— la pena habría de ser entonces indeterminada hasta por el tiempo necesario para que se cambie la personalidad que el sujeto se forjó y por la cuál se determinó al delito, lo cual ciertamente no se condice con nuestro sistema jurídico que exige la certeza en la determinación de las penas cuantificables. Igualmente, aquella tesis daría como consecuencia la culpabilidad de los enfermos mentales y de otros inimputables. Porque, ¿qué acaso ellos no actúan conforme a su modo de ser existente? En la trinchera que evita sustentar la culpabilidad en el libre albedrío se inscribe el funcionalismo de Jakobs. Él entiende a la culpabilidad en un sentido funcional. Su fin —o «función»— es la prevención general y sólo ésta fundamenta la necesidad de la pena. Pero a la prevención general la concibe no con fines intimidatorios, sino como promotora de la "fidelidad al Derecho". La pena —dice Jakobs—: (...) restablece la confianza que el delito ocasiona como frustración de las expectativas de la comunidad jurídica. El fin de la pena es la estabilización de esa confianza. Y sólo cuando exista la posibilidad de resolver dicha frustración de otra manera, es posible considerar la exculpación.<sup>914</sup> Pero ello, en el fondo es ni más ni menos que pura prevención general con trasfondo positivista adosado con otra terminología. Por ende, no salva la crítica de que se sanciona a la persona ya no en consideración a sí misma, sino de «lo que sería necesario» —lo cual es bastante impreciso— "para promover la fidelidad de los ciudadanos al Derecho". Por lo tanto, la pena se impondría en consideración a otros. Amén de que esa postura también conlleva una fuerte dosis de prevención especial como fundatoria de la pena. Pues en tanto falten remedios que eviten a la

<sup>914</sup> Günter Jakobs, cit. por Claus Roxin en *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, op. cit., T. I, pp. 234 y ss.

persona su "tendencia a frustrar la fidelidad al Derecho", aquella habría de continuar bajo el imperio de la sanción. Con todo ello se irrumpe contra el estado democrático. Pues a la persona se le convierte en instrumento de "los intereses sociales de estabilización", con lo que se le trueca en un simple objeto para lograr los fines de otros, lo que atenta contra la dignidad humana protegida por la C.

Ante los problemas que apareja el libre albedrío, ya Arturo Villarreal Palos —en su completo estudio sobre "culpabilidad y pena"— da cuenta del desencanto acerca de un concepto de culpabilidad que se base en la retribución, a grado tal que se tiende a sustituirlo con otros contenidos enfocados estrictamente a la necesidad social de la pena según consideraciones de prevención social positiva. Así Villarreal Palos señala con precisión que son tres los puntos fundamentales en que converge el movimiento de reforma del Derecho Penal: (...) 1. El abandono absoluto de la retribución como fin de la pena y su conceptualización exclusiva como instrumento de prevención. 2. El serio cuestionamiento al fundamento de la pena en el libre albedrío y la búsqueda inacabada de nuevos fundamentos de la sanción, acordes con la idea preventiva del Derecho Penal. 3. La necesidad de que la pena preventiva no rebase el grado que derive de los hechos del autor, con lo que se busca evitar cualquier exceso en la intervención punitiva estatal. Aquí el acuerdo parece unánime, se trata de afirmar un principio garantista fundamental del Estado Democrático de Derecho.<sup>915</sup> Más precisamente por lo expuesto, se puede insistir en lo que destacaré al ocuparme de la fundamentación político-criminal de la medida de la pena en el ámbito de la culpabilidad. La cuestión de si: ¿La culpabilidad da derecho al Estado al reproche? O si más bien: ¿Es el medio de mantener dentro de unos límites los intereses de la colectividad frente a la libertad individual? La respuesta sólo puede ser en el sentido de la segunda alternativa. Porque la libertad y dignidad de las personas que se deriva de la Constitución son derechos de protección de las personas frente al Estado. Sin que a la culpabilidad se le pueda trastocar en una facultad de injerencia estatal contra las personas como si fuesen ajenas a esos derechos. De ello se sigue que la culpabilidad es siempre *un juicio sobre un acto humano libre acerca del cual al sujeto le era conocible su ilicitud penal y asimismo le era racionalmente posible conducirse de otro modo*; por lo que —como lo señala Roxin— (...) que para la justificación de la pena, en tanto se pueda imputar su hacer culpable al delincuente, éste tendrá la obligación en atención a la comunidad de cargar con la pena. Ello es justo y legítimo, porque aquél, como miembro de la comunidad, tiene que responder por sus hechos hasta la medida de su culpabilidad en ellos, para la salvaguardia del orden de aquella. De ese modo, a la persona no se le utiliza como medio para los fines de otros. Sino que al asumir su responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de ciudadano con igualdad de derechos y obligaciones. Quien no quiera reconocer esto como justificación de la pena, tendrá que negar la existencia de deberes públicos y, con ello en definitiva, el sentido y misión del Estado.<sup>916</sup>

Más si ello es así, ello igualmente aparejará entonces la necesidad de armonizar los derechos de libertad, dignidad, igualdad, socialización, seguridad jurídica y proporcionalidad que protegen los artículos 2º, 3º, 14, 17, 18 y 22 C, con la misma garantía de responsabilidad penal de los artículos 16 y 19 C. Lo que conduce a que la culpabilidad hay que concebirla dentro de los límites que se derivan de un estado de derecho y que se sustenten en la Constitución. Planteamiento que es indispensable cuando será por su misma culpabilidad que se privará a la persona de sus derechos y dentro de los que se incluye normalmente la privación de su libertad.

<sup>915</sup> Arturo Villarreal Palos, *Culpabilidad y Pena*, op. cit. p. 111

<sup>916</sup> Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, op. cit., pp. 96 y ss...

Todo ello tiene importancia porque entonces hay que reconocer con sencillez que:

Sólo puede haber culpabilidad en la medida en que la persona al realizar la conducta esté en condiciones de poder elegir libremente de acuerdo con la norma penal, la cual se debe apreciar con ciertos parámetros que —ajustados a los criterios de conocimiento posible de la ilicitud penal de su conducta, de proporcionalidad e igualdad— respeten a la vez la dignidad, el marco de libertad para decidir y el derecho a socializar o no socializar en cualquiera de los ámbitos y medios no ilícitos de la misma sociedad que la Constitución reconoce al particular.

Y, por lo tanto, aunque la pena siempre tenga un ingrediente inseparable de castigo que se basa en el reproche que se formula por elegir contra Derecho cuando era racionalmente posible ajustarse al mismo: a aquél se le debe limitar dialécticamente por los mismos derechos de libertad, igualdad, seguridad jurídica, proporcionalidad, socialización o no-socialización y dignidad humanas, y en el mismo sentido oponérsele, además, los fines que el artículo 18 C. asigna al "sistema penal", esto es, sólo para buscar y admitir penas que se limiten por la racionalidad y sean las estrictamente indispensables para procurar la resocialización de la persona (como inclusión responsable del individuo libre en sociedad.)

Como ya se advierte en esas ideas, al castigo y a la prevención que surgen de los afanes del poder punitivo se les retira en virtud de un entendimiento sano de la culpabilidad, mismo que parte del ejercicio libre y responsable de la propia conducta. En tanto que si el reproche fundamenta la pena, a la vez él mismo está limitado porque la pretensión no puede ser la de punir siempre que se estime que la persona pudo actuar conforme a Derecho sin más, sino sólo y nada más cuando ese «pudo» se dé en condiciones que aparezcan respetar los marcos de igualdad y dignidad de la persona y de libertad en las que ella se puede desenvolver según su situación de vulnerabilidad sin afectar antijurídicamente los bienes de los demás, de tal manera que el caso concreto se haga indispensable la necesidad social de imponerle cierta pena, con la cuál siempre se ha de buscar en lo posible la reinserción social del sentenciado.

De lo que se sigue, que tampoco la culpabilidad fundamenta en sí misma cualquier pena ni cualquier entidad de ella. Sino sólo la podrá tolerar dentro de los límites que señale la ley, en tanto la entidad de la pena se ajuste sólo hasta la medida de la culpabilidad concreta por el acto y que aún así, dicha pena habrá de ajustarse a la que en su calidad y cantidad (de acuerdo con los cauces legales) sea indispensable para la paz, la resocialización del responsable y que evite en lo posible el no-beneficio social. La culpabilidad así entendida funciona más que como fundamento de la pena, como un límite adicional al poder punitivo del Estado, esto es, como razón para excluir en ciertos casos el deber de responder con la pena o para disminuir su intensidad e incluso para sustituirla en su calidad, en respeto del individuo y en aras de promover su socialización.

En tal contexto, lejos de suprimir el concepto de culpabilidad hay que acotarlo. A efecto de que funcione como una noción que protege al individuo de excesos del poder punitivo estatal y de las nociones que atenten contra sus derechos y garantías no excluidos por su propia responsabilidad.

La idea de una culpabilidad que se basa en la libertad de elegir es —y debe ser— congruente con los derechos de igualdad y dignidad humana y autonomía de las personas que protege nuestra ley fundamental; la cual presupone al hombre y a la mujer como seres libres y capaces de responsabilidad y con derecho a vivir de ese modo en la sociedad. Lo que tiene su fundamento en las garantías de igualdad, de libertad y de dignidad y las ideas de responsabilidad y readaptación social que consagran los artículos 1º y 3º C<sup>97</sup>, con relación a los artículos 16, 18 y 19 C. Y si como se argumenta, no se puede decidir con seguridad si esa imagen del ser humano acierta con arreglo a las ciencias del ser, ello en nada cambia el hecho —según ya lo afirmó con acierto Roxin— (...) de que los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y de responsabilidad. Lo que no se puede probar que sea "correcto" con los métodos de las ciencias naturales. Pero

<sup>97</sup> El artículo 3º, fracción II (inciso c) de la C., recoge la idea de «dignidad de la persona» que se debe inculcar como uno de los fines de la educación que contribuya a la mejor convivencia humana.

que tiene, con total independencia de ello, su legitimación, en cuanto decisión de la sociedad para crear un orden libre y conforme a un estado de derecho.<sup>814</sup> Con ello se evita el emplear a la culpabilidad para justificar medidas meramente retributivas. O meramente preventivas. Porque un concepto de culpabilidad que se dirija a coartar el poder de la autoridad y que por tanto actúe a favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento, es porque se ajusta a los derechos humanos de igualdad, libertad, socialización y dignidad del responsable (entre otros) —y a los que se refieren las garantías de los artículos 1º, 2º, 1º, 2º, 4º, 12, 13 y 18 de la carta fundamental— y las cuales deben correlacionarse con la idea de «responsabilidad penal» que se enmarca en los artículos 16 y 19 C. Sin que quepa así trastocar esa responsabilidad penal en la mera expresión de una potestad ilimitada del Estado en contra de la personas cuando ejerza el poder punitivo en la aplicación de la ley penal. La culpabilidad-responsabilidad debe así concebirse como un límite jurídico y racional de la pena fundado en bases constitucionales, más que en fundamento de ésta. Pero lo anterior tampoco debe llevar a pensar que la culpabilidad es mera ficción jurídica que carece de realidad y que sólo operaría como un principio regulativo de ficción necesaria que limita los afanes de la prevención general y especial. A lo cual parece tender Roxin,<sup>815</sup> porque sobre esa postura se impone el mismo punto de partida del propio Roxin y que Zaffaroni demarca magistralmente: "...considerar la libertad y la responsabilidad del hombre como una ficción, implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre una ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es procedente de una ficción. Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de Derechos Humanos, es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia sería resultado de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también en una ficción, que ésta aceptaría como un mero principio jurídico regulativo, en tanto que el segundo, más realista, la rechazaría".<sup>820</sup>

### — III —

#### **La presunción de inocencia como deber de probar que se conocía la ilicitud**

#### **o las condiciones razonables por las que se pudo conocer aquella y actuar conforme a la norma**

La culpabilidad como elemento del delito o presupuesto de la pena no puede sustraerse a la exigencia de que se le debe demostrar. Porque *se debe acreditar que se tuvo conocimiento de la ilicitud penal de la conducta al realizarla o bien que ese carácter de relevancia penal se le pudo conocer con facilidad según las "circunstancias que concurrieron" y los "datos personales", de los que también se evidencie que en el caso concreto existió un margen razonable para actuar conforme a la norma.*

Es claro que ningún problema representa la existencia del conocimiento de la ilicitud penal del comportamiento típico cuando el inculpaado admita de manera expresa que tenía ese conocimiento cuando ejecutó su conducta. Y difícilmente lo aparejará cuando se trate de un delito "natural" sin que medie una circunstancia extraordinaria que explique algún desconocimiento por el inculpaado de la prohibición penal de su conducta. Pero aun en ese último evento y en todos los demás casos se debe insistir que sólo se debe responsabilizar con base en datos

<sup>814</sup> Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal...*, op. cit., pp. 35 y ss.

<sup>815</sup> Claus Roxin, *idem.*, *Problemas Básicos del Derecho Penal...*, op. cit., pp. 83 y ss., y, además, en *Derecho Penal, Fundamentos...*, op. cit., p. 799.

<sup>820</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 638.

probados y no de acuerdo con meros argumentos sin asidero fáctico demostrado. Ahora bien, el Código de Procedimientos Penales de Coahuila adopta de manera expresa el sistema de la sana crítica en la valoración de los medios de prueba. Mismo que recogen de manera implícita, aunque defectuosamente —lo que facilita la arbitrariedad— el Código Federal de Procedimientos Penales y (dudosamente) el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Y el cual normalmente conllevará a la prueba de indicios que conduzca a la conclusión unívoca e inequívoca de la culpabilidad. El artículo 449 del CPPC lo prevé así expresamente al disponer que: *"A falta de prueba directa, el conocimiento de la ilicitud penal de la conducta o del hecho; o la posibilidad razonable de conocer tal ilicitud o el deber jurídico de cuidado y de conducirse conforme a derecho; se inferirá en sana crítica de las circunstancias personales del inculpaado y del caso concreto que sean conducentes, a menos que se oponga duda razonable. Las que el juzgador motivará en la culpabilidad; como parte del contenido de la responsabilidad penal. Los datos del hecho, de las circunstancias personales y del caso concreto en los que se base el juzgador para inferir el dolo, la culpa y la culpabilidad, reunirán al menos las condiciones de la prueba indiciaria"*.

Conforme a aquella premisa, será admisible inferir la culpabilidad si ella se soporta en datos probados del autor y del hecho que permitan inferir de manera inequívoca el conocimiento de la ilicitud penal o la posibilidad de ese conocimiento dentro de un ámbito razonable de elección para actuar de otro modo: es decir, para ajustar la conducta a derecho; de tal manera que dado ese ámbito razonable, se excluya la inexigibilidad de otra conducta y porque otro entendimiento sea violatorio de la sana crítica. O lo que es lo mismo, la culpabilidad se podrá afirmar: **1)** Sólo y cuando de los indicios se desprenda una conclusión unívoca e inequívoca del conocimiento del injusto penal y de que según las circunstancias del hecho y personales del imputado, acreditadas, aquél tuvo un ámbito razonable de elegir conforme a la norma. **2)** O bien cuando —en defecto de aquel conocimiento— con base en aquellos datos probados se pueda sostener del mismo modo la posibilidad razonable —o fácil posibilidad— que en el caso concreto tuvo el autor de conocer la prohibición penal de su conducta y ajustar su conducta conforme a la norma. La anterior no es mera afirmación sin sostén, porque la autodeterminación de una persona no es sólo un dato jurídico, sino un dato de la realidad que jurídicamente se reconoce por las mismas constituciones orientadas a los ideales de un estado de derecho. Tal autodeterminación es la base de la coexistencia social de la que —dice Zaffaroni—: (...) el derecho no puede hacer otra cosa que reconocer empíricamente cómo se desarrollan las relaciones sociales y cómo se formulan reproches y cargas a los seres humanos. Pero ello no quiere decir —como enseguida lo estima el ilustre penalista argentino— que (...) Por ello el derecho no puede menos que reconocer que la autodeterminación es la esencia de la personalidad y, por ende, no requiere prueba, en tanto que debe ser siempre materia a probar es la dimensión de su ámbito en cada circunstancia.<sup>221</sup> Porque —agrego por mi parte— aunque es bien cierto que la autodeterminación es la esencia de la personalidad y de que siempre ha de suponerse un ámbito dentro del cual el sujeto puede elegir —y que en tal sentido ese ámbito no requiere prueba—: lo que importa realmente es que ese ámbito haya estado dentro de los parámetros que se infieren de la misma ley para elegir un conducta acorde con la norma; es decir, haber estado en *condiciones razonables de elegir conforme a*

<sup>221</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 643.

*aquella. Y para que se pueda afirmar que se dieron esas "condiciones razonables", primero será preciso que se acredite cierto ámbito que las permitan inferir, mismo que se define por las circunstancias en las que realizó su conducta la misma persona a la que se juzga. Y por las cuales se valora que aquella estuvo en condiciones razonables de elegir. Así pues, lo que está sujeto a prueba es el conocimiento del injusto y aquellas circunstancias personales y del hecho que permitan valorar que la persona estuvo en condiciones razonables de ajustar su conducta a la norma a efecto de poder emitir el juicio de una culpabilidad plena. (Y sin perjuicio de que luego se tenga que valorar la intensidad de tal culpabilidad a los efectos de la medición de la pena, según los datos —también acreditados— que indiquen el mayor o menor margen de elegir dentro de aquel ámbito.) Mas en caso de que falte prueba acerca del conocimiento del injusto penal, de todos modos será preciso que se acrediten aquellas circunstancias personales y del hecho que permitan valorar que la persona estuvo en condiciones razonables de conocer el carácter penalmente injusto y de ajustar su conducta a la norma, (caso en el que subsiste la culpabilidad, aunque ella será disminuida por faltar el conocimiento efectivo del carácter penalmente ilícito de la conducta, lo que conforme a la misma ley penal amerita una reducción legal de los márgenes de la pena de prisión aplicables al delito.) Con base en ello podemos estar de acuerdo con Zaffaroni en que la idea de culpabilidad así entendida (...) es consecuencia ineludible del concepto antropológico que presupone el derecho, es decir, de la antropología jurídica o concepto jurídico de lo humano: la ley internacional, la Constitución y la ley nacional presuponen autonomía personal de decisión siempre en un ámbito.<sup>222</sup> Pero lo cual no excluye sino que por el contrario exige que se tengan que probar el conocimiento del injusto y los ámbitos de autodeterminación según las condiciones de hecho y personales del imputado, por las cuales se pueda sostener que él tuvo un margen "razonable" para ajustarse a la norma. Como igual deberá acreditarse en qué medida tales ámbitos fueron menores o mayores respecto a la exigibilidad del propio imputado de conducirse conforme a la norma, lo cual —empero— ya es materia de la individualización de la pena respecto de una conducta culpable. Pero respecto de ésta, la ley penal no deja su juicio librado al voluntarismo judicial, ya que, además la misma conciencia del injusto, la exigibilidad de otra conducta en virtud del ámbito razonable que se tuvo para elegir conforme a la norma están por igual sujetas a los límites de cuando el ámbito de autodeterminación no alcanza un umbral mínimo según los propios criterios de la ley, lo que sucede si acaso —como dicen los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF—: "atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".*

Ello obliga al juez a motivar en cada caso las condiciones personales y circunstancias del hecho por las que estime que el inculpado al actuar conocía la ilicitud penal de su conducta o bien que tuvo un margen razonable para poder conocer tal ilicitud, así como para actuar de otro modo. Lo cual podrá ser evidente en muchos casos, pero en otros al menos esas circunstancias le deberán llevar a cuestionarse de sí en realidad la persona tuvo aquél margen razonable para actuar de otro modo. De aquí que sea inaceptable llevar la inferencia de la culpabilidad a cualquier caso de prueba del aspecto objetivo de la conducta aislada de las circunstancias en las

---

<sup>222</sup> Idem.

que el sujeto la llevó al cabo, aun cuando según su contexto, dinámica o circunstancias del caso, de la norma infringida en particular y las de la de la persona, impidan inferir sin forzamiento alguno la existencia de un margen razonable para elegir conforme a la norma. En tales eventos faltará la univocidad o a la conclusión se le opondrán otros argumentos basados en datos que no se puedan descartar —y que evitan la inequívocidad de la conclusión— acerca de la conciencia del injusto y del ámbito razonable para elegir. Por lo que pretender una sentencia de condena en esos últimos casos, importa un aberrante entendimiento al que se opone el principio de la sana crítica vigente en el Derecho federal, el distrital federal y el coahuilense como sistema de valoración de las pruebas. Además, apareja una solución que vulnera la garantía de presunción de inocencia. Pues sólo se debe condenar e imponer penas si en el debido proceso penal se comprueba el delito que cometió la persona. Y en cualquier caso:

Si la sentencia de condena pasa por alto la prueba de la culpabilidad y los principios de la sana crítica que animan la valoración probatoria de su existencia; es decir, suponiendo aquella aunque haya una o más circunstancias o motivos que indiquen su ausencia y ellos no se puedan descartar conforme a Derecho, se estará actuando contra las exigencias de un estado de derecho al pretender condenas o condenar e imponer penas a las personas sin auténtica prueba del delito que sólo presuntamente cometieron.

Cabe volver a señalar que basta un somero examen de los expedientes y sus sentencias en las causas penales para que se advierta la frecuencia con la que se desatienden las consideraciones anteriores. Es patente la ausencia de motivación de los datos y la prueba misma de éstos que permitan establecer la culpabilidad; así como la falta de razonamientos válidos para descartar datos conraindicantes. Y por igual es notoria la omisión de agravios contra esas graves formas de proceder en los recursos de apelación que interponen los defensores. Quizá en medida mucho mayor que el dolo, creo que la culpabilidad y todas sus implicaciones están aún por descubrirse por la judicatura y el foro mexicanos. Un indicador de ello es la casi inexistencia de criterios jurisprudenciales o tesis relevantes en el orden federal con relación al actual concepto de culpabilidad que se deduce de la ley penal mexicana y acerca de los problemas y soluciones que aquí se esbozaron apenas. Empero, un indicio de que la judicatura está conciente de que la culpabilidad se debe sustentar en datos probados se observa en la tesis siguiente del TSJC:

**RESPONSABILIDAD PENAL. REQUISITOS QUE LA CONFIGURAN: AUSENCIA DE CAUSA QUE IMPIDA LA ANTIJURIDICIDAD, CONCIENCIA DE ILICITUD Y EXIGIBILIDAD DE CONDUCTA CONFORME A DERECHO.** De acuerdo con el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales, la *responsabilidad penal* de los inculcados en la comisión del tipo penal de los delitos de que se trate, debe fundarse en los artículos 43 y 44 del Código Penal, con relación al segundo párrafo del artículo 364 Bis del Código de Procedimientos Penales. Es decir, en la inexistencia de causas que excluyan la ilicitud de la conducta y en datos suficientes que acrediten la culpabilidad del agente. Por lo tanto, en el caso, la responsabilidad penal de los inculcados sí se configura. Pues por una parte: No aparece causa que según el artículo 37 del Código Penal, excluya la antijuridicidad de la conducta típica. Y por la otra, aparece que ambos inculcados son originarios y vecinos de Torreón, donde tenían ocupación lícita e ingreso fijo. Que cuando cometieron la conducta típica, el primero tenía dieciocho años de edad y el segundo diecinueve. Que al primero se le habían instaurado diversos procesos penales, uno por los delitos de homicidio calificado y portación de armas. Y otro por el delito de robo. Lo que aunado a la propia naturaleza del robo violento materia de este proceso, en sana crítica revela que al cometerlo conocían la ilicitud penal de su conducta. Sin que aparezca demostrada causa que les hiciera inexigible conducirse como lo hicieron, por lo que sí pudieron proceder conforme a Derecho. Datos que en su conjunto conllevan a declarar su culpabilidad en la comisión típico-penal del delito o delitos de que se trata. Y, por ende, su responsabilidad penal en aquellos.<sup>423</sup>

<sup>423</sup> TSJC, Primer Sala, T P 557/96, sentencia 706/96, 8 de octubre de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchermann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, pp. 727 y 728.

### El presupuesto y los dos componentes de la culpabilidad

De acuerdo con lo expuesto, ahora lo que realmente importa saber es: ¿Cómo ha de operar en la práctica jurídica el contenido conceptual de la culpabilidad que se deriva de la ley penal, misma que sea congruente con las aspiraciones a un estado de derecho? ¿De qué manera confiable se puede saber cuándo alguien se conduce con culpabilidad penal? ¿Con base en qué criterios concretos ajustados a un estado de derecho se puede sostener que una persona es culpable penalmente, porque, según esto, «pudo» conocer la licitud penal de su conducta y, además, «pudo» ajustarla a derecho? Ahora bien, *si a la conducta culpable se le concibe como la motivación contra la norma penal o la desatención sobre ella aun cuando en el caso concreto se “podía” —y, por ende, jurídicamente se debía— actuar de acuerdo con la misma.* En consecuencia, la «posibilidad de conocer el injusto penal» y la «exigibilidad-responsabilidad» convierten a la culpabilidad en un concepto prevalentemente normativo. Pero ello no debe llevar a estimar que la culpabilidad, por ser normativa, es un puro juicio racional de valor; sino que aquella implica éste juicio racional de valor ajustado a las circunstancias del caso concreto en las que actuó la persona y conciliando aquél juicio con las pautas de la C. El ajuste al caso concreto según las pautas de la C. apareja a su vez atender a las circunstancias de la conducta y de la persona que la realiza según aquellas pautas, mismas que en su conjunto constituyen la “unidad de valoración” según la llama Roxin.<sup>824</sup> O dicho de otro modo, los límites de la culpabilidad se fijan no sólo en la exigibilidad-responsabilidad de actuar conforme a Derecho de acuerdo con las condiciones del individuo y las del hecho concreto, sino *de acuerdo con éstas, según la motivación contra la norma penal o la desatención inexcusable de ella.* Ello conlleva al reproche con mejores elementos de juicio y no exclusivamente por medio de la vinculación hecho-voluntad que propicia que se pongan ciegamente a cargo del sujeto todas las consecuencias penales sin mayores discriminaciones. Por ello, esos elementos de la unidad que es objeto de valoración —en parte subjetiva y en parte objetiva— y el mismo reproche que se haga de la conducta, también se deben someter a criterios que se concilien con los derechos y garantías que emanan de un estado de derecho. Para tal efecto, en mi opinión se debe partir del análisis de un presupuesto y dos componentes o categorías esenciales que en orden de prelación integran a la culpabilidad de acuerdo con el CPF, el CPDF y el CPC. Ellos son:

- La capacidad de entender y decidir (conocida como imputabilidad.)
- El conocimiento del injusto penal o la posibilidad razonable de conocerlo.
- La exigibilidad-responsabilidad de conducirse conforme a Derecho.

Comienzo con el presupuesto o condición «necesaria» de la misma culpabilidad: la imputabilidad. A la cual también se le llama “capacidad de culpabilidad”.<sup>825</sup> Para después ocuparme del conocimiento del injusto penal o la posibilidad razonable de conocerlo y, por último, de la exigibilidad-responsabilidad de ajustarse conforme a la norma.

<sup>824</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...*, op. cit., p. 797.

<sup>825</sup> Ver, por ejemplo, Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 819 y ss.

## La capacidad de culpabilidad: Imputabilidad

Carecería de todo sentido prohibir penalmente conductas de las que el sujeto debe y puede abstenerse de realizar para en su lugar actuar conforme a Derecho, si es que el sujeto fuere incapaz de comprender las alternativas o de decidirse según esa comprensión.

Esto significa que es preciso que el sujeto tenga capacidad para comprender la naturaleza penalmente prohibida de su conducta y de autodeterminarse en consecuencia. De aquí que la capacidad de motivarse de acuerdo con la norma (o de manera adecuada a Derecho) se deba tomar en consideración como presupuesto del juicio de reproche, pues sólo de los que tienen capacidad de comprender lo injusto de su obrar y de decidir de acuerdo con esa comprensión, es respecto de los que luego se podría ver si actuaron con culpabilidad. De lo cual se colige que la imputabilidad (psicológica) del sujeto es presupuesto para poder integrar las dos categorías que conforman a la culpabilidad. De acuerdo con lo dicho, antes de analizar esas dos categorías de la culpabilidad, es preciso decir unas palabras sobre la imputabilidad. A la imputabilidad se le concibe como: *La «capacidad» del sujeto de comprender la ilicitud de su conducta y de decidirse de acuerdo con esa comprensión.* Así se desprende de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF; los cuales excluyen al delito cuando: (...) *al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.* Por su parte, el artículo 9° del CPC dice que (...) *es penalmente imputable quién tenga capacidad para comprender la naturaleza de la conducta que realiza y su carácter ilícito, así como para determinarse en razón de esa comprensión.* Cabe señalar que en la perspectiva del artículo 9° del CPC, la imputabilidad fundamenta tanto al dolo como a la culpabilidad. Ello es como se indica, porque sería absurdo conminar con penas y más aún aplicarlas a las personas que al realizar el hecho fueren incapaces de comprender la naturaleza misma de su conducta y, por lo tanto, menos aptas aún para entender su ilicitud penal. O bien fueren incapaces de decidir de acuerdo con ese entendimiento. El hecho que así se realice —con incapacidad de dolo o de culpabilidad— podrá dar motivo a una medida de seguridad curativa, pero de ningún modo a una pena.

También es dable subrayar que para determinar la imputabilidad penal, es preciso que «en el momento del hecho» la persona tenga la capacidad de comprender y de decidir. Salvo que con tal «capacidad» antes se haya procurado dolosa o culposamente su inimputabilidad (conductas libres en su causa.)<sup>626</sup> La «capacidad de comprender» se conceptúa como la aptitud de tener conciencia de la naturaleza de la conducta y de su ilicitud. En otras palabras, como la facultad de «entender» el hecho y las prohibiciones implícitas en las normas penales con relación a ese hecho. Por su parte, la «capacidad de decidir» se conceptúa como la facultad para determinarse de acuerdo con la comprensión del hecho y de su carácter ilícito. Ya que es insuficiente la capacidad de comprender lo injusto de una conducta para que funcione la motivación de la norma. Pues es posible que la persona comprenda que es indebido lo que hace, pero que lo realice por compulsión patológica. El cleptómano por ejemplo. De esta manera, la fórmula de la imputabilidad encaja en un sistema mixto. Es

---

<sup>626</sup> Ver el número IX del Capítulo Quinto

decir, psicológico-jurídico. Este sistema se adoptó en el proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica<sup>527</sup> y rige en el actual Código Penal de la República Federal Alemana.<sup>528</sup> Asimismo, en su esencia se encuentra vigente en México a partir de 1987 y en Coahuila desde 1983.

No resulta ocioso destacar que aun cuando la imputabilidad es condición de la culpabilidad, en la práctica se les confunde con frecuencia. Sin embargo, la confusión se debe evitar. En efecto, de acuerdo con nuestro Derecho la imputabilidad tiene una base psicológica. Esa base —que es condición de la culpabilidad—, consiste en la "capacidad de comprender y de determinarse con relación a las normas penales". Sólo las personas que tienen dicha «capacidad de comprensión y de determinación» (imputabilidad), podrán tener «conciencia» de la ilicitud penal de la conducta que realicen y serles posible no decidir conforme a Derecho (culpabilidad.) Como contrapartidas de la imputabilidad entran los trastornos psíquicos patológicos, como son las psicosis exógenas que se deben a perturbaciones cerebrales demostrables: psicosis traumáticas por lesiones cerebrales, psicosis por intoxicación, las psicosis por infección, la epilepsia, la arteriosclerosis o atrofia cerebrales, la meningitis, los tumores cerebrales con afección conductual, etc.; mismas que el artículo 10-I del CPC las engloba con la expresión "enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia"; hasta la oligofrenia a que alude la fracción II de ese artículo con las expresiones de "desarrollo psíquico retardado o incompleto". Pero también caben los trastornos psicológicos no patológicos o no somáticos, como son ciertos estados pasionales muy intensos, el miedo grave, las psicopatías o neurosis graves y ciertos estados de ebriedad crónica. Todos ellos en la medida que incapaciten al sujeto comprender la naturaleza del hecho o su ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Cuando el trastorno no procurado que apareje aquellas consecuencias es solamente transitorio da lugar a la absolución. Cuando el trastorno es permanente da lugar a una medida de seguridad curativa. Todo lo cual requiere de la prueba pericial psiquiátrica-psicológica que debe referirse, por un lado, a si el sujeto actuó en esa condición de incapacidad de comprensión o de determinación y, por el otro, al carácter transitorio o permanente del trastorno y, en este último caso, a la prognosis del riesgo para los bienes jurídicos de otros a efecto de determinar tan el internamiento preventivo como la clase de medida curativa aplicable según sea el caso. (Ver el número V-C del Capítulo Quinto.)

## DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Ahora bien, aunque las condiciones para que haya imputabilidad se vinculan de manera íntima con las condiciones de las que depende la "culpabilidad". Es importante tener presentes sus diferencias. Pues una cosa es que en el caso concreto el sujeto tenga la *capacidad de comprender la ilicitud* de su conducta. Que es la primera condición para la "imputabilidad". Y otra la es, que el sujeto *sepa o pueda saber* de la ilicitud penal con la que actúa. Que es la primera condición de la "culpabilidad" y que se identifica en la doctrina como "conciencia de antijuridicidad o del injusto". Es decir, el que el sujeto tenga «capacidad» para entender una prohibición (condición de imputabilidad) es diferente a que él «sepa» o «pueda saber» que determinada prohibición existe (condición de culpabilidad.) O dicho en otras palabras, es distinta la "capacidad de

<sup>527</sup> Procuraduría General de Justicia de la República, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1987, p. 494.

<sup>528</sup> Ver a Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, op. cit., pp. 20 y ss., y a Hans-Heinrich Jescheck, *Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, pp. 42 y ss.

conciencia" a que "se tenga conciencia". En este caso, del carácter penalmente ilícito del propio actuar. También es diferente que el sujeto tenga la «capacidad» de decidir de acuerdo con la norma penal que comprende» —que es la segunda condición para la imputabilidad—: a que al sujeto le "sea razonablemente posible» decidir conforme a Derecho" —que es la segunda condición para la culpabilidad—. De todo ello se sigue que sólo pueden ser culpables los que son imputables al momento de la conducta. La posibilidad de que la persona sea culpable se cancela si aquella es "inimputable" al realizar la conducta prohibida por la ley penal; es decir, si aquella es «incapaz» de comprender la ilicitud de su conducta y/o de determinarse conforme a esa comprensión. Pues por esa «incapacidad» la persona no podrá tener conciencia de la ilicitud penal de la conducta que realiza; o bien carecerá de la aptitud de poder determinarse conforme a Derecho. Mas es factible que una persona sea "imputable" cuando realice la acción u omisión; es decir, que tenga capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y la aptitud de determinarse conforme a ello, y, sin embargo, que aquella persona se conduzca con "inculpabilidad". Así sucede cuando en el caso concreto faltan las condiciones razonables que le permitan al sujeto conocer con facilidad que actúa con ilicitud penal, lo cual da pie al error invencible de prohibición. O para conducirse conforme a Derecho, bien sea por estado de necesidad inculpable, temor fundado inculpable o error sobre la existencia de alguna de estas dos causales.

En suma, sólo los imputables pueden ser culpables. Mas el "imputable" al realizar una conducta típica puede actuar "inculpablemente". Lo imposible es que el "inimputable" al actuar sea "culpable".

— VI —

### La conciencia del injusto penal

La esencia de la culpabilidad se reduce a poder actuar de otro modo. Pero ese poder actuar de otro modo se puede separar en dos categorías que se desprenden de la misma ley penal. La primera categoría o componente de la culpabilidad es la llamada conciencia del injusto y consiste alternamente en conocer la ilicitud penal de la conducta o en la posibilidad razonable de conocer la ilicitud penal de esa conducta. La cual en sentido estricto es diferente a poder comportarse de otro modo según otras circunstancias, que viene a ser la segunda categoría o componente de la culpabilidad según se verá más adelante. Asimismo, cabe advertir que el empleo de la expresión "conciencia del injusto penal" demanda una precisión de su sentido, debido a su equívocidad; porque aquella se le usa para referirse tan al efectivo conocimiento y comprensión de la ilicitud penal, como también a la propia posibilidad exigible de conocimiento y comprensión de tal ilicitud penal (donde en sentido estricto no habría "conciencia del injusto) no obstante que, a final de cuentas, en realidad aquella viene siendo parte del sustrato último de la culpabilidad. Sin embargo, teniendo en cuenta aquella diferencia y el ámbito comprensivo de la expresión, esta debe aceptarse dado su uso difundido.

**A. El objeto de conciencia del injusto.** Con base en los artículos 15-VIII-IX y 66-in-fine del CPF, 29-VIII-IX y 83-párrafo-segundo del CPDF y 48-I, 51-I y 52 del CPC se desprende que:

La ley exige como primera condición alterna de la culpabilidad el «conocimiento de la ilicitud penal» o la «posibilidad razonable de conocerla». Tan la una como la otra pueden ser el objeto de la conciencia del injusto a efecto de que se puna la conducta. Y esta exigencia apareja un replanteamiento del dogma de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento.

En efecto, este axioma podrá ser válido —discutiblemente— en el Derecho Civil o Administrativo pero sin mayor fundamento se le trasladó al Derecho Penal. Con ello se pasó por alto que el poder punitivo es la más drástica reacción del Estado en contra de las personas que “deciden” actuar contra sus prohibiciones. Por ello, al imponerse una sanción penal, se debe partir del presupuesto racional —acreditado— de que la persona que realizó la acción prohibida conocía esa prohibición penal o que —en el caso concreto— estuvo razonablemente en condiciones de conocerla y de conducirse conforme a derecho. El no admitir lo anterior, en la práctica ha significado que la sanción penal se convierta en una ciega reacción estatal por cualquier acción ilícita de carácter penal: sin importar si la persona conoció o estuvo en posibilidad razonable de conocer la ilicitud de su conducta al realizarla y, en su caso, su trascendencia penal. Lo que se agrava más, si se toma en consideración que dicha reacción penal en la esfera estadística y en países subdesarrollados como el nuestro aumenta sensiblemente en las clases sociales más vulnerables en el ámbito económico y cultural. Con lo que a la ley penal se le convierte en un instrumento de desigualdad. Sin que pueda ser justo un Estado que castiga con cárcel la ignorancia invencible y la racional imposibilidad de una persona para conducirse conforme a Derecho; esto es, cuando aquella ni siquiera estuvo en condiciones razonables de conocer que su conducta es penalmente relevante en el caso concreto, ni tampoco de obrar de otro modo. Menos aún puede serlo el Estado que sanciona la ignorancia de quienes la padezcan por el rezago social imputable a la omisión de las prestaciones que la C. impone al propio Estado como garantías o para satisfacer ciertos derechos colectivos y sociales. Como tampoco es justo aquél Estado que a los efectos de la pena desconozca la innegable diferencia entre conocer la ilicitud penal de la conducta que se realiza y el sólo poderla conocer. En el anterior contexto, si en la idea misma de culpabilidad se entiende que se agrupan un conjunto de garantías que se deben respetar para formularla, se puede avanzar con ella en la ruta hacia un estado de derecho. Porque si en nuestro orden constitucional y legislativo esa culpabilidad se construye con base en la idea del hombre como ser libre, ésta concepción antropológica descansa a su vez en la imagen de un hombre capaz de autodeterminarse y con dominio de sus actos. Y precisamente por ello sería opuesto a esa concepción cualquier reproche que se sustente en la consideración implícita de las personas como objetos y no como sujetos libres y capaces. De aquí que desde la concepción misma de la acción penalmente relevante que parte de aquella idea, sea que se excluye de la materia de imputación penal a cualquier noción de la acción humana que la degrade a mero factor causal, y más aun, que puna al autor sólo con base en ello, sin tomar en cuenta, entre otras condiciones, cuando la persona no sabía ni pudo conocer las consecuencias penales de su conducta. (...) *De ahí lo inaceptable, a la luz de la Constitución —dice Adán Nieto Martín— de los sistemas de responsabilidad objetiva.*<sup>228</sup>

Pues bien, esas mismas ideas son aplicables a la noción de una culpabilidad penal que se sustente en la posibilidad razonable de motivarse conforme a la norma, precisamente, de acuerdo con la «norma de motivación» prohibitiva ínsita en el tipo porque el sujeto al realizar su conducta conocía o pudo conocer su ilicitud penal.

**B. El tiempo de la conciencia del injusto.** Ahora bien, antes de continuar es importante responder la pregunta siguiente: ¿Cuándo debe existir la conciencia del injusto penal? O dicho de otro modo: ¿En qué

<sup>228</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la vencibilidad del error*, Editorial Atelier, penal, Barcelona, España, 1999, p. 34.

momento debe la persona tener la conciencia o la posibilidad razonable de conciencia del injusto penal? La conciencia del injusto penal o la posibilidad de tal conciencia deben existir «cuando se realiza la conducta típica». Y ello es como se indica por las razones siguientes: **1)** Porque así se desprende de la interpretación en sentido contrario de la regulación del error de prohibición invencible —como contrapartida de la conciencia del injusto— que impide la culpabilidad del agente, en los artículos 15-VIII del CPF y 29-VIII del CPDF, en tanto esos preceptos aluden a (...) *al momento de realizar el hecho típico,...*; y cuando se (...) *realice la acción o la omisión...* Por su lado, el artículo 48 del CPC dispone que la conducta del agente es culpable si, (...) *al realizarla... conoce o existen condiciones razonables para que conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete; o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente.* **2)** Porque con base en los citados preceptos y ante la interrogante de si ¿debe ser «actual» la conciencia del injusto penal?, es decir, ¿debe estar presente al momento de la conducta? ¿O es suficiente con que aquella sea «actualizable»? caben consideraciones análogas a las que se hicieron con relación al dolo. Pues si para darse la conciencia del injusto es suficiente con que el mismo se “pueda conocer”, por ende, para la punibilidad de la conducta será innecesario que el sujeto tenga presente la ilicitud penal de aquella cuando la realiza. **3)** Porque lo anterior es válido por igual desde la perspectiva del simple conocimiento. Ya que una cosa es que el sujeto tenga presente el carácter penalmente injusto de su conducta cuando la realiza y otra la es, que tal conocimiento exista al realizarla. Esto decir, se puede saber que una conducta está penalmente prohibida sin que se tenga en mente la prohibición penal durante el curso de la conducta típica. Y lo que se deduce de los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF, 29-VIII y 83-párrafo-segundo del CPDF y 48 del CPC es que aquel conocimiento se tenga —o se pueda tener— al realizar la conducta y no que el sujeto esté pensando en la prohibición penal cuando ejecute la acción.

Se habla así de conocimiento «actual» cuando el sujeto sabe de la prohibición penal al momento en el que realiza su conducta y de conocimiento «actualizable» cuando la persona razonablemente se halla en condiciones de saber que está prohibida penalmente la conducta que lleva a cabo aunque en ese momento no sepa de la prohibición. Pero tan en uno como en otro caso al realizar la conducta hay conocimiento de la prohibición penal o la razonable posibilidad del mismo, como primeros componentes alternos de la culpabilidad.

Con ello, además, queda sin sustento el argumento de que si la ley exige que se conozca el carácter prohibido de la conducta cuando ésta se realiza, esa pretensión aparejará la impunidad cuando falte la actualidad del conocimiento del injusto penal. Esto es, cuando el sujeto no lo tenga presente en aquél momento. Pues con ello se confunde el conocimiento de la prohibición penal o la posibilidad del mismo con la actual representación de lo que se conoce. La ley exige el primero o la segunda, pero no la tercera. Lo que si será necesario es que al iniciar la ejecución del delito, el sujeto sí sepa de la prohibición penal o si la “haya podido conocer”. Pero sin que sea forzoso que esté pensando en ella. Con base en ello no debe entonces significar ningún problema el sostener la conciencia del injusto penal cuando el delito se dé en estados pasionales o de alteración emocional que no anulen la capacidad de comprender y decidir. Porque si esa capacidad se mantiene, es posible atribuir al autor la conciencia del injusto cuando actúa típicamente afectado por la pasión, la ira o por otro estado emocional y sin que en ese momento tenga presente la prohibición de la conducta que realiza. Pues lo que interesa es que el sujeto al realizar la acción haya tenido o podido tener el conocimiento del carácter penalmente prohibido de la clase de conducta como la que ejecutó. Por lo demás, esos estados

emocionales reducen más la capacidad de decidir (para poder actuar de otro modo) que la de comprender el carácter ilícito de la conducta. Y es por aquél motivo (la afectación a la capacidad de actuar de otro modo) que aquellos arrebatos podrán dar pie a una imputabilidad disminuida de acuerdo con los artículos 15-VII-párrafo-segundo del CPF y 29-VII-párrafo-segundo del CPDF; la cual atenúa la pena pero no excluye la culpabilidad ni el delito. Supuesto en el que la atenuación se funda en la disminución de la imputabilidad por afectar la capacidad de autodeterminación pero no en un error de prohibición por imposibilidad de conocer el carácter del injusto y su relevancia penal o simplemente por no conocerlo al realizar la acción no obstante que se le podía conocer. Por su parte, los casos de imputabilidad disminuida no motivan en el CPC una atenuación de la punibilidad legal, pero aquella sí se considera por el artículo 72-I-5) como circunstancia especial atenuante del grado de punibilidad judicial. Sin que tampoco se deba pasar por alto que aunque aquellos estados pasionales en el caso concreto no configuraren una imputabilidad disminuida, ellos sí se deben tomar en cuenta en la medición de la pena judicial en virtud de que los mismos reducen el margen para decidir conforme a Derecho.

Por último puede suceder que el sujeto realice el injusto sin capacidad de entender o decidir de acuerdo con ese entendimiento en virtud de que él mismo se procuró dolosa o culposamente tal estado, en cuyo caso se está frente al fenómeno de acciones libres en su causa, mismo que se resuelve de acuerdo con los artículos 15-VII-in-fine del CPF, 29-VII-in-fine del CPDF y 11 del CPC, para el efecto de atender al momento en el cual el sujeto se procuró dolosa o culposamente tal estado, no solo para de esa manera sostener la imputabilidad del agente, sino para decidir si actuó con conciencia del injusto. (Ver al respecto el número VIII del Capítulo Séptimo.)

**C. Los presupuestos de la conciencia del injusto penal.** Para que haya conciencia de lo penalmente injusto de la conducta que se realice es necesario que el individuo: **1.** Conozca las circunstancias en que realiza el injusto. **2.** Así como también aprecie o pueda apreciar el carácter penalmente injusto de su conducta. Dicho en sentido parcialmente negativo: para que el sujeto pueda actuar con conciencia del injusto penal es preciso que no yere invenciblemente acerca de las circunstancias fácticas que le dan origen, como así mismo sepa o pueda conocer la ilicitud penal de lo que hace. En el primer contexto, como contrapartida al conocimiento de las circunstancias en que realiza el injusto y dado que el dolo como conocimiento de las circunstancias del hecho constitutivas de los elementos del tipo se resuelve al decidir la tipicidad de la conducta: restarían los casos de las llamadas causas de justificación putativas como motivos por los que la persona podría no saber que realiza una conducta penalmente ilícita, esto es, porque las circunstancias fácticas le originen la equivocación de que hay pie para una causa de justificación que se prevea por la ley. En el segundo tenor, como contrapartida de que se sepa o pueda saber el carácter penalmente injusto de la conducta, están los errores de prohibición que sin incidir en esas circunstancias fácticas que darían pie a una causa de justificación, si aparejan que no se aprecie el carácter injusto de la conducta o bien se ignore acerca de su alcance penal. Así pues, habrá que diferenciar esas dos grandes clases de errores de prohibición y que impactan a la conciencia del injusto.

**1. Los errores de prohibición motivados por circunstancias fácticas que originen la apariencia de una causa de justificación (causas de justificación putativas.)** Ciertamente hay que evitar la confusión entre delito putativo y causas de justificación putativas. En el delito putativo se da el fenómeno de que la persona creé estar realizando una conducta que la ley prevé como delito cuando en realidad la ley no la tipifica como punible. La imposibilidad de que pueda haber delito es evidente: ya que en esos casos siempre faltarán los elementos del tipo por la sencilla razón de que en la ley no hay tal tipo. Mientras que en las causas de justificación putativas se inscriben los casos en los que las circunstancias fácticas le originan al sujeto la equivocación de que actúa al amparo de una causa de justificación que prevé la ley. Las que a su vez se deben distinguir de las causas putativas de justificación, porque en éstas —a diferencia de las causas de justificación putativas— el sujeto no yerra acerca de las circunstancias fácticas sino que creé que su conducta la justifica la ley sin que en realidad la ley prevea alguna causal en ese sentido. Tales errores se relacionan más con los que versan sobre el alcance de la norma, pero que no deben entrar en el análisis de este apartado. Entre los errores de prohibición motivados por circunstancias fácticas que originan la apariencia de una causa de justificación se pueden mencionar como ejemplos: quien mata a otro cuando éste —con quien había tenido serias rencillas— saca de improviso su pistola a la vez que le dice que lo va a matar y en realidad el arma no contiene proyectiles. La persona que al ver el humo que escapa de una casa y escuchar el grito de fuego, daña los bienes ajenos para salvar la vida de un bebé que oye está adentro, con la creencia de un incendio que resulta falso. El auxilio que brinda un policía a la ejecución de una orden de cateo que él ignora que es simulada.

Empero, cuando los errores de prohibición se motivan por circunstancias fácticas que den la apariencia de una causa de justificación, habrá que apartar aquellos casos donde habría error "invencible" acerca de las circunstancias que dieron pie a la conducta amparable por la causal de justificación, pues de ordinario estos supuestos antes que disculpar la conducta excluyen su carácter antijurídico. En efecto, con base en los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF, 29-VIII-b) y 83-párrafo-segundo del CPDF y 51-I-párrafo-segundo del CPC, se podría sostener que las causas de justificación llamadas putativas no excluirían la antijuridicidad de la conducta sino que la disculparían cuando le originen al sujeto la creencia equivocada e insuperable de que actúa al amparo de las mismas. En tal evento habría un error que es invencible que como tal excluiría al delito por falta de culpabilidad. Y en caso de que el error fuese vencible, éste motivará que se atenúe la pena sin que el mismo necesariamente excluya la culpabilidad. Sin embargo, cuando se habla de error que se motive por circunstancias fácticas que den la apariencia insuperable de una causa de justificación, (ya sea que se trate de circunstancias que dan motivo para la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento del deber o alguna otra causa de justificación), habrá que tener presente que el conocimiento acerca de las mismas devendrá irrelevante en las mayoría de los casos; pues ya desde la antijuridicidad —y para decidir si ésta existe o falta— los motivos que dan pie a esas causas de justificación se aprecian ex-ante, lo cual apareja que se dé un juicio objetivo acerca de que las circunstancias fácticas que motiven la acción sean de por sí suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. De tal modo que a cualquiera que se imagine en las mismas circunstancias le sea intolerable que su conducta se estimara antijurídica aunque después —ex-post— resulte que esas circunstancias constitulan una situación ajena a la realidad de la

que en sí mismas indicaban. Esta postura conlleva a decidir la antijuridicidad de la conducta típica según las circunstancias que concurrieron al momento en el que la misma se realizó, tal como las mismas se aprecien por un observador imparcial, con independencia de lo que sabía el autor salvo sus conocimientos especiales de la realidad intrínseca del motivo que dio pie a la excluyente; pero que, asimismo, operan con autonomía de que ex-post resulte que el motivo no era real. (Ver al respecto el número VII del Capítulo Décimo Quinto.) *Todo lo cual hace que decaiga la posibilidad de que en esos casos se tenga que examinar un error de prohibición invencible que excluya la culpabilidad: ya que en vez de excluir el delito por un error de prohibición que impida tal culpabilidad, antes se tendrá que declarar dicha exención porque la conducta no fue antijurídica. Pero sin que ello apareje que en razón de lo anterior ya no pudiese darse un error invencible de prohibición por apreciación errónea de las circunstancias fácticas que le den pie: toda vez que aquel cabrá en ciertos pero limitados casos aun si ex-ante hubiere sido posible reconocer la innecesariedad de actuar al amparo de una supuesta causa justificante, como sucede cuando la innecesariedad de actuar no se hubiese reconocido en razón de un verdadero yerro provocado por la perturbación del ánimo —como sería el causado por la agresión en la legítima defensa putativa por ejemplo—, donde de todas suertes habrá un error invencible de prohibición que excluirá culpabilidad. Así pues habrá que tener presente en esos casos que: 1) Habrá causa de justificación cuando ex-ante se pueda afirmar que existe el motivo que da pie a la conducta que la ley justifica en las respectivas causales. O dicho de otro modo: cuando se den circunstancias por las que nadie que se imagine en las condiciones objetivas del sujeto, podría haberse supuesto otra cosa sino la de que había motivo suficiente para dar pie a la conducta que la ley justifica. 2) Mientras que habrá causa de inculpabilidad cuando aunque ex-ante se valore el motivo como insuficiente para dar pie a la conducta que habría amparado la causa legal de justificación, de todos modos el agente en su situación concreta no podía haber salido de su error (error de prohibición invencible propiamente hablando que se motiva por circunstancias fácticas acerca de la existencia de una causal de justificación.) 3) Mas en todos los demás casos en lo que aquél error sea vencible no sólo subsistirá la antijuridicidad, sino que también la culpabilidad se podrá mantener, aunque de manera atenuada, debido precisamente al error vencible. Por lo tanto, el examen de ese error vencible de prohibición forma parte de la culpabilidad —aunque atenuada— del agente (sólo y nada más) si es que en un juicio ex-ante se decidió la insuficiencia del motivo que habría justificado su conducta y no se hubiere dado excepcionalmente un error invencible de prohibición.*

*Asimismo, habrá que apartar los casos de una falsa apreciación por la que se crea que no se actúa antijurídicamente, cuando la antinormatividad de la conducta o la lesión jurídica ya sean elemento del tipo, lo que apareja que el yerro constituya un error de tipo. (Excluyéndose así el error de prohibición.) En efecto, dentro éste grupo de yerros se hallan aquellos errores que aunque incidan sobre algún elemento de la antijuridicidad, el mismo ya esté atrapado por el elemento de un tipo necesariamente doloso y que, por ende, se deban tratar como errores de tipo y no como yerros de prohibición; como son los casos siguientes: a) Cuando el error incida sobre el consentimiento —expreso o tácito— del titular del bien que le sea disponible, para dañar el bien, casos que impedirán que se dé el dolo como elemento del tipo. b) De igual modo cuando el yerro verse sobre la significancia de la lesión. Ejemplo: La persona se apodera de un simple listoncillo de*

plástico de los muchos que tiene su compañero de clase para usarse con liberalidad como marcadores de páginas, sin saber que en ese caso concreto se trata de un microfilm. Zaffaroni estima que en estos supuestos habría un error de prohibición y no un error de tipo<sup>600</sup>; cuando en realidad no es lo mismo el caso de quien para asegurar un trozo de paño se apodera de un afiler ajeno que luego resulta ser de plata, de cuando alguien creó apoderarse de pesos en billetes que en realidad son dólares, porque en el primer caso se creyó actuar sobre un bien cuya lesión carecería de significancia (y, por ende, de relevancia típica), mientras que en el segundo evento el sujeto no padeció de un error acerca de la significancia de la lesión al bien, sino de la entidad o valor, en cualquier caso significativo, del bien mismo; por lo que si según la postura que aquí se sostuvo, la lesión jurídica y su significancia son elementos del tipo, resulta claro entonces que esos yerros deban tratarse como errores de tipo, toda vez que faltará el dolo al haber error acerca de alguno de sus elementos objetivos. (Ver al respecto el número VIII del Capítulo Décimo y el número VII del Capítulo Undécimo.) c) Cuando haya ignorancia acerca del deber jurídico o potestad que le incumba observar o ejercer al agente, cuando la trasgresión de ese deber o potestad esté ya expresa o implícitamente comprendida como elemento de un tipo doloso, ya sea en virtud de la calidad personal del sujeto activo o como otro elemento normativo específico del tipo. Por ejemplo: el incumplir deberes tales como los de depositario o los de parentesco por ignorarse tal calidad, respecto a los tipos que se equiparan al abuso de confianza cometidos por depositarios (artículos 383 del CPF y 422 del CPC) y los de incumplimiento de obligaciones básicas de asistencia familiar (artículos 193-último-párrafo del CPDF y 314 del CPC.) d) Cuando el tipo contenga expresiones tales como "ilegalmente", "ilícitamente", etc., en la medida que el error sobre el carácter ilegal o ilícito de la conducta motiva la falta del dolo con relación a ese elemento típico, como cuando el agente en una situación de delito flagrante confunde en la detención al indiciado con otro o yerra en las circunstancias mismas que habrían legitimado la detención por flagrancia con relación al tipo de abuso de autoridad por privación ilegal de la libertad. Y (dudosamente) e) Cuando haya una colisión de deberes previstos en tipos penales contradictorios cuya ilegalidad el agente no puede resolver ni controlar: como cuando el médico dé datos (o se niegue a darlos) para la investigación de un delito después de ser requerido por la autoridad competente, cuyas circunstancias se enteró con motivo de la consulta siquiátrica del paciente con el cual está obligado al secreto profesional. (Encubrimiento por auxilio del artículo 320-IV del CPDF y revelación de secretos del artículo 213 del mismo CPDF con relación al artículo 36 de la Ley de Profesiones del Distrito Federal.) Este último subgrupo es dudoso, porque si en esos casos falta un criterio que resuelva el concurso aparente de tipos, bien sea con base en el principio de especialidad o en el del fin del agente, ni tampoco dicha contradicción haya sido resuelta por la jurisprudencia, en realidad no se puede establecer cuál deber prevalece y si ese es el caso, se estará ya no ante un error de tipo sino de prohibición.

**2. Los errores sobre el alcance de la norma.** Por otra parte están los errores de prohibición —vencibles o invencibles— que sin incidir en circunstancias fácticas que constituyan yerros acerca de causas de justificación, ni tampoco constituyan errores de tipo, sí aparejan que no se aprecie el carácter injusto de la conducta o bien se ignore su alcance penal. Dentro de los cuales están los grupos siguientes:

---

<sup>600</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 703.

1) Cuando haya ignorancia de la persona acerca del deber que le incumbe y sin que ese deber sea elemento de un tipo penal doloso. Dentro de los cuales está también el incumplimiento del deber de cuidado en los delitos culposos, donde la persona omite cumplir un deber de cuidado creyendo que está dentro del marco de riesgo permitido, cuando en realidad objetivamente su conducta fue contraria al riesgo aprobado o al cuidado debido. Ejemplos: Dentro de los primeros, está el policía que cree auxiliar en la realización de un cateo que en realidad está simulado. Dentro de los segundos están el conductor que causa daños cuando creía que conducía a la velocidad permitida debido a una falla no conocible en el indicador electrónico de velocidad, cuando en realidad excedía la permitida por pocos kilómetros de más. El albacea que omite sustituir el cableado eléctrico de uno de los edificios del acervo hereditario, no obstante que expiró la vida útil reglamentaria de los cables —estableciendo la norma la obligación de que aquéllos se repusieran— cuando unas horas después de asumir el cargo ocurre un incendio con motivo de una falla de aquel tendido eléctrico que daña edificios vecinos.

2) Asimismo, cuando hay una falsa suposición, ya no de que hay un consentimiento válido, "expreso" o "tácito", de afectar la disponibilidad del bien y que excluye al tipo por falta de dolo, sino acerca de las condiciones en las que la ley permite la conducta por consentimiento "presunto". (Para las diferencias entre consentimiento "expreso", "tácito" y "presunto" ver el número VIII-E del Capítulo Décimo y el número XIII del Capítulo Décimo Quinto.) Por ejemplo: tan habrá error de tipo que incide sobre la lesión jurídica cuando el sujeto inicia un tatuaje creyendo que la persona consintió en él, porque así se lo informó falsamente el ayudante, cuando en realidad el tatuado creó someterse a un mero tratamiento de su piel, como también lo habrá cuando se creó que a quien se le tatúa sabe todas sus consecuencias, pues el autor piensa que su auxiliar se las explicó antes a aquél. Pero habrá error de prohibición cuando el médico al examinar el útero de la paciente inconsciente le practica un histerectomía con motivo de unos quistes que aparentan —y resultan— ser benignos, creyendo que aquella operación se justifica por la mera posibilidad de que la paciente contraiga luego cáncer y porque asume que ella estará de acuerdo con dicha extirpación dada su edad madura y su infertilidad. Lo mismo sucede en el caso del médico que al realizar una laparotomía de urgencia, le halla una hernia al accidentado que recibe inconsciente, cuya operación no era forzosa pero la cual también le corrige con la presunción de que en esas condiciones el titular hubiere consentido la injerencia. Y aunque en estos supuestos se está ante una causa de justificación putativa, toda vez que el error no incide sobre una apreciación distinta de las circunstancias fácticas, sino tan solo que éstas (sobre las que no hay error) dan pie a la permisión de la conducta que se creó lícita, no obstante que es injusta, es que al mismo se le hace formar filas junto a los errores de prohibición acerca de la ilicitud penal de la conducta que se realiza. Contra la postura que aquí se mantiene, Zaffaroni considera que los errores acerca del consentimiento válido, "expreso" o "tácito" y no solo acerca de las condiciones que dan pie al consentimiento "presunto", son yerros de prohibición, a menos que la ausencia de los primeros se exija o implique en el tenor del tipo penal del delito que se trate.<sup>931</sup> Sin embargo, la postura de Zaffaroni es consecuencia de su orientación "dualista" respecto al

---

<sup>931</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Atagia y Alejandro Slokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 702.

consentimiento como elemento del tipo y como excluyente de antijuridicidad, donde aquél sólo se da como causa de insubsunción típica en aquellos tipos penales en los que en su texto se exige o se deriva la falta del consentimiento del titular del bien jurídico o que la conducta se realice contra su voluntad. A diferencia de la postura "unitaria" que aquí se sostuvo, en el sentido de que cualquier caso de consentimiento válido del titular para que a su bien jurídico se le disponga por otro es causa de atipicidad por falta de lesión jurídica. (Ver al respecto el número VIII-D del Capítulo Décimo.)

3) Cuando el agente cree estar realizando una conducta fomentada por el derecho que en realidad éste prohíbe. Como el ejemplo que expone Zaffaroni: el exportar armas a favor del gobierno de un país que luego resulta que las usa en actos de terrorismo.<sup>932</sup> En éste caso, desde la perspectiva que aquí se sostuvo, el error no sería de tipo —aunque de lege ferenda debería serlo—, toda vez que ni la traición ni el terrorismo son delitos de resultado, en los que de haber sido realmente un riesgo permitido faltaría la imputación objetiva del resultado a la conducta.

4) Cuando se trate de un error de subsunción que incida sobre algún elemento normativo del tipo que aun cuando no excluye la conducta típica a la vez influya sobre una creencia equivocada del carácter penalmente injusto de la conducta que se realiza. Ejemplo: La persona creé que sólo tendría consecuencias penales la falsedad de lo que declare ante un juez y no así lo que diga ante un agente del Ministerio Público, si acaso prueba que éste en realidad no le hizo saber de aquellos efectos ni ella reparó en esa circunstancia al firmar el acta donde se hizo constar lo contrario.

5) Cuando se crea que se actúa en circunstancias que justificarían legalmente la conducta sin que en realidad la ley las prevea como causas de justificación (causas putativas de justificación.)

6) Y, finalmente, cuando por cualquier otra circunstancia la persona ignore o yerre sobre el carácter ilícito o penalmente ilícito de la conducta que realiza.

Sentadas esas premisas, cabe reiterar que habrá base para la culpabilidad tan cuando la persona conozca la ilicitud penal de su conducta, como cuando sin conocerla estuvo en condiciones de poderla conocer, de lo que se sigue que sólo se excluirá tal culpabilidad y el delito mismo cuando la persona no hubiere estado en condiciones razonables de poder conocer la ilicitud penal de su conducta (error invencible de prohibición) ni, por ende, le resultara exigible que hubiese actuado de otro modo. O dicho de otra manera: la culpabilidad en el última instancia consistirá en la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta y poderse conducir de otro modo.

Por lo que con base en lo anterior, ahora habrá que responder a estas preguntas: **Primera:** ¿Hay o no hay consecuencias jurídicas diversas cuando la persona sabe de la ilicitud penal de la conducta que realiza, de cuando no la sabe pero tiene posibilidad de conocerla? **Segunda:** ¿Será necesario —a los efectos de la culpabilidad penal— que el sujeto pueda conocer la relevancia penal de la conducta ilícita que realiza o bastaría

<sup>932</sup> Idem., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 703.

con que aquél pueda saber de su ilicitud, esto es, con independencia del relieve penal de tal conducta? Y por último **Tercera:** ¿Cuándo se puede afirmar que hay conocimiento efectivo o eventual de la ilicitud penal de la conducta? y en los casos donde falte dicho conocimiento ¿cuándo se puede sostener que a una persona le era razonablemente posible conocer tal ilicitud? Y con base en ello, ¿cuáles son entonces los parámetros con los que —ya conociendo la persona el hecho que realiza— se puede asumir si ella conoció o pudo conocer la ilicitud penal de su conducta?

**D. Los grados de la conciencia del injusto.** Respecto a la primera interrogante es conveniente destacar que es posible establecer grados de conciencia del injusto. Y ello es así porque la ley penal prevé consecuencias penales distintas cuando la persona actuó con conocimiento de la ilicitud penal de su conducta, de cuando no sabiendo de ella podía conocerla. De aquí que quepa hablar de dos grados de conciencia del injusto —relativos al carácter penalmente ilícito de la conducta— como primera categoría de la culpabilidad.

**1) El primer grado de conciencia del injusto** es el conocer la ilicitud penal de la conducta o el deber de cuidado que se infringe o representarse aquella ilicitud y actuar sin descartarla y sin que al respecto haya duda.

**2) El segundo grado de conciencia del injusto** es actuar cuando en el caso concreto no se conozca ni haya representación de la ilicitud penal —o deber de cuidado— pero sí haya la posibilidad razonable —en el CPF y el CPDF— o la fácil posibilidad —en el CPC— de conocer la prohibición penal o el deber de cuidado que se transgrede.

Lo anterior es como se indica porque así se desprende de la regulación del error de prohibición en los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF con relación, respectivamente, a los artículos 15-VIII-b)-IX y 29-VIII-b)-IX de los mismos ordenamientos, interpretados en sentido contrario; así como de los artículos 48, 49 y 51-I del CPC —por supuesto ajustando la interpretación de todos esos artículos al contexto de las garantías constitucionales como más adelante se verá—.

En efecto, los artículos 15-VIII-b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF excluyen al delito cuando (...) *se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.* En tanto que los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF disponen en lo conducente que (...) *si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.* Y aunque esos artículos no definen cuándo es “vencible” el error, una pauta para ello se deduce de los mismos artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF que excluyen al delito cuando (...) *atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.* Por lo que, interpretadas esas fracciones en sentido contrario, se obtiene que habrá error vencible de prohibición cuando *había condiciones que racionalmente permitían al agente que conociera la ilicitud penal de su conducta.*

El CPC adopta postura similar aunque más completa. Así, además de prever la exigibilidad de una conducta conforme a la norma según otras circunstancias, el artículo 48-I del CPC señala que (...) *La conducta del agente es culpable si al realizarla: I. Conoce o existen condiciones razonables para que conozca con facilidad*

la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete, o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente. Mientras que el artículo 51-I del CPC prevé que (...) *La conducta es inculpable: Cuando se realiza bajo error invencible de prohibición. Existe error de prohibición cuando hay discrepancia entre el hecho y su representación por el agente, con relación a la ilicitud penal de su conducta; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es punible; o porque circunstancias objetivas lo motivan a creer que no es penal la ilicitud de su conducta; o le originan la creencia falsa que concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite. El error de prohibición es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso, le impiden o dificultan superar su ignorancia o que advierta su falsa apreciación.* Por último, el artículo 52 del CPC prevé el error vencible de prohibición, mismo que —al igual que en los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF— no excluye la culpabilidad pero sí la atenúa y, por lo tanto, da motivo a la reducción de la punibilidad legal del delito que se cometa, al disponer que (...) *el error de prohibición —a que se refiere la fracción I del artículo 48— “será vencible si las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce le permiten advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación, según corresponda. En tales casos, al agente se le impondrá desde tres días, hasta la mitad del máximo de prisión y multa, según el delito que cometa.*

De todo ello se colige —según el CPF, el CPDF y el CPC— que para que se configure la conciencia del injusto como primera categoría de la culpabilidad es preciso que la persona realice la acción u omisión conociendo o razonablemente pudiendo conocer la ilicitud penal de su conducta. Pero asimismo se desprende que la ley contempla una necesaria atenuación de la pena cuando el sujeto no sabía acerca de la ilicitud penal de su conducta pero cuya ilicitud penal sí pudo conocer en virtud de condiciones que racionalmente le permitían actuar con ese saber.

Conforme a lo visto, es necesario entonces que haga una precisión metodológica. Porque, según señala Nieto Martín,<sup>933</sup> en la mayoría de la doctrina alemana se considera a la llamada conciencia del injusto como un concepto incompatible con el error de prohibición vencible. Es decir, que en tanto se pueda afirmar que hay conciencia del injusto se configura la primera categoría de la culpabilidad sin que esta categoría se deba apoyar en un error de prohibición *aunque sea vencible. La cual es una cuestión que pertenece más a la exigibilidad que a la conciencia del injusto.* Esta solución obedece a un método lógico correcto, pues no parecería razonable hablar de conciencia del injusto en los casos en que no se conoce tal injusto aunque pudiese conocerse. Sin embargo esa objeción se salva si se tiene presente que la expresión “conciencia del injusto” se emplea convencionalmente tan para cuando se sabe de la ilicitud penal de la conducta como cuando a ella se le pudo conocer. Y, además, porque a final de cuentas para que exista la culpabilidad es suficiente con que haya la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta y de conducirse de otro modo, sin que sea necesario que aquella se conozca. Asimismo, de seguir aquella idea lógica (1) tampoco cabría hablar realmente de conciencia del injusto cuando al actuar exista representación del mismo sin realmente conocerlo y haya duda disipable, no obstante que la mayoría de la doctrina alemana se inclina a sostener que sí hay conciencia del injusto cuando la duda era superable. Y asimismo (2) tal postura pareciera pasar por alto que en todos los casos en que se discute un error de prohibición que fue *vencible* el tópico no es nada más que el sujeto se pudo conducir conforme a la norma, sino que se pudo conducir conforme a la norma

<sup>933</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la vencibilidad del error*, op. cit., pp. 60 y ss.

precisamente «porque pudo conocer la prohibición penal». Así la concepción alemana que sin duda obedece a un método lógico correcto conlleva a que en los casos de error vencible de prohibición donde la conducta es culpable y punible no se pueda hablar de conciencia del injusto sino nada más de exigibilidad de otra conducta (la cual se corresponde con la segunda categoría de la culpabilidad.) Y al parecer tal postura también obedece a que en el Derecho Penal Alemán es potestativo no solo estimar que hay error de prohibición vencible, sino que también es potestativa la misma atenuación de pena por ese motivo. Igualmente, porque la doctrina alemana dominante estima suficiente con que se pueda conocer el carácter prohibido de la conducta que se realiza —con independencia de su relevancia penal— para que se excluya cualquier error de prohibición —vencible o invencible—. Reservando así los casos de error de prohibición a los supuestos negativos de la segunda categoría de la culpabilidad; esto es, a las causas de inexigibilidad o de no-responsabilidad por razones de prevención (temor fundado e inexigibilidad de otra conducta.) Y en este aspecto sí es innegable que el error vencible de prohibición atañe en última instancia a la exigibilidad de la conducta; esto es, al sustrato último de la culpabilidad que es “poder actuar de otro modo”. Más con ello se corre el riesgo de pasar por alto dos aspectos importantes cuando se trata de error vencible de prohibición: 1) Que en el error de prohibición que es “vencible” el poder actuar de otro modo depende precisamente de haber estado en condiciones razonables de conocer la ilicitud penal de la conducta. 2) Y, además, que aún en el caso de un error vencible de prohibición todavía es posible que no se haya estado en condiciones razonables de poder actuar de otro modo según otras circunstancias, como sucedería en virtud de un temor fundado inculpable, por ejemplo.

Ahora bien, más allá de la conceptualización metodológica, ya se ha visto que las soluciones de la regulación legal alemana no se condicen en toda su extensión con las del Derecho Penal Mexicano. Al menos con la ordenación del error de prohibición en los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF y 29-VIII-b) y 83-párrafo-segundo del CPDF; como tampoco con la de los artículos 48-I, 49, 51-I y 52 del CPC. *Toda vez que de esos artículos es de donde se desprende la “necesaria” atenuación de la pena cuando haya error vencible de prohibición —precisamente porque el agente no conocía de la ilicitud penal de la conducta que realizó, pero que sí pudo conocer en virtud de ciertas circunstancias que racionalmente se lo permitían, y donde de todas suertes puede haber culpabilidad. Por lo que, asimismo, de aquellos artículos se deduce que la primera categoría de la culpabilidad —conciencia del injusto— puede tener dos grados: Donde el objeto del juicio de esos dos grados es precisamente el conocimiento del injusto. En el primero como conocimiento o representación efectiva. Y en el segundo como posible. 1) En el primer grado —respecto del que se puede decir que existe una culpabilidad plena en su primera categoría—: **el sujeto conoce o se representa el carácter penalmente prohibido de su conducta y actúa sin descartar tal representación y sin que al respecto exista duda.** Y es claro que este grado de la primera categoría de la culpabilidad es incompatible con el error de prohibición y no admite la atenuación legal de la pena. 2) Pero en el segundo grado de conciencia del injusto —en el cual se puede hablar de culpabilidad disminuida— **se trata precisamente de un error vencible de prohibición:** justamente porque dentro de sus supuestos se halla *el que sujeto no hubiere conocido el carácter penalmente prohibido —o incluso la prohibición misma— de la conducta**

**que ejecutó, aunque si estuvo en condiciones de poderla conocer; o bien cuando sin conocerla sí se la representó con duda que pudo disipar fácilmente.** Casos en los que se mantiene la culpabilidad pero que a la vez motivan *necesariamente* la **atenuación punible de la conducta por aquél error vencible de prohibición** —artículos 66-in-fine del CPF, 83-párrafo-segundo del CPDF y 52 del CPC—. Y sin que aquél juicio amerite que ya se deba forzosamente punir a la persona, porque todavía resta por ver si acaso faltan o concurren otras circunstancias para decidir si al sujeto le era o no le era exigible conducirse de otro modo.

Y es que se debe tener presente que las desiguales consecuencias penales según **1)** el sujeto conozca la ilicitud penal de su conducta o se la represente sin que le surja duda, de cuando **2)** el sujeto no conozca tal ilicitud penal ni se la represente o representándosele le surja duda disipable, aparejan una diferencia sustancial en una punibilidad legal cuyo marco de referencia no es la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta, sino el conocimiento efectivo o la representación efectiva sin que haya habido duda acerca del carácter penalmente ilícito de la conducta realizada. Esto es, **los márgenes legales de la sanción privativa de la libertad para los delitos a los que el legislador les asigna esa clase de pena (que son la gran mayoría), parten del supuesto de que tales extremos de penalidad serán los aplicables porque la persona conocía la ilicitud penal de su conducta o se la representó sin que al respecto tuviera duda y pudo obrar de otro modo —y no porque simplemente la persona haya sido culpable en virtud de que “pudo” conocer la ilicitud penal de su conducta y obrar de otro modo—.** Pues si la persona no sabía de la ilicitud penal de su conducta, pero pudo conocerla y obrar de otro modo, será a partir de la pauta de punibilidad señalada para quienes conocían de la ilicitud penal de su conducta o se la representaron sin tener duda, de la que se habrán de reducir forzosamente sus márgenes en la medida que la misma ley ya señala. **De todo lo cual se desprende que la culpabilidad que el legislador tuvo en cuenta para asignar los márgenes legales de la pena de prisión para cada delito, no fue la de una culpabilidad “disminuida” en cuanto a la conciencia del injusto como su primera categoría, sino para una culpabilidad “plena” en esa primera categoría.** De todo ello se desprende lo siguiente:

Mientras que el conocimiento directo del injusto penal (al igual que el conocimiento eventual del mismo en cuanto a una representación de su ilicitud penal sin que haya surgido duda —según se aclarará más adelante—) se enmarca dentro del primer grado de la culpabilidad en su primera categoría.

En el segundo grado de esa conciencia del injusto penal —y el cual también se enmarca en la primera categoría de la culpabilidad— la persona no sabe del injusto penal o sin saber a ciencia cierta de él sí se lo representa pero le surge duda y en cualquier caso que le era posible conocer con facilidad tal ilicitud —que son casos de error de prohibición vencible y, por ende, de una conducta que puede ser punible aunque de manera atenuada—.

Y aún así, tan el primero como en el segundo grado de conciencia del injusto no agotan todavía el objeto de la culpabilidad, ya que aún falta verificar si a la persona le era exigible actuar de otro modo según falten o concurren otras circunstancias.

En uno y otro grado de conciencia del injusto se cumple la primera categoría de la culpabilidad. Pero en tanto que en el primer grado se satisface plenamente la culpabilidad en su primera categoría. A su vez en el segundo grado esa categoría apareja a lo sumo un error de prohibición vencible y, por tanto, una culpabilidad disminuida y una pena legal atenuada. O dicho de otro modo: habrá error vencible —y por ende una culpabilidad disminuida, que amerita una atenuación legal de la pena— siempre que una persona no sepa de

la ilicitud penal de su conducta o no disipe la duda que al respecto le suscite su proceder, pudiendo hacerlo con facilidad o del mismo modo conocer tal ilicitud. El común denominador de todos los extremos de conciencia penal del injusto por error vencible —segundo grado— es que el sujeto al realizar la conducta *no sabía de su prohibición penal pero pudo con facilidad saber de ella*.

**E. El conocimiento de la trascendencia penal de la conducta.** Por lo que atañe al conocimiento efectivo o posible de la ilicitud penal de la conducta es irrelevante que el sujeto sepa o pueda saber que su conducta viola cierto orden religioso, moral o social. Las concepciones religiosas, morales o sociales del individuo acerca de su conducta son intrascendentes para decidir acerca de la conciencia del injusto, pues con independencia de ellas:

Lo que interesa es que la persona habiendo conocido las circunstancias fácticas —y valorativas en su caso— de la conducta típica que ejecutó, además, sabía o podía saber de su prohibición penal.

La libertad de creencia religiosa y de practicar los actos del culto respectivo está garantizada por el artículo 24 de nuestra Constitución, más sólo en la medida que los últimos “no se traduzcan en un delito o falta penados por la ley”. Lo que se confirma por el artículo 1º-párrafo-segundo de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que dispone: “*Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes*”. De esto surge el tema del delito de conciencia por convicción religiosa que dificulte actuar conforme con la ley; empero, este tópico se revela más bien como propio de la segunda categoría de la culpabilidad: la exigibilidad-responsabilidad, donde será tratado con más amplitud. Ejemplo: Se conduce con conocimiento del injusto quien sabe de su deber de asistencia y de las consecuencias penales de su omisión si deja morir al pequeño hijo lesionado por un animal bravo, aunque obre en acato a su fe religiosa de no interferir con los designios de Dios. Mas si concomitantemente a la conducta que realiza conforme a su fe religiosa, la persona ignora la trascendencia penal de aquella y no está en posibilidad razonable de conocer esa ilicitud: el problema ya no estribará en si la persona puede cometer delito cuando actúa en acato a su conciencia, sino en si es o no disculpable la conducta por la ignorancia de su ilicitud penal. O bien si la persona sabe o se representa la ilicitud de su conducta, pero ignora de su relevancia penal que pudo fácilmente conocer, ¿podrá al menos ser atenuable su conducta en razón de un error vencible de prohibición basado en aquel motivo? Por lo que cabe preguntar de todos modos:

¿Será necesario para la conciencia del injusto que el sujeto conozca o pueda conocer el carácter punible de su comportamiento? ¿O por el contrario, será suficiente con que sepa o pueda saber de su oposición al orden jurídico en general? O dicho de otro modo: ¿Merece el mismo marco de punición la persona que sabe o está en condiciones razonables de saber que su conducta es ilícita, civil o administrativamente, que aquella que sabe o puede conocer que su conducta está penalmente prohibida?

Nieto Martín observa que el conocimiento de la punibilidad carece de importancia práctica en el ordenamiento penal alemán. Ello se debe a que conforme a aquél es potestativa la atenuación de pena y la evitabilidad misma del error, aun dado éste. Pero Nieto Martín aduce con relación a España: (...) *la discusión es mucho más relevante para nuestro derecho penal, ya que los errores sobre la punibilidad, darían lugar siempre a*

alguna atenuación.<sup>834</sup> Lo mismo que sucede en el Derecho Penal Mexicano según ya se vio. Aún así Nieto Martín matiza su postura en el sentido de que: (...) *la diferencia valorativa esencial a efectos de merecimiento y necesidad de pena no se encuentra en la contraposición pena-resto de sanciones del ordenamiento jurídico, sino en las sanciones aflictivas-reparadoras. (...) sólo en el supuesto de sanciones aflictivas la norma jurídica está verdaderamente interesada en impedir a toda costa ese tipo de conductas antijurídicas. Por el contrario, en el supuesto de sanciones reparadoras, la pretensión de la norma es devolver la situación a su estado original.*<sup>835</sup> Con base en ello Nieto Martín niega que el error sobre la relevancia penal de la conducta pueda tener trascendencia para excluir la pena cuando el sujeto conozca que su conducta está conminada con una sanción aflictiva no penal, lo que sólo motivaría la atenuación de la pena. En otras palabras, Nieto Martín parece dar mérito a la ignorancia de la punibilidad de una conducta que se sabe está sancionada aflictivamente, sólo para que se atenúe la pena pero no para excluirla. A diferencia de Roxin quien asume una postura punitiva más amplia al conceder relevancia al error sólo cuando no se sabe que la conducta está prohibida, pues en caso contrario, es decir, cuando el sujeto sepa que su conducta está prohibida, aunque no supiese su índole penal se configuraría ya su conciencia del injusto y no habría error de prohibición ni siquiera vencible.<sup>836</sup> En efecto, Roxin se sitúa en la trinchera de quienes estiman que el error o ignorancia sobre el carácter penal de la prohibición es irrelevante cuando el sujeto sabe que su conducta está prohibida, para lo cual da dos razones. Porque —según él— (...) *el ciudadano corriente identifica casi siempre prohibición con prohibición penal y porque una vez que se conoce la prohibición de un comportamiento, ello debe ser suficiente para motivarse conforme a Derecho, en tanto que si aquello es conocido, el resto sólo son especulaciones sobre la mera impunidad que no merecen ninguna atenuación.*<sup>837</sup> A lo sumo, tan Roxin como Newman —según David Felip i Saborní— (...) *requieren sólo la valoración del hecho como merecedor de cualquier sanción legal, por lo que —según esto— sería intrascendente que el autor sólo estime que su conducta ameritará sanción civil para que se estime que se satisface la conciencia del injusto.*<sup>838</sup>

Ciertamente que, contra lo expuesto, está la opinión contraria —a la que me adhiero— en el sentido de que el juicio debe versar no solo con relación a la ilicitud de la conducta, sino, además, en función de su relevancia penal. En otras palabras, lo que el sujeto debe conocer o poder conocer es la prohibición penal de la conducta que realiza y no nada más que está prohibida. Y ello es así por las razones siguientes:

**Primera.** La misión del poder punitivo no es prevenir y castigar con pena todas las conductas ilícitas. Sino sólo y nada más la de prohibir conductas cuya ilicitud sea de tal gravedad que por ello se haga necesario conminarlas con penas. La conminación y el castigo de conductas ilícitas de otro orden se logran mediante la amenaza y la imposición de sanciones diversas a las penales. De no ser así se pasaría por alto el carácter subsidiario del poder punitivo y, por ende, el fin de la necesidad social de la pena, ampliándose sin medida su función preventiva. Ya que si la conminación penal se formula precisamente para motivar de manera enérgica

<sup>834</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*, op. cit., p. 101.

<sup>835</sup> *Idem.*, p. 102

<sup>836</sup> Adán Nieto Martín, *Idem.*, p. 103

<sup>837</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos*, op. cit. pp. 866 y ss.

<sup>838</sup> A Newman y al propio Roxin los cita David Felip i Saborní, *Error iuris, el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código penal*, Editorial Ateñer, Barcelona, España, 2000, pp. 116 y ss., al igual que Adán Nieto Martín, en op. cit., pp. 98 y ss.

al sujeto para que se conduzca conforme a Derecho ante lesiones especialmente graves a bienes jurídicos. Por ende, la norma prohibitiva penal, aunque válida aun cuando no se le conozca cuando ella se le desdobra en norma de "determinación-valoración", también tiene su restante función de ser una "norma motivadora": porque siempre tiene la misión de promover de manera especial que la conducta se ajuste a esa conminación penal, esto es, que el sujeto ajuste su conducta a la llamada de la "norma". Y a tal grado interesa al Derecho esa especial llamada de ajuste, que precisamente la enfatiza mediante la amenaza de pena sólo a quienes deban actuar para que se conformen a la conminación penal si es que conocían esa prohibición o pudieron conocerla. De aquí que devendría un contrasentido que luego se hiciera caso omiso de esa llamada de especial motivación de la norma penal, para sólo atender al conocimiento de la mera prohibición de la conducta, sin importar si la persona no sabía o no pudo saber acerca de su relevancia penal.

**Segunda.** El hecho de que es importante analizar la posibilidad de conocer esa relevancia penal se corrobora con la exigencia constitucional de la estricta legalidad de los delitos y de las penas que correspondan a esos delitos, por la que se deriva la exigencia de certeza de sus normas que radica en la claridad y precisión posibles de sus contenidos. A la cual también se le restaría parte de su sentido si luego para nada importara el conocimiento efectivo o posible del carácter punible del hecho; porque con ello se abatiría la función de motivación de la norma penal, la cual solo puede funcionar si el individuo está en condiciones de saber con certeza qué conductas se sancionan con pena, más aún cuando se trata del gobierno de la esfera de libertad de las personas, misma que sólo y nada más se les restringe si infringen específicamente la norma penal insita en el tipo y no alguna otra aunque sea prohibida por normas no-penales.

**Tercera.** A ello se le añade el consecuente argumento de que si las personas tienen un amplio marco de libertad dentro del cual se han de comportar responsablemente, sea precisamente por el carácter penal de la norma por el que las personas se motiven a actuar conforme a ella. En otras palabras, *las razones especiales que tuvo el legislador para prohibir penalmente una conducta, esto es, la especial cualificación del injusto penal hace necesario el conocimiento del injusto penal o al menos poderlo conocer.*

En el sentido apuntado, Adán Nieto Martín menciona a Schroeder como principal defensor de esa tesis en Alemania, quien sostiene que (...) *la pena no es una consecuencia jurídica más, sino que expresa un especial juicio de desaprobación sobre la conducta del sujeto, respecto del cual el sujeto ha de conocer o poder conocer, más aún cuando desde el punto de vista preventivo la pena carece de sentido para quien no conocía la punibilidad de su conducta.*<sup>826</sup> Postura a la que se afilia David Felip i Saborit en España, en tanto él sostiene, entre otros argumentos, que: (...) *La definición como delito de un hecho tiene un grave efecto estigmatizador de dicha conducta —y del propio autor— y abre las puertas a una intervención estatal de gran intensidad y de carácter altamente personal —no sólo mediante la pena sino también mediante el proceso—. Desde una perspectiva motivacional, todo ello no es un simple aditivo, un aspecto secundario, puramente accesorio que refuerza el carácter prohibido del hecho. Privar a la prohibición de todo ese contenido de sentido cuando un sujeto debe administrar racional y responsablemente su esfera de libertad personal es empobrecer la función*

<sup>826</sup> Schroeder citado por Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit.,

de motivación de la norma penal.<sup>940</sup> En igual línea de pensamiento se cita a Bacigalupo en la misma España. Adán Nieto Martín apunta que Bacigalupo menciona que a Hegel y a Kant les era suficiente el conocimiento de la ilicitud de la conducta, en virtud de que esa idea era oriunda del idealismo alemán que se asumió por el positivismo jurídico. Para ambos autores —dice Bacigalupo, según Nieto Martín—: (...) el saber que el hecho estaba castigado no podía tomarse en cuenta para fundar la obligación de acatar la norma. El simple conocimiento del deber es lo que determina su acatamiento por parte del hombre racional. El requerir el conocimiento de la amenaza de la pena —vendría a decir Hegel— supone equiparar al hombre como un perro al que se le asusta con un bastón. El ser racional no actúa de una forma determinada por miedo a la amenaza, sino simplemente porque conoce el deber. Mas este rechazo al conocimiento de la punibilidad que proviene de las teorías absolutas de la pena, supone para Bacigalupo una confusión entre Derecho y moral. Quizá en tiempos de Hegel y Kant, orden jurídico y moral se solapaban, por lo que podía derivarse el deber de cumplir con el Derecho del deber moral. Sin embargo este planteamiento no tiene cabida en la sociedad actual moralmente plural.<sup>941</sup> Pero Bacigalupo da un argumento más: el principio de legalidad. (...) El individuo no sólo debe saber desde el principio lo que está prohibido penalmente, sino también con qué pena se le amenaza. Lo que implica que el principio de legalidad requiere del conocimiento de la punibilidad para poder afirmar la culpabilidad.<sup>942</sup> Para concluir con el diverso argumento de prevención especial en el sentido de que: (...) Sólo se justificaría la intervención preventivo-especial del Estado frente a un autor que no sea capaz de reaccionar ante la amenaza de una pena.<sup>943</sup>

¿Más cuál es la solución correcta con apoyo en la legislación penal mexicana? Los artículos 15-VIII-b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF disponen que el delito se excluye: (...) Cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto «desconozca» la existencia de la ley o «el alcance de la misma».<sup>944</sup> Por lo que es claro que el CPF y el CPDF para excluir el delito dan relevancia al error acerca del carácter de la conducta no sólo cuando al realizarla se ignore la existencia de la ley, sino también cuando se desconozca su "alcance". Ello significa que si un individuo cree que su conducta sólo motiva a que se le sancione civilmente cuando, además, su conducta merece pena, es evidente que el sujeto no sabe el verdadero "alcance" de su infracción y, sin embargo, conforme a la misma ley el sujeto ya se halla en un error de prohibición. E incluso que si tal error fue invencible ello dará motivo a que se excluya el delito. Por lo tanto, el hecho de que el CPF y el CPDF incluyan el no saber el alcance de la ley como un problema que apareja un error de prohibición que incluso puede ser invencible y que, por lo tanto, excluye al delito, es indicador cierto de que los mismos CPF y CPDF otorgan trascendencia al conocimiento del carácter "penal" de la prohibición para decidir la primera condición de la culpabilidad y sus efectos jurídicos.

Lo que conlleva a afirmar —de acuerdo con el CPF y el CPDF— que si el sujeto no sabe ni se representa sin duda que la conducta que realiza le merece pena, aunque sí sepa que le depara consecuencias jurídicas adversas de otro orden —no penales— de entrada amerita la existencia de un error de prohibición que se habrá tomar en cuenta y

<sup>940</sup> David Feip i Saborit, *Error iuris, el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Editorial Atefier, Barcelona, España, 2000, p. 116.

<sup>941</sup> Enrique Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, pp. 160-163, citado por Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*, op. cit., p. 87.

<sup>942</sup> Enrique Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, pp. 168, citado por Adán Nieto Martín, op. cit., p. 97.

<sup>943</sup> Idem, op. cit., pp. 97 y 98.

<sup>944</sup> Las cursivas y los corchetes son míos.

frente al cual habrá que decidir si él fue invencible. Porque en caso contrario de todas suertes el error se mantiene y por ende será vencible y por lo tanto, aunque hay culpabilidad, la pena será atenuada.

Y sin que quepa excluir al error de prohibición con el argumento de que si hay conocimiento de la prohibición ya no puede haber confusión acerca de esa prohibición y menos cabría considerar si ella fue vencible o invencible. Porque con ello se elude el aspecto toral: el de saber acerca del alcance penal de la prohibición. Aquél criterio metodológico podrá ser válido de acuerdo al Derecho Penal Alemán, en el que la reducción de la pena por un error evitable es potestativa. Pero no lo es en el Derecho Penal Mexicano, *en el que desconocer el «alcance» de la ley se concibe precisamente en la propia ley penal dentro del mismo error de prohibición "invencible"*. De aquí que en el Derecho Penal Mexicano si el individuo desconoce el alcance penal de la conducta que realiza y él sabe prohibida, sin que tampoco él se represente sin duda ese carácter penal, a lo sumo se hace acreedor a una punibilidad atenuada si es que en el caso concreto el error fue "vencible" según lo prevén los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF. *Pues si en el caso concreto el desconocimiento del alcance penal de la infracción es "invencible", aunque se conozca la prohibición, tal error opera como excluyente de delito.* A la misma conclusión se llega en el artículo 51-I del CPC, pues éste prevé que (...) *La conducta es inculpable por error invencible de prohibición...con relación a la ilicitud «penal»...; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es «punible».*<sup>945</sup> Lo que se confirma con el artículo 48 del mismo CPC. Ya que ese artículo señala como primera condición para que la conducta del sujeto sea culpable: *que al realizarla aquél (...) conozca o existan condiciones razonables para que conozca con facilidad la ilicitud «penal» de la conducta o hecho que comete; o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente.*<sup>946</sup>

Por lo que la única excepción que hasta aquí cabría afirmar respecto a lo dicho, es cuando —con relación al CPC de manera expresa— el error se refiera a la trasgresión del deber de cuidado tratándose de delitos culposos. En los que no será necesario que el individuo sepa o pueda saber acerca de la relevancia penal de su conducta, sino sólo acerca de la trasgresión al deber de cuidado que motiva el daño. De la cual si no le es posible percatarse motiva la invencibilidad del error. Ejemplo: el forastero que por la noche y sin otros vehículos a la vista, conduce en un libramiento con exceso de velocidad sólo por pasar un área especial de velocidad restringida, volcándose su vehículo por aquel motivo originando daños a la carpeta asfáltica, más sin que aquél pudiera ver las señales que le indicaran la restricción de velocidad al estar derribadas y él mantenía en realidad la velocidad que se permite para el libramiento en general. Al respecto ya antes se señaló que la "culpa" como elemento «normativo» del "tipo penal culposo" se informa de la violación de un deber de cuidado a través de juicio ex-ante, que se formula de manera objetiva e imparcial de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y los demás baremos de la «culposidad» de ese tipo.<sup>947</sup> Lo cual es distinto a que el incumplimiento le sea reprochable al agente. Porque la culpabilidad en la realización de un tipo penal culposo se decide mediante un juicio "ex-post". Es decir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto «conocidas» por el autor o que él "pudo fácilmente conocer".

<sup>945</sup> Los corchetes son míos.

<sup>946</sup> Los corchetes son míos.

<sup>947</sup> Ver CAPÍTULO DÉCIMO, núm. III-D. La distinción entre la previsibilidad como indicador del tipo penal culposo y la previsibilidad como indicador de la culpabilidad.

Dicho en otras palabras, es diferente realizar una conducta por la cual «es previsible» un resultado, a realizarla cuando ese resultado «le» es fácilmente previsible al sujeto. Una cosa es, pues, que el resultado «sea previsible», lo cual se decide ex-ante; y otra la es, que «le sea fácilmente previsible» a quien lo causa, lo cual se decide ex-post. Por ejemplo, en un juicio «ex-ante» son normalmente «previsibles» los daños que se deriven mediante un alcance si el agente hace alto cuando maneja un coche sin sus luces preventivas traseras y por una vía pública. Sin embargo, si las luces fallan durante la marcha y sin que el sistema dé aviso alguno al conductor, lo que motiva el alcance cuando aquel frena, es claro que faltan las condiciones para que el agente se percate del desperfecto y, por ende, es obvio que en un juicio «ex-post» al agente no «le era fácilmente previsible» causar el daño que originó por aquél motivo. De esa forma, el agente habrá actuado culposamente y, sin embargo, inculpablemente. Así mismo, es normalmente «previsible» que se cause un daño a terceros si no se respeta la señal de alto de un cruceo cuya vía tangente es libre y preferente. Y si por ese motivo el agente causa daños que en ese caso eran «previsibles» se integrará el tipo penal culposo. Pero ello es distinto a que el agente se encuentre en condiciones de conocer el deber de cuidado al existir por su camil una señal visible de alto en el cruceo, colocada en lugar adecuado. Pues si así fuere, es claro que esas condiciones tan «le» hacían previsible causar daños si las desatendió, como «le» hacían posible evitarlos observando aquellas. El primer aspecto de la valoración constituye así fundamento para configurar el tipo penal culposo. El segundo es decisivo para sostener la «culpabilidad» del sujeto en el tipo penal culposo. Ya que si el sujeto no se encontró en condiciones de conocer el deber de cuidado o aquellas le dificultaban ese conocimiento porque un reflejo solar obstruyó de momento su visibilidad y le impidió percatarse de la señal de alto en el cruceo y transitaba por una arteria que era de libre circulación en las cuadras anteriores, por ser foráneo no sabía que la tangente era dominante y ninguna otra circunstancia le indicara esa preferencia, aunque el tipo penal culposo se integre por ser normalmente «previsible» el resultado; de todas suertes la conducta se debe estimar «inculpable» dado que en el caso concreto al sujeto no «le» fue fácilmente previsible el resultado, y, por ende, ha de excluirse el delito. Así las cosas, en los delitos culposos será materia de la culpabilidad las circunstancias «conocidas» por el agente en el evento concreto o que en ese lance él «pudo fácilmente conocer» para derivar el deber de cuidado que viola, dentro de la cual está la de que aquél pueda prever el resultado dañoso por la forma en que actúa en el caso concreto. Porque sólo si en el caso concreto él conoció o él pudo conocer con facilidad el deber de cuidado, se le puede reprochar que no se ajustó a él para tratar de evitar el resultado dañoso que causó.

Por lo demás, a la luz del CPF, el CPDF y el CPC, no convencen las razones de Roxin para desestimar la necesidad de que el objeto del conocimiento del injusto en los delitos dolosos debiere ser la prohibición penal de la conducta y que para aquellos baste que el sujeto conozca o pueda conocer la mera prohibición de lo que hace o deja de hacer. En efecto, es evidente que si la persona sabe que su conducta está prohibida, ésta circunstancia le debiere motivar indagar acerca de la posible relevancia penal de su conducta, lo cual reduce el margen para que haya un error de prohibición invencible. Pero lo que no parece nada claro, es que el mero hecho de que una persona sepa que su conducta está prohibida implique «necesariamente» que sepa que está «penalmente» prohibida. Ni menos cabe sostener que el decidir lo contrario fuesen meras meditaciones

sin base real y sin que cupiera en lo absoluto el error ni la invencibilidad del mismo. Tampoco persuade el diverso criterio de Martín Nieto en el sentido de que si una persona sabe que su conducta amerita una sanción afflictiva pero ignora su relevancia penal, ello sea bastante para que se estime que aquella se encuentra en error de prohibición vencible. Con lo que se llegaría a la conclusión de que aquél dato a su vez imposibilitaría la invencibilidad del error y con ello predeterminaría necesariamente la punición, aunque atenuada.

Ello es como se indica, porque si bien es cierto que tan de los artículos 15-fracción VIII-inciso b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF con relación a los respectivos artículos 66-in-fine y 83-párrafo-segundo de los mismos códigos; así como del artículo 51-I del CPC con relación al artículo 52 del mismo código, se desprende que la ignorancia de la prohibición o de su relevancia penal, predetermina a lo sumo una pena atenuada, en virtud de que con ello ya se está dentro del supuesto legal del error de prohibición. Igual es verdad que el mero hecho de que se conozca la prohibición de la conducta no predetermina que el error siempre sea vencible y que nunca quepa la invencibilidad. *Porque es posible que el sujeto incurra en error de prohibición invencible cuando sepa la ilicitud de su conducta e ignore su relevancia penal. Ello sucederá así cuando la persona no haya estado en condiciones razonables de conocer esa relevancia penal. Sin que a este criterio se oponga —sino que más bien lo apoye— el tenor de la ley, tan del CPF y el CPDF, como del CPC, ya que estos códigos en los citados artículos conciben la posibilidad de un error invencible de prohibición cuando se conoce la prohibición pero se yerra en su "alcance".* Ejemplos: La madre con nula o insuficiente instrucción escolar y de muy escasos recursos económicos que por el consejo indebido de su abogado "pro-bono" o por la desatención del defensor de oficio, ignorante aquella de la trascendencia penal de su conducta y creyendo que sólo incumple una resolución judicial que dará origen a que se le multe y a que se use en su contra la fuerza pública que ella cree inminente, se lleva a sus menores hijos después de que se le notifica la sentencia ejecutoriada de divorcio que se pronunció en su contra como cónyuge culpable, condenándola a la pérdida de la patria potestad y conminándola para que entregue los chiquillos al actor quien provisionalmente se los habla entregado el día y por el tiempo acordado por el juez (artículo 319 del CPC.) Los adúlteros que acuden, se divierten y pernóctan en la misma habitación de un hotel concurrido por el medio social del cónyuge ofendido, previa la petición de éste, quién se halla en otro Estado del cual es originario. Haciéndoles acudir el ofendido con la falsa promesa de que firmará la demanda de divorcio voluntario y creyendo el infiel que con aquella conducta solo da lugar a una causal de divorcio, pues siempre ha vivido en diverso Estado donde el adulterio no es delito —según se lo había dicho su abogado al pedirle asesoría para el divorcio— y en el cual aquél contrajo matrimonio. La madre de la divorciada que vive en condiciones socio-culturales y económicas de marginación y roba dinero al cónyuge de su hija, con el objeto de cubrir las obligaciones alimentarias de él para con sus nietos, creyendo que tal conducta deja de ser delito porque hace posible el cumplimiento de obligaciones familiares, cuando el otro no las ha satisfecho por negligencia o mala fe. Esos casos son perfectamente posibles. Y en ellos es claro que los sujetos activos tenían conciencia cierta de la prohibición o de la ilicitud de su conducta, como también lo es que creían que no era punible. ¿Qué acaso por ese sólo hecho habría de desecharse la invencibilidad del error y punirse su conducta necesariamente aunque de manera atenuada, sin importar otras consideraciones?

No en mi concepto. Pues aunque es cierto que a ello se podría responder —de acuerdo con los argumentos de Nieto Martín y de los que en similar trinchera exponen Roxin y Newman— que al menos en el caso del cónyuge infiel no podría haber conciencia de una prohibición cuya infracción ameritara una sanción aflictiva sino sólo una reparadora —el divorcio necesario—, por lo que por ese motivo se podría admitir que hay error de prohibición. Y, asimismo, que en cualquiera de los casos apuntados falta todavía la diversa categoría de la exigibilidad-responsabilidad de la conducta para configurar la culpabilidad. Y que, por tanto, sería en esa categoría donde se examinarían los extremos de aquellos eventos, en la cual se podrían resolver algunos de ellos excluyendo al delito porque revelarían la falta de necesidad social de la pena. También lo es, que el decidir si la persona «pudo o no pudo conocer la prohibición penal» de la conducta es materia reservada —en el CPF, el CPDF y el CPC— a la primera categoría de la culpabilidad —conciencia del injusto penal— en tanto la valoración se hace respecto a si el sujeto conoció o pudo conocer la relevancia penal de su proceder (y no con relación a si pudo o no actuar de otro modo según otras circunstancias); sin perjuicio de que si esa categoría se afirma, ella no obste para enseguida examinar si por diversas consideraciones de exigibilidad-responsabilidad la persona deba o no deba responder con pena. Esto es, por ser la sanción racionalmente innecesaria por inexigibilidad de la conducta conforme a Derecho, según hayan faltado las condiciones razonables —diversas a la conciencia posible del injusto penal— para que el sujeto se condujese conforme a Derecho. Dígalo si no, cuando una persona realiza la conducta típica que sabe penalmente prohibida pero bajo la coacción de un mal real y grave que sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta de ver lesionado un bien propio de igual valor si no se allana a la conminación (artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-V del CPC.)

De todo ello se sigue que en el Derecho Penal mexicano es posible que la persona incurra en un error de prohibición invencible que excluya el delito aunque aquella sepa de la prohibición de su conducta si es que ignora o yerra acerca de su alcance penal por faltar las condiciones razonables para que se percatara de su error (que así deviene “invencible”).

Tal como sucede en los dos primeros casos planteados, aunque quizás no en el último del robo del dinero para la alimentación de los nietos, sin que en éste evento se excluya la posibilidad de la exculpante por inexigibilidad según otras circunstancias y en la cual, además, la culpabilidad ya se halla de por sí atenuada debido al error vencible de prohibición. Ya que tan el conocimiento efectivo de la prohibición penal como la vencibilidad de un error de prohibición en ese caso —que reside en las condiciones razonables que hagan posible conocer la prohibición penal— fundan la primera categoría de la culpabilidad. La conciencia del injusto no solo se apoya pues en el conocimiento efectivo de la relevancia penal de la conducta, sino que también se puede apuntalar —aunque con una punibilidad legal atenuada— cuando el sujeto actúa sin saber de la ilicitud penal si es que razonablemente pudo conocer de la misma; aunque cabe todavía examinar si hubo la exigibilidad-responsabilidad del sujeto como segunda categoría de la culpabilidad, la que de faltar excluiría el delito. En tanto que la culpabilidad se conforma de ambas categorías y no sólo con una de ellas. Por lo que en el tercer caso enunciado, aunque fuese un error vencible de la prohibición penal, sí quedaría por verse si las condiciones del caso le hacían exigible otra conducta al autor y hay la necesidad racional de punirlo por robo.

En suma, de acuerdo con el CPF, el CPDF y el CPC, la ignorancia de la relevancia penal de la conducta aunque se sepa ilícita o prohibida determina la existencia del error de prohibición y, por lo tanto, dentro de él hay que ver si tal error es o no es invencible. Más si dicho error es vencible sólo podrá fundar la punibilidad atenuada de acuerdo con los artículos 66-in-fine del CPF, 83-párrafo-segundo del CPDF y 52 del CPC, si es que, además, se cumple la diversa categoría de exigibilidad-responsabilidad de la culpabilidad.

Pues en el supuesto de error de prohibición invencible el delito se excluye de acuerdo con los artículos 15-VIII-b) del CPF, 29-VIII-b) del CPDF y 51-I del CPC. Y sin que por ello se tenga que acudir a la diversa categoría de exigibilidad-responsabilidad para fundar la excluyente en la fracción IX —y no ya en la fracción VIII— de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF. Así como en la fracción VII —y no ya en la fracción I— del artículo 51 del CPC. Con lo cual cabe concluir que:

El «conocer» o «poder conocer» la «ilicitud penal» de la conducta es campo reservado a la conciencia del injusto penal como primera categoría de la culpabilidad. El conocer la ilicitud penal de la conducta conformará el primer grado de esa categoría de la culpabilidad. Mientras que el segundo grado de la misma categoría se conformará cuando no se conocía esa ilicitud penal pero se pudo conocer. Cuando el sujeto no conoce la relevancia penal de la conducta que realiza, aunque la sepa ilícita, el error de prohibición ya existe, mismo que puede ser vencible o invencible. Ello depende de las circunstancias razonables del caso por las que el sujeto pueda o no pueda conocer la prohibición penal. Tal error de prohibición será invencible cuando en el caso concreto faltan las condiciones razonables para enterarse de la relevancia penal de la conducta. Pero aún en el caso de que el error sea vencible, él no predetermina por sí la culpabilidad, pues falta por examinar si hay exigibilidad-responsabilidad como segunda categoría de la misma culpabilidad penal. Por lo tanto, el yerro acerca de la relevancia penal de la conducta al configurar un error de prohibición sí predetermina al menos una atenuación de la punibilidad en virtud de tal yerro y sin perjuicio de que —aún si había las condiciones razonables por las que el sujeto podía conocer la ilicitud penal de su conducta— ello amerite la vencibilidad del error mas no necesariamente la culpabilidad del sujeto, para la cual se ha de examinar, además, la exigibilidad-responsabilidad de la conducta como una segunda categoría de la misma culpabilidad.

De todas suertes hay que tener presente los casos de errores de prohibición por ignorarse la simple ilicitud o prohibición de la conducta. En tales casos el sujeto no sabe siquiera que su conducta es ilícita o que está prohibida. Ello determina la existencia del error con mayor razón que cuando se sabe de esa ilicitud o prohibición pero se desconoce su alcance penal. Pero respecto de cualquier yerro también habrá que distinguir los eventos de aparentes errores de prohibición que en realidad son errores de tipo. En efecto:

La regla general parece ser que la ignorancia o el yerro acerca de la ilicitud de la conducta es un error de prohibición que afecta a la culpabilidad excluyendo al delito o atenuando la pena según la equivocación sea invencible o vencible. Pero las excepciones —que pueden ser muchas— se dan cuando el error incide en un elemento normativo específico de especial valoración o de desvalor del tipo penal o en el daño o el peligro al bien jurídico como elementos del mismo tipo penal, lo que convertirá al yerro en error de tipo, el cual si es necesariamente doloso el simple error ya excluirá el delito.

Ejemplo: será error de tipo y no un error de prohibición cuando el sujeto activo se apodere de la cosa que recién entregó al comprador, por creer que tiene "derecho" a ella, al considerarla todavía suya por no recibir, conforme a lo acordado, el pago inmediato del precio. Y ello es así, en virtud de que hay un motivo objetivo del error que es el impago que genera la creencia falsa de que todavía se conserva la propiedad de la cosa y uno de los aspectos en los que se yerra es un elemento normativo expreso en el tipo penal del robo ("sin derecho"). Como igual será error de tipo si una persona soltera yace con la amante ocasional en el domicilio de ésta, sin saber que es persona "casada" y, por lo tanto, desconociendo igualmente que se encuentra en el domicilio "conyugal" de ella. Más no cabría decir lo mismo cuando el sujeto sabe que realiza la cópula con su amante casada y en el domicilio conyugal de ella, sabiendo que da motivo a una causal de divorcio y

desconociendo la relevancia penal de su conducta, lo cual sería un error de prohibición con relación al delito de adulterio en Coahuila, pues en tal caso, el tipo penal de adulterio conforme al 327 del CPC no requiere de manera expresa del conocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza. Lo expuesto se puede sintetizar diciendo que:

En los tipos penales dolosos que contengan elementos «normativos» expresos, el dolo se elimina por el error o la ignorancia sobre las circunstancias fácticas que dan lugar a aquellos elementos normativos o sobre la valoración misma de esos elementos, y, por lo tanto, evitan que la conducta sea típica; aunque para ello se atrape parte de lo que sería un error de prohibición y, por ende, a aspectos que de otro modo concernirían a la culpabilidad del sujeto.

No es ocioso recordar que el error de "prohibición" y el "error de tipo" tienen como género común que aparejan una discrepancia entre lo que se realiza y su representación por el agente. Pero su diferencia específica estriba en que en el "error de tipo" la divergencia se da porque la apreciación del hecho no corresponde con el que se realiza según la descripción legal del tipo, afectando al dolo. En tanto que en los errores de "prohibición" lo que se ignora o aprecia equivocadamente es el carácter "ilícito" o "prohibido" del hecho o su "alcance penal" y sin que esos caracteres estén incluidos en el mismo tipo, o la circunstancia por la que se cree erróneamente se deriva causa de justificación, afectando a la culpabilidad. Por lo tanto, el "error de tipo" excluye al dolo porque incide en alguno de los elementos del tipo, pero deja la posibilidad de la imputación penal cuando dicho error es vencible y el tipo admita la culpa. Pero si aquel error es invencible, excluirá la tipicidad del hecho. A su vez, el error de "prohibición" afecta a la culpabilidad. Pero deja intacto al dolo o a la culpa y —por ende— a la tipicidad. Así, dicho error de prohibición excluirá a la culpabilidad cuando sea "invencible". Pero ella se podrá mantener cuando aquel sea "vencible" y, además, haya exigibilidad-responsabilidad.

Tampoco está de más apuntar que para que se satisfaga el conocimiento del injusto penal como primera categoría de culpabilidad plena es preciso que el conocimiento por el autor del injusto penal se extienda a la totalidad de las normas que en el caso concreto viole.

Ello tiene importancia en tanto el sujeto debe saber la relevancia penal de las diversas normas que trasgrede en virtud de concurso ideal de delitos. Pues si el individuo sólo puede captar la relevancia penal de su conducta con relación a uno de los delitos concursantes, pero no así respecto del diverso hecho penalmente prohibido que la misma conducta origina, con relación a ese último hecho hay error de prohibición sobre el cual habrá de plantearse si fue o no fue vencible.

**F. Los parámetros para decidir la conciencia del injusto.** ¿Con base en qué se ha de establecer que el sujeto «conoció» o «pudo» saber de la prohibición penal (cuestión ésta última que de por sí ya apareja que hay error de prohibición?)

1) La naturaleza del delito por una parte, y por la otra, 2) las circunstancias que hayan concurrido en la realización del hecho y las condiciones personales del autor serán en tales casos —y en general en cualquier caso de error de prohibición— las fuentes a donde se habrá de acudir para resolver la cuestión planteada.

El artículo 52 del CPC —que regula al error de prohibición vencible— preceptúa que para ello se atenderá: ...a si (...) las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce le permiten advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación. Lo que se relaciona directamente con el artículo 48-I del mismo

código, el cual prevé que hay conciencia del injusto penal cuando al realizar la conducta: *“existen condiciones razonables para que el sujeto conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete”*. De esa manera el CPC incluye expresamente en el conocimiento del injusto a las normas que regulan el error de prohibición vencible, señalando con qué criterio se debe estimar que es vencible tal error: esto es, con base en *las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce que le permitan advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación*. En mi concepto tal regulación del CPC satisface mejor el principio de legalidad del artículo 14 C que la del CPF y el CPDF. Pues aquél pareciera quedar en entredicho en el CPF y el CPDF respecto a la regulación de la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición. En efecto, mientras que los artículos 15-VIII-b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF aluden al error de prohibición “invencible” y los artículos 66-in-fine y 83-párrafo-segundo de esos códigos se refieren al error de prohibición “vencible” que determina la atenuación de la pena; sin embargo, ningún artículo señala en qué consiste la *vencibilidad o invencibilidad* del error de prohibición. Ahora bien, ese vacío aparente se puede resolver acudiendo a los criterios de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF. Los cuales regulan la inexigibilidad o no-responsabilidad. Éstos dicen que el delito se excluye cuando (...) *atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho*. Por lo tanto, aunque la vencibilidad e invencibilidad de un error de prohibición corresponda decidirla dentro del examen de la primera categoría de la culpabilidad, dejando aparte otras condiciones que tuvieren que resolverse acerca de la exigibilidad-responsabilidad como segunda categoría de la culpabilidad. Ello no obsta para que los indicadores con los que en el CPF y el CPDF se regule la falta de la segunda categoría de la culpabilidad, sirvan antes para decidir acerca de la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición y, por ende, si existe o falta la primera categoría de la culpabilidad.

Y ello es así, porque una vez que se resuelve que hay error de prohibición por ignorarse la ilicitud penal de la conducta o sin conocerla se le representó, el quid estriba en decidir si el sujeto «pudo» o «no pudo» conocer de aquella según ciertas condiciones. En caso negativo el error es invencible y el delito se excluye. En caso afirmativo hay conciencia del injusto pero sólo en su segundo grado por error de prohibición vencible, donde a lo sumo la punibilidad será atenuada. *En estos extremos la invencibilidad y vencibilidad del error de prohibición son límites a la culpabilidad: La vencibilidad del error la atenúa, mientras que la invencibilidad la impide y excluye al delito.*

Ahora bien, a aquella «posibilidad» se le debe analizar en el caso concreto, de acuerdo con las circunstancias que concurren en la realización de la conducta ilícita a efecto de decidir tal realización. Mismas que han de colocar al sujeto en la posibilidad de que él conociere con facilidad el carácter penalmente prohibido de su conducta, para que así su error sea vencible y haya culpabilidad en su primera categoría aunque disminuida —segundo grado— pues de lo contrario —su error será invencible y— habrá inculpabilidad.

Todo ello apareja que en el análisis de las «condiciones razonables» por las que se asume que el individuo «conoció» o «pudo» conocer la prohibición penal de la conducta que realizó se debe hacer de acuerdo con ciertos parámetros que sean acordes con los principios de un estado de derecho. Lo cual implica, aunque parezca evidente, examinar el *“contexto de comunicación” de la norma prohibitiva penal en el caso concreto con la persona que le permitiera conducirse conforme a ella*. Por ende, tal “contexto de comunicación” conlleva atender: **1)** Por una parte, a la comunicabilidad de la norma penal según la «naturaleza» del delito e igualmente, en su caso, a la «claridad de la misma norma penal» concreta para ver la medida de su

comunicabilidad y poder resolver los eventos de cuando hubo duda de parte de la persona. 2) Y por la otra, a las condiciones de la persona y circunstancias del caso.

1) Toca primero resolver las cuestiones que se relacionan con la comunicabilidad de la norma. Así, Welzel destacó que en la mayor parte de las normas penales los comportamientos prohibidos representaban violaciones intolerables que se aprenden por la simple convivencia en sociedad y que todo el mundo conoce.<sup>948</sup> Por lo que solo cabría suponer su desconocimiento —según un expresivo término de Jakobs— (...) si el individuo proviene de una cultura "exótica".<sup>949</sup> La jurisprudencia española llama "delitos naturales" a esa constelación de normas penales, según lo relata Adán Nieto Martín.<sup>950</sup> Frente a los que se les contrapondría los que se denominarían "delitos artificiales". En esta línea de pensamiento —prosigue Welzel— hay otros tipos penales (...) en los que la administración, el orden y la eficacia de la actividad del Estado constituyen el interés protegido. El merecimiento de pena es —en estos casos— obra exclusiva del Derecho. En tales ámbitos, quién no conoce previamente la antijuricidad de su comportamiento sólo puede llegar a conocerla por medio de la información. (...) sólo existirá un error evitable como consecuencia de la falta de información, si las concretas circunstancias del hecho proporcionaban al autor alguna razón para informarse.<sup>951</sup>

En tal orden de ideas cabe preguntar ahora: ¿Hay otros criterios para decidir cuáles son los delitos artificiales y que Welzel llamó convencionales en contraposición a los no convencionales o "naturales"? Felip i Sabornit y Nieto Martín dan buena cuenta de los diferentes criterios que al respecto hay en la doctrina.<sup>952</sup> Ellos van desde aquella clasificación de delitos "naturales" y "artificiales", hasta la de Derecho Penal «nuclear» —en vez de delitos "naturales" o no convencionales— y Derecho Penal «accesorio» —en vez de delitos "artificiales o convencionales"—: encuadrando dentro del primero a los delitos que prevé el código penal y dentro del segundo a los que prevén las leyes especiales. Pasando por aquellos otros que también excluyen del Derecho Penal «nuclear» a los delitos de los códigos penales que tengan alguna estructura típica complicada o su conocimiento no esté bien difundido en el público. O sólo incluyendo como delitos "naturales" o de Derecho Penal «nuclear» a los delitos contra los bienes de las personas en lo individual y a aquellas otras normas penales cuya razón de ser cualquier persona bien intencionada comprende. O bien se trate de ciertos comportamientos que se correspondan con los que todo el mundo conoce como estereotipos de injustos penales. Esto es, que se trate de comportamientos estereotipados como penalmente injustos, fácilmente identificables como tales en un caso concreto. Quedando como delitos "artificiales o convencionales" o como parte del Derecho Penal «accesorio» todos lo que no enmarquen en aquellas concepciones.

No hay pues un criterio definitivo y quizá no tendría porque haberlo. Pero lo que si parece claro es que hay ciertos delitos que todo mundo identifica como tales —homicidio, lesiones, robo, secuestro, violación, etc.— no solo en su nombre sino por su forma y materia de realización en un caso concreto ordinario y en los que para

<sup>948</sup> Cit. por Adán Nieto Martín, en *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., pp. 118 y ss.

<sup>949</sup> Cit. por Adán Nieto Martín, *idem*.

<sup>950</sup> Adán Nieto Martín, op. cit., pp. 80 y ss.

<sup>951</sup> Welzel, cit. por Adán Nieto Martín, en op. cit., p. 117.

<sup>952</sup> David Felip i Sabornit, *Error iuris, el conocimiento de la antijuricidad...*, op. cit., pp. 110 y ss., y Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., pp. 98 y ss.

cualquier persona resulta evidente que la conducta ya es en sí gravemente lesiva de bienes jurídicos y la cual se sanciona penalmente. Mientras que hay otros delitos cuya regulación legal es abierta e indeterminada o bien es opaca o embrollada, o bien su aplicación es poco común o su conocimiento poco difundido o muy especializado o sin que en los casos concretos sea evidente en qué ha de consistir la conducta lesiva al bien jurídico cuya consecuencia se aprecie como forzosamente penal, esto es, que conlleve a la afectación de la libertad personal de quien los realiza; o bien aquellos en los que falta un criterio que clarifique su redacción típica laxa, o incluso respecto de los que hay criterios contradictorios. Y en los que a veces también se incluyen a ciertos delitos «naturales» en circunstancias extraordinarias. Y es que un signo distintivo del poder punitivo en la actualidad es la profusión de supuestos legales punibles donde el recurso a la banalidad en la descripción de las conductas que se estiman punibles es nota casi constante. Con este fenómeno de multiplicación de tipos penales difusos, no por azar la ley penal ha ganado una gran cuota de falta de transparencia. Hace tiempo que quedó atrás el paradigma del iluminismo que abogó por una ley penal tan clara en la descripción de los delitos que cualquiera pudiese conocerlos, para dar paso a normas punitivas que no sólo muy pocos conocen, sino que incluso los técnicos en Derecho Penal tienen serias dificultades para desentrañar su exacto contenido. Por ende:

En el primer grupo de delitos llamados "naturales", "no convencionales" o del Derecho Penal "nuclear" o con un claro estereotipo social del injusto penal, que estén bien difundidos o donde sea evidente e indiscutible la gravedad de la conducta y de la lesión jurídica por la realización de la conducta en sí, será difícil aceptar siquiera un error de prohibición que resida en la ignorancia de la trascendencia penal de la conducta, salvo los casos en que la situación fáctica aparente una causa de justificación o concorra una circunstancia extraordinaria en la situación particular que favorezca confusión.

La problemática de la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición por déficit de comunicación de la norma se centra así en el segundo grupo de delitos cuando ellos mismos o las circunstancias en que se den generen confusión acerca de su contenido real o presionen motivacionalmente a tomar una decisión. Frente a estos casos se alza precisamente una teoría del error que en respeto al principio de culpabilidad se erige en valladar ante pretensiones irracionales del poder punitivo, especialmente cuando éste hace inextricable o difícilmente conocible la normación penal legislativa. Ahora bien, respecto de ese grupo y según el criterio de Welzel, si en el caso concreto falta algún motivo razonable por el cual el autor habría de informarse acerca de su conducta a realizar, habrá error de prohibición invencible. Ese criterio parece aportar una respuesta satisfactoria. Y sin embargo, no lo es del todo. Pues deja sin contestación las interrogantes siguientes:

¿Con qué criterio de debe fijar aquel motivo? Es decir, en cuanto a que si falta un motivo razonable por el cual el autor habría de informarse acerca de su conducta a realizar se daría un error de prohibición invencible. ¿Será desde el punto de vista de que el motivo sea reconocido por el autor o será suficiente que sea identificable objetivamente? De ser así, ¿con qué baremos objetivos se ha de establecer dicho motivo?

Welzel pretendió resolver estos planteamientos atendiendo a la medida de apreciación ético-social de la persona. A la cual se le criticó su confusión entre Derecho y moral y a que en muchas ocasiones la conciencia del ser humano puede ser la precisa fuente del error. Lo que llevaría o bien a la impunidad o bien a castigar al sujeto por no compartir el sano sentimiento del pueblo, esto es, por no pensar como los demás. Lo cual atenta contra las aspiraciones de un estado de derecho. Asimismo, es claro que un criterio puramente psicológico parecería conllevar el riesgo de favorecer a los despreocupados que ni siquiera se representaren la posibilidad

de actuar contra Derecho, frente aquellas personas escrupulosas por conocer el Derecho respecto al caso concreto. Más por otra parte, un criterio normativo puro que se funde sólo en razones de necesidad de prevención —aunque ayuda a resolver los defectos de la postura psicologista— entra al terreno de lo puramente conceptual y pasa por alto que la motivación personal y las condiciones del autor en el caso concreto son decisivas para evitar las generalizaciones a que puede conducir el análisis estrictamente objetivo-normativo-general y que atentaría contra el principio mismo de igualdad. Por ende, en mi opinión:

Se debe atender a un criterio mixto que conduzca a un juicio heterónomo para decidir acerca de la vencibilidad o invencibilidad del error. Para ello sigo en parte los pasos que aconseja Rudolphi —según los menciona Nieto Martín—, quien se basa en la capacidad individual del autor y en su concreta capacidad de conocer la ilicitud penal de su conducta, a los cuales yo complementaría con los baremos de si aquella es posible de conocer según la situación personal del autor y la del caso concreto.

Por lo que aquellos pasos consisten en los siguientes:

**a) El primer paso** es atender a la complejidad misma de la norma de prohibición en el caso concreto con relación a la formación del autor, su ambiente familiar, posición social, etc., a efecto de saber la capacidad de aquél para auto-deducir la ilicitud penal de su conducta en esa situación específica. Si de acuerdo con ello se llega a la conclusión que no le era posible al autor aprehender la prohibición penal de su conducta, habrá que darse el paso siguiente.

**b) El segundo paso:** Que consiste en atender a si el agente tuvo motivo para captar la seria posibilidad de aquella prohibición penal y resolver la conducta conforme a la norma a través de la información adecuada, salvo que aún habiendo ese motivo para informarse (duda no descartada acerca de la punibilidad de la conducta) de todos modos la situación particular en que se encontraba el autor le impidiera o dificultara recabar esa información antes de realizar la conducta.

Un ejemplo de situaciones particulares que dificultaban recabar información adecuada antes de realizar la conducta, fueron los errores al tomar los carriles para declarar impuestos en los puentes internacionales México-E.U.A. (Y sólo en el supuesto que ello no diere lugar a un error de tipo en caso de que éste contemple o implique necesariamente al elemento normativo.) En efecto, fue de sobra conocida —debido a la información visible pero ambigua al menos hasta el año de 2000— la ignorancia o la confusión frecuente que se daba en los viajeros respecto a los carriles vehiculares terrestres de no-declaración y de declaración de impuestos al llegar a algunas garitas aduanales, inmediatamente después de cruzar los puentes internacionales en la frontera E.U.A.-México, más aún cuando —todavía ahora— esa información al venir de E.U.A. no se advierte en algunas de ellas sino pocos metros antes de poder saber cuál carril tomar en un vehículo en movimiento necesario, a menos que el conductor se detuviese y paralizara el mismo flujo vehicular —lo que de hecho sucede para poder tomar el carril correcto—.

Pero hay que insistir en que, además de esas causas que impiden o dificultan recabar información suficiente —antes de la acción— para la “vencibilidad del error” también es parvo sostener la posibilidad genérica y objetiva del autor para informarse, *sino que es preciso que haya un motivo para ella*. Esto es, por el que al autor le surja una duda que él mismo no descarte. *Toda vez que no hay porque atribuirle culpabilidad a la persona si ella y según su situación personal —y no según la persona “promedio” a menos que se intente responsabilizar por la conducta de otros— no tuvo algún motivo especial por el que evaluara que su conducta sería penalmente ilícita*. Si se desestima este punto de vista, entonces se estaría fundando la culpabilidad en el azar y no ya en una decisión responsable en virtud de un motivo especial que le hiciere surgir duda acerca de la eventual punibilidad de su conducta y que debió haberle impulsado a recabar información en virtud —precisamente— de la trascendencia penal que podría tener su conducta.

Y ello es así, en virtud de que todo individuo posee en todo momento la posibilidad para actuar en una o en otra dirección. Por lo que si no hay un motivo serio por el que al autor le asalte la duda de lo penalmente antijurídico de su actuar, no hay porque entrar a examinar luego si esa duda era disipable. Ante esto cabría argüir el riesgo de favorecer al apático frente aquellas personas diligentes para conocer el Derecho. Sin embargo, ese argumento también tiene su coste de libertad. Dice Nieto Martín citando a Rudolphi, que ese criterio: (...) exige del ciudadano gastar gran parte de sus energías en comprobar que absolutamente todos sus comportamientos son conformes con el ordenamiento jurídico.<sup>653</sup> Por lo que si en el caso concreto no resulta evidente la gravedad en sí de la conducta, un criterio preventivo de aquella naturaleza se construiría a cargo de la libertad de las personas y de la máxima de que aquellas, a diferencia de la autoridad, pueden hacer todo lo que no está expresamente prohibido, si es que precisamente la prohibición no es clara en el evento particular; dándose así prevalencia al principio *error juris nocet y no al de culpabilidad que rige en el Derecho Penal y que se basa en el derecho general de libertad de acción reconocido por nuestra C.* Sin que quepa hablar aquí —metodológicamente— que el hecho mismo de que previamente se afirme la existencia del dolo en sede del tipo penal, indicaría ya el conocimiento de la ilicitud penal de la conducta. Porque un criterio así pasaría por alto que el dolo solo alcanza al daño o al peligro al bien jurídico y no la ofensa al Derecho y menos el de que esa ofensa sea penalmente relevante. Por ende, es el tipo que indica «objetivamente» la antijuridicidad, pero el dolo no tiene porque comprender a aquella necesariamente en toda su extensión, menos cuando para la conciencia de la antijuridicidad como relevante para la culpabilidad es preciso que aquella sea de un injusto penal y no nada más de un injusto.

**3) El tercer paso** consiste en la posible y fácil disipabilidad de la duda si acaso hubo algún motivo que hiciere dudar a la persona acerca de la relevancia penal que podría tener su conducta. Tal examen debe hacerse primero a la luz del principio de certeza que se deriva de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C. Porque el error será invencible si la normación legal es incierta y hubo duda acerca de su contenido y ella fue descartada por el sujeto a favor de una conducta no punible en virtud de una razón atendible —por ejemplo el consejo erróneo del abogado sin que hubiere opiniones contrarias autorizadas que se le hubieren dado preventivamente—. Como también será invencible cuando a la persona no le hubiere sido posible disiparla aún con la información adecuada, dada la complejidad e imprecisión de la norma y no haya criterios judiciales definidos por autoridad competente o incluso porque habiendo ya criterios autorizados —aunque fuese de órganos judiciales de primera instancia— éstos no se hubieren difundido en vías al fácil alcance del sujeto o aquellos fueren contradictorios.

En efecto, se violaría el ámbito de libertad de las personas en cuanto a su posibilidad de autodeterminarse responsablemente en la esfera social, si se les atribuyese culpabilidad cuando en un caso concreto no tengan siquiera posibilidades razonables dentro de su ámbito de libertad de conocer la norma prohibitiva del injusto penal. Si esto es así, entonces se ha de atender a las posibilidades reales y efectivas de comunicación que haya entre el autor y la norma. Y si no fuere así, entonces el Estado que se manifiesta a través de su poder punitivo, ¿qué acaso no sería un Estado indigno de propugnar la resocialización, cuando impusiera la pena para una educación de qué? ¿De su propia incapacidad de comunicar la norma, por la cual ahora educa a través de un juego sucio o al menos injusto por su implícita contradicción? Asimismo, se pasaría por alto el principio de certeza que deriva de la garantía de legalidad y a las mismas exigencias constitucionales de seguridad jurídica si no se diera relevancia alguna a las opiniones judiciales; a la difusión de las normas en

<sup>653</sup> Citado por Adán Nieto Martín, op. cit., p. 134.

delitos no estereotipados socialmente; o cuando aquellas sean difíciles de determinar en el caso concreto debido al carácter abierto y eminentemente normativo del supuesto legal del hecho punible, así como a las opiniones de los abogados —como sujetos autorizados por el Estado para ejercer el Derecho— cuando estas instancias fueren incapaces de resolver con facilidad el déficit de comunicación de la norma confusa e incluso, más allá de ello, cuando el mismo Estado no difunde bien la norma penal artificial o tolera conductas que él mismo no persigue pero que pune de aquella manera. Ejemplos: La tolerancia y posterior legalización de la tenencia de los famosos carros "chocolate" —importados sin pagar impuestos o poseídos sin regularizar su tenencia— en México, es clara muestra de una permisividad estatal que fácilmente conduce al error de prohibición. El carácter eminentemente normativo y abierto del tipo penal de peculado que dificulta sobremanera determinar en muchos casos la relevancia típica-penal de la conducta, como sucedió en el caso PEMEX donde aún cuando la acusación admitió la legalidad de los convenios en que hace consistir la conducta de peculado, aquella alegó que supuestamente habría faltado su ajuste a ciertas normas imprecisas y también abiertas ínsitas en manuales y lineamientos relativos al presupuesto e incluso a otros aspectos internos de carácter administrativo distintos al objeto del presupuesto. Bien señala Nieto Martín, (...) que la pena se imponga en un contexto de comunicación entre Estado y ciudadano, consigue, además, que no sea percibida como acto caprichoso y arbitrario del más fuerte. Lo que, a su vez, es imprescindible para que tenga sentido el fin resocializador de la pena. La respuesta punitiva debe operar únicamente sobre sujetos que se encuentren en condiciones de advertir el desvalor del hecho realizado, pues de otro modo, se menoscabaría el grado de confianza necesaria ente ciudadano y poder punitivo, que constituye una premisa de la disponibilidad del interno a aceptar un procedimiento reeducativo. Si el Estado no «juega limpio» en la imposición de la pena, decrece indudablemente su autoridad y credibilidad para exigir del recluso que lleve una vida sin delito.<sup>654</sup>

Roxin dice que la culpabilidad hay que entenderla cuando al sujeto en el momento del hecho (...) le eran «asequibles» posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma.<sup>655</sup> Las cuales a la vez sustentan la capacidad psíquica de control del sujeto según el momento y las condiciones del hecho. Para ello, aun cuando Roxin se declara agnóstico del libre albedrío porque no se puede probar, declara: (...) la libertad es una aserción normativa respecto de la cual no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas —dice Roxin— no sienta la absurda máxima de que todas las personas son realmente iguales, sino que ordena que todos los hombres deben recibir un igual trato ante la ley.<sup>656</sup> Ello sólo se puede lograr sanamente en mi opinión, si la misma ley y luego el juez atienden precisamente no sólo a las circunstancias del caso, sino, además, a las condiciones personales, por y ante las que actuó el sujeto. Y reconocen las inherentes desiguales condiciones entre cada persona y las disímiles circunstancias de cada caso. A efecto de decidir la actitud del sujeto frente a la prohibición penal de la conducta que realizó sólo si con «facilidad» según sus condiciones personales y circunstancias del caso, el sujeto podía saber la prohibición penal de su conducta que él se representó; y, por lo tanto, que le era «asequible» conducirse conforme a derecho. Caso en el que la culpabilidad del mismo se

<sup>654</sup> Adán Nieto Martín, op. cit., p. 36

<sup>655</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos...*, op. cit., p. 807.

<sup>656</sup> *Idem*, p. 808

debe afirmar aunque sea en el segundo grado de la primera categoría de aquella, es decir, por error de prohibición vencible si es que aquél no sabía de la ilicitud penal de su conducta.

**G. Los modos de la conciencia de lo injusto: La conciencia directa y eventual del injusto y su coincidencia y diferencias con el primer y el segundo grado de conciencia del injusto.** La conciencia del injusto penal puede ser directa o eventual. El primer modo es claro que se corresponde con el primer grado de conciencia del injusto y se da cuando se sabe del injusto penal al realizar la conducta. Y es importante precisar que es innecesario que haya una correspondencia intelectual exacta entre el conocimiento de la prohibición penal de la conducta y la clase y medida legal de la pena. Sucede aquí lo mismo que con el dolo, en tanto que es suficiente un conocimiento en la esfera paralelo del profano. El individuo debe saber que esa clase de conducta le apareja consecuencias adversas de orden penal, esto es, que su conducta le depara la exigencia de que se le restrinja o prive de su libertad con una pena. Pero para que sea plena la primera categoría o componente de la culpabilidad también se habla que es suficiente el conocimiento eventual del injusto, como segundo modo de la conciencia plena del injusto. A primera impresión se podría decir que ese conocimiento eventual que satisfaga el primer grado de conciencia del injusto sin que se pueda hablar de error de prohibición existiría cuando el sujeto actúe representándose la prohibición penal de su conducta pero sin saber a ciencia cierta si está prohibida penalmente. Empero, tal noción amerita acotaciones. Porque es claro que habrá conciencia eventual del injusto penal cuando sin saber de la prohibición penal a ciencia cierta el sujeto actúa bajo esa representación sin que tenga duda de ella o teniéndola no haya algún motivo especial por el que la haga a un lado, ni dé preponderancia a la situación contraria ni se vea impulsado a actuar. Pero —en mi opinión— *sería incorrecto también estimar que hay conciencia eventual del injusto penal en los cuatro casos siguientes:*

a) Cuando el sujeto por algún motivo especial desecha la representación del carácter penal de su conducta.

b) Cuando el sujeto da preponderancia a la situación contraria, esto es, de que su conducta es lícita.

c) Cuando el sujeto tenga duda y ésta sea irresoluble.

d) Y cuando sin que la duda sea irresoluble, el sujeto no la disipe por presiones motivacionales de la situación concreta.

La diferencia es trascendente en cuanto a los distintos efectos jurídico-penales que apareja. Porque en el primer grupo de casos —conciencia eventual del injusto penal que el sujeto no descarta o descarta sin motivo— se estará ante una culpabilidad plena en su primera categoría (primer grado de conciencia del injusto.) Sin que por ello se amerite una atenuación legal de la pena. Mientras que en el segundo grupo de cuatro supuestos —(a) conciencia eventual del injusto penal que el sujeto razonablemente descarta (b) o de manera razonable asume la posición contraria (c) o cuando la duda es irresoluble (d) o las presiones del caso le dificulten disiparla antes de su acción—: se estará de ordinario ante un error de prohibición invencible y sólo en ciertos casos ante una culpabilidad disminuida (segundo grado de conciencia del injusto) en esa primera categoría, debido a que hay error vencible o evitable de prohibición, mismo que amerita punibilidad atenuada.

En efecto, no cabe hablar de conocimiento eventual del injusto penal ni, por tanto, menos aún de conciencia plena de ese injusto en los supuestos en que a) la persona actúa sin saber la relevancia penal de su conducta, o bien no la sabe a ciencia cierta y descarta esa relevancia penal por algún motivo especial y razonable (opinión de un abogado por ejemplo.) b) Como tampoco cabe hablar de aquella conciencia plena sin más, cuando la persona actúe sin apartar la duda pero estimando razonablemente que lo más posible es que su conducta no tenga relevancia penal, c) o bien la duda sea irresoluble. Ello sin contar las diversas situaciones d) en las que al sujeto no le sea posible disipar la incertidumbre dadas las circunstancias del caso; o mejor dicho, no le sea posible desecharla por presiones motivacionales derivadas de la situación concreta que den lugar al error de prohibición invencible debido a esa presión.

Justamente, la doctrina coincide en sostener que las normas penales siempre tienen una pretensión motivadora: La de orientar las conductas de las personas conforme a la norma. Por ende, tal pretensión motivadora presupone la claridad de la norma debido al principio de certeza que se deriva de la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas. Y es que sería insostenible la postura de que en cualquier caso debiere regir la máxima "ante la duda abstente", apoyada en el argumento de que la norma obliga una vez que se publica. De esta manera, el criterio formal podría aducir que desde el momento que el Estado publica la norma penal en su órgano oficial de información y aquella inicia su vigencia, la misma obliga y ya debe suponerse su conocimiento.

Mas si así fuere, surgen de inmediato los reparos siguientes:

**1)** Ningún sentido tuviese hablar de un error de prohibición desde la perspectiva de la posibilidad de comunicación de la norma, pues la mera publicación de la norma evitaría por sí un error de prohibición por suponerse siempre conocida. **2)** De sostenerse una posición así se estaría pasando por alto a la misma ley penal, debido a que es ésta la que prevé al error de prohibición invencible en los artículos 15-VIII-b) del CPF, 29-VII-b) del CPDF y 51-I del CPC bien sea porque se desconozca la existencia de la ley o bien porque se *yerra sobre el alcance de la misma*. **3)** Y la solución no es así de sencilla y arbitraria, que, de sostenerse, implicaría el inicio de un «juego sucio» por parte del Estado. Porque no se trata nada más de los casos de ignorancia de la ley penal, dentro de los que caben diversas situaciones, sino que también se trata de los eventos de equivocación de la relevancia penal de la situación por la imprecisión misma de la norma penal, la cual de por sí ya se aparta de las exigencias de seguridad jurídica del artículo 14 C., bien sea porque el supuesto de hecho de la norma sea —indebidamente— "abierto" o estando en "blanco" se completa con otras regulaciones confusas o que admiten múltiples interpretaciones y que inciden en que el mismo hecho podría ser lícito o ilícito o tener o no tener relieve penal según cada interpretación. Lo que puede empeorar cuando ninguna de esas interpretaciones esté definida como la correcta por el órgano facultado para ello. Y más todavía, cuando de haberse definido una interpretación jurisprudencial, es posible que el mismo órgano cambie luego su criterio y que en medio de uno y otro criterio el sujeto se decide de acuerdo con la primera interpretación y según la cual su conducta no habría tenido alcance penal. **4)** En todos esos casos en realidad ya no se trata —apunta Zaffaroni—: (...) de supuestos de duda del autor del hecho, sino [de] supuestos de duda del derecho mismo, o mejor aún, no son [meras] dudas del agente sino de sus jueces<sup>957</sup> [y que se originan por la falta de certeza de la misma ley penal]. **5)** Por lo demás, el pretender fundar la inevitabilidad del error de

<sup>957</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 897.

prohibición en la obligación de conocer la ley, lo que se presume por su publicación, como apuntó con certeza Armin Kauffmann: (...) en realidad, al autor se le está formulando un reproche no por el injusto que ha cometido (la realización del hecho típico), sino por la violación de la obligación de informarse para conocer la conformidad de su comportamiento con el Derecho.<sup>958</sup> 6) A esa objeción se le añade la que formula Nieto Marín, en el sentido de que: (...) En el plano político criminal la existencia de una obligación general de conocer las normas jurídicas podría criticársele que no es conforme con el espíritu pro libertate que informa al Estado de derecho, en cuanto forma de gobierno donde los ciudadanos han de tener el máximo de libertad posible y donde la prohibición de una conducta constituye una excepción y no la regla.<sup>959</sup> 7) Y es que en realidad, como Zaffaroni señala con acierto: (...) Si el principio de legalidad se establece fundamentalmente para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de sus conductas antes de su realización, el principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia, al imponer que, cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible (o no le fuese razonablemente exigible en la circunstancia concreta) esa comprensión o conocimiento, no puede ejercerse poder punitivo. Una vez descartada la regla error juris nocet —por su abierta violación al principio de culpabilidad— nada altera estas premisas generales de la culpabilidad cuando la inexigibilidad corresponde a error, lo que da lugar a los errores que excluyen la culpabilidad o errores exculpantes.<sup>960</sup> De esa manera el criterio formal hay que contrastarlo con los límites que se derivan del estado de derecho y según cada caso concreto.

Así, la duda en sí misma puede ser indisipable en virtud de una vulneración del principio de legalidad. Es decir, por infracción legislativa del principio de certeza debido a un tipo penal en blanco o abierto de tal modo que el déficit comunicacional de la norma imposibilite saber con precisión —aun con la asesoría jurídica— si determinada conducta lo actualiza.

Por otra parte, así como es nítido que hay error de tipo cuando existe aparente claridad en el tipo si es que sus elementos normativos conducen a situaciones confusas y difíciles de delimitar en el caso concreto que den lugar a que el sujeto yerre con relación a la valoración de alguno de ellos. Ejemplo: La calidad del "domicilio conyugal" de la habitación del hotel donde vacacionan los casados si uno de ellos yace ahí con otra persona que no es su cónyuge creyendo que aquella habitación no es un "domicilio conyugal". También es igual de claro que cuando el error no verse sobre la apreciación de los mismos elementos normativos del tipo penal, sino que aquél consista en que —aun con la consulta jurídica— no se pueda saber con certeza si la concreta conducta está penalmente prohibida porque el tipo penal es confuso o abierto y sin criterios judiciales definidos que lo aclaren o ellos son contradictorios. ¿Qué acaso en esos supuestos a la persona se le debe hacer responsable de la existencia de la duda y sin que ello signifique trastocar la garantía de legalidad estricta que está a cargo del legislador, para imponerle una parálisis conductual al sujeto que también atenta contra su garantía de libertad general de acción que se deriva de la misma C.? ¿Con qué fundamento se le habría de hacer responsable a la persona de la situación de incertidumbre que el mismo legislador origina? Se podría decir que si existen dudas es porque hay indicios suficientes de antijuridicidad, que darían lugar a un supuesto deber de abstención. Esto puede ser cierto y aún así, de existir suficientes indicios de antijuridicidad

<sup>958</sup> Armin Kauffmann, cit., por Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*,..., op. cit., p. 110.

<sup>959</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*,..., op. cit., p. 111.

<sup>960</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 693.

advertibles por el sujeto, no por ello ya habría una culpabilidad plena en su primera categoría y sólo podría fundarse a lo sumo un error vencible de prohibición, mismo que también está condicionado a que la duda hubiese sido realmente disipable, porque —como señala Zaffaroni— (...) *no hay nada que justifique el reproche para el que no hizo algún esfuerzo, cuando de haberlo realizado hubiese sido igualmente inútil.*

Esto es, la misma incertidumbre de la norma que da pie a la duda no fácilmente disipable excluye el conocimiento eventual del injusto penal y funda el error de prohibición invencible, pues sólo será vencible si acaso esa duda —basada en indicios de antijuridicidad— pudo ser expeditamente disipada por la persona. Mas es el caso que en éste último evento ya no se está ante una culpabilidad plena en su primera categoría, sino se está ante grado menor de esa primera categoría, en el que sólo podrá fundarse a lo sumo una culpabilidad disminuida por error de prohibición vencible.

De tal suerte que sólo es factible la conciencia eventual del injusto penal que se ajuste al grado de culpabilidad plena en su primera categoría, cuando sin presiones motivacionales el sujeto actúa sin conocer la prohibición penal que sí se representa y sin que exista un contexto de déficit comunicacional de la norma ni haya descartado la duda por un motivo razonable. Esto es, cuando el sujeto la podía resolver con la consulta adecuada y racionalmente posible de obtener por el sujeto según sus circunstancias y las del caso concreto, debido a que (a) faltaren circunstancias presionantes de la conducta que eligió, (2) al igual que a la certeza objetiva que legalmente brinde la norma o su interpretación ya definida por órgano competente.

Más en los casos en que el sujeto en realidad no sepa a ciencia cierta de la relevancia penal de su conducta ni esta se pueda resolver con facilidad debido a una falta u oquedad del legislador, el ponerlas a cargo del particular implicaría trastocar sus garantías de legalidad y libertad y a la vez dejarlas al arbitrio del Estado. Por esos motivos, entre otros, en esos casos la culpabilidad en su primera categoría sólo podría ser a lo sumo disminuida por error de prohibición vencible si acaso la duda era fácilmente disipable con una opinión experta a la cual el sujeto podía acudir sin mayor problema. Como igualmente se estará ante un error de prohibición invencible, si acaso el sujeto actuó desechando razonablemente la representación o sin desecharla dio preponderancia a la posibilidad contraria (como sería el caso de haber acudido al consejo de abogados que le orientaron en tal sentido o no le orientaron de manera completa); o bien sin aún disipar la duda actuó por factores circunstanciales de presión en el caso concreto (como en el caso de la madre marginada que se lleva a sus menores hijos creyendo que sólo desatiende la sentencia civil de divorcio que la condena a la pérdida de la patria potestad, si acaso cree inminente el uso de la fuerza pública para que entregue de los menores y por ser fin de semana no puede acudir a la consulta del defensor público y de quien de hecho recibió casi nula asistencia durante el juicio.) O de quien por la premura del tráfico rodado y cerrado que impulsa al sujeto continuar por el carril que antes equivocó en algún puente internacional, pensando que tal error sólo motivará la aclaración al aduanal con relación a artículos que lleva a la vista o en la cajuela del carro y de los que él iba a pagar el impuesto cuyas notas de compra trae a la mano. En suma:

Sólo se estará ante una culpabilidad plena en su primera categoría, cuando al actuar el sujeto sabe de la prohibición penal de su conducta o sin tener noticia exacta de aquella sí se la representa sin descartarla y sin que exista un contexto de déficit comunicacional de la norma. Pues cuando el sujeto actúe sin saber de la prohibición, o habiéndosela representado por algún motivo atendible no la pudo disipar o bien la hubiere excluido o le hubiere dado preponderancia a la situación contraria, aquél habrá actuado bajo un error de prohibición del cual restará por ver si fue invencible o vencible.

Normalmente el error será invencible cuando exista un contexto de déficit comunicacional de la norma que sea irresoluble o cuando sin ser ese el caso, es razonable el motivo por el que la persona descartó la duda o bien es

razonable la motivación situacional que, a la vez que le impulsa a actuar, igual le dificulta disipar la duda o aún sin esos motivos de presión le hubiere sido muy difícil disiparla.

Como se ha visto hasta aquí, en el Derecho Penal Mexicano:

El juicio sobre la conciencia del injusto penal de la conducta para una culpabilidad disminuida en su primera categoría, en última instancia descansa: En las circunstancias que concurran en la realización de la conducta que razonablemente le hagan posible al sujeto conocer la prohibición penal —o le facilitaban ese conocimiento—.

Y ello es así conforme se deduce de los sendos artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF interpretados en sentido contrario con relación a la fracción VIII-b) de esos artículos. Tal como se consigna de manera expresa en el artículo 48 del CPC que alude a si *"...existen condiciones razonables para que el sujeto conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete"*.

## — VII —

### **La exigibilidad-responsabilidad y las causas que la excluyen**

Para afirmar que alguien se motivó contra Derecho pudiendo actuar de otro modo es insuficiente con que se establezca que conocía o pudo fácilmente conocer la ilicitud penal de su conducta. Es preciso, además, que en el caso concreto y según sus condiciones personales al agente le fuere racionalmente exigible actuar de otro modo, esto es, se hubiere podido determinar conforme a la norma.

El criterio para formular lo anterior es eminentemente —pero no solo— normativo y funda a la exigibilidad-responsabilidad como segunda categoría de la culpabilidad. *Sin embargo, en tanto no concurra alguna causa que haga jurídicamente inexigible la conducta o por la que sea evidente que falta la necesidad social de la pena y asentada la primera categoría de la culpabilidad, ésta se deberá afirmar según el ámbito de autodeterminación que se presupone para cada persona, con base en las circunstancias del caso y de la misma persona que permitan valorar que aquella tuvo margen razonable de elegir. De aquí que no se tenga que probar la inexistencia de esas causas de inexigibilidad como condición para sostener la culpabilidad. Porque una vez acreditadas las condiciones objetivas y subjetivas para afirmar la conciencia del injusto y en las que se realizó ese injusto, es suficiente con que falten las demás causas de inexigibilidad para que se emita el juicio de la culpabilidad del agente o bien no concurra alguna causa que opere como excusa absolutoria por faltar en el caso concreto la necesidad racional de punir. (Ver al respecto el número III de este capítulo, relativo a la prueba de la culpabilidad.)*

**A. Las causas de inexigibilidad de otra conducta.** Ciertamente el error invencible de prohibición es causa de inexigibilidad de otra conducta por falta de conciencia del injusto. Pero asimismo, entre otras causas, se cuentan el estado de necesidad inculpable y el temor fundado inculpable, que son excluyentes de delito que se manifiestan como contrapartes de la exigibilidad-responsabilidad. Mas también caben muchas otras causas, desde el estado de necesidad y el temor fundado putativos, hasta todos aquellos casos en los que —como dicen los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF—: *"atentas las circunstancias que concurran en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho."* Por lo que ya habiéndonos ocupado del error invencible de prohibición, cabe ocuparse en su orden de las restantes.

**1. El estado de necesidad y el temor fundado disculpantes.** Cabe señalar que el artículo 51-IV del CPC prevé el estado de necesidad inculpable para los casos en que es imperioso que se lesione un bien jurídico para salvar otro con igual valor de un peligro real y que sea actual o inminente, sin que se pueda exigir razonablemente otra conducta, salvo cuando el agente ocasiona con dolo el peligro o que el mismo sea evitable por otros medios. Los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF prevén esa causa de inculpabilidad junto con el estado de necesidad justificante y agregan la condición —genérica— de que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro. Mientras que el indicado artículo 51-IV del CPC la prevé sin dicha condición y aparte de dicho estado de necesidad justificante. (Ver al respecto el número X-A del capítulo anterior.)

Ahora bien, la situación de peligro puede obedecer a un hecho natural o humano e incluso puede deberse al mismo sujeto que obra al amparo de la eximente; sin embargo, para que la misma opere en favor del agente que realiza la acción salvadora es necesario que él no haya dado pie de manera dolosa a la situación por la que peligra el bien; por lo tanto y según esto: ¿sería posible que aquél hubiese originado el peligro en forma culposa y ampararse en el estado de necesidad disculpante?. La respuesta afirmativa parece sugerirla el mismo texto legal de las eximentes en el CPF, el CPDF y el CPC, que sólo limitan la necesidad cuando el peligro se hubiere causado dolosamente; empero, a esa solución cabría reparar respecto al CPF y el CPDF que si el mismo agente originó el riesgo, le surgiría entonces el deber de actuar para salvar el bien que él colocó en peligro y no la mera opción para preferir, por ejemplo, el propio bien en detrimento del otro. Aún así, la solución no es tan sencilla, porque en el estado de necesidad inculpable operan motivos —no acepados ni quendos— que constriñen la voluntad del sujeto y le restan libertad de autodeterminación. Lo que conlleva que aún en esos casos haya un límite a la exigibilidad de actuar en cierto sentido (y que incluso va más allá de los casos en los que el agente origina con culpa el riesgo), como se verá más adelante.

Igualmente, la ley no limita la calidad de quien actúe para la salvaguarda del bien, por lo que es innecesario que aquél sea el titular del bien que se salva. Asimismo, cualquier bien jurídico puede estar en peligro y ser objeto de la acción salvadora; al igual que cualquier bien jurídico puede ser lesionado para aquél efecto, ya que la ley no tasa los bienes jurídicos que estén amenazados ni aquellos que se lesionan para evitar el daño. La única condición al respecto es la igualdad ponderada de la valía de los bienes. Las condiciones son, pues, la necesidad de la acción salvadora en virtud de que no haya otro medio menos perjudicial y que el daño se irroque a un bien con igual ponderación valorativa que el que se salva, además de que al peligro no se le dé pie dolosamente. Dentro de tales extremos, las condiciones del estado de necesidad disculpante parecen incluir en esencia los mismos límites que se prevén para el estado de necesidad justificante. Los que en sustancia se circunscriben a la "necesidad razonable" de suprimir un bien jurídico para salvaguardar otro que se decide proteger. Los contrastes principales estriban en (1) el conocimiento efectivo del mal que realmente amenaza y en (2) el valor jurídico del bien. En efecto, a diferencia del estado de necesidad justificante, donde el peligro se decide ex-ante y con independencia del conocimiento del mismo por parte del agente, en el de carácter disculpante es preciso tanto que el agente conozca el peligro para el bien, como que éste sea real. Ello conlleva a que se inconfigure el estado de necesidad disculpante tan cuando el agente actúe sin saber del peligro, como cuando el peligro resulte ser irreal, mas sin que esto último obste para que se disculpe la

conducta si acaso hubo un error invencible acerca del mal que la motivó, evento en el se estará ante un estado de necesidad putativo aunque también disculpante. Por otra parte, mientras que en el estado de necesidad justificante se suprime a un bien de menor valor ponderativo que el que se salva, en el estado de necesidad inculpable se suprime un bien de igual valía y para ponderar el valor de los bienes son válidos los parámetros que ya se señalaron para el estado de necesidad justificante. La razón de que cuando existe igual valía de los bienes no se justifique la conducta que daña a uno para salvar el otro, estriba precisamente en que si para Derecho los bienes tienen igual peso no hay argumento para preferir uno en detrimento del otro; empero, el Derecho sí exculpa la conducta, ya que —salvo un deber especial— en esos casos no se le puede exigir al sujeto que se abstenga de intervenir o que prefiera alguno de los bienes en especial en demérito del otro. Se trata de una decisión estrictamente personal, que sólo el sujeto puede tomar y acerca de la que el Derecho no le puede exigir al sujeto que la tome en un sentido o en otro o que no la tome.

Más de ello también se sigue que es inexacto que el estado de necesidad disculpante no pueda amparar nunca a quien tenga un deber especial de afrontar el peligro. Ello queda claro en el artículo 51-IV del CPC que regula a dicho estado de necesidad sin incluir tal condición, a diferencia de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF que la consignan genéricamente sin distinguir entre los estados de necesidad justificante y disculpante. Sin embargo, a diferencia del estado de necesidad justificante, donde a quien le incumbe un deber jurídico expreso para afrontar el peligro no puede ampararse en la necesidad de actuar contra el deber para salvar el bien de menor valía o simplemente no actuar, en el estado de necesidad disculpante —como bien señala Zaffaroni—: "...nadie queda fuera de la posibilidad de la necesidad exculpante por grave que sea la intensidad del deber que le incumbe, pues siempre hay un límite a la exigibilidad de afrontar un riesgo".<sup>961</sup> Lo anterior se explica porque la razón de fondo para la exculpación reside en que el estado de peligro que amenaza a bienes de igual valor reduce el ámbito de libre autodeterminación del sujeto a grado tal que torna inexigible otra conducta. Por ello, aún para quienes —con base en la letra de los artículos 15-VIII del CPF y 29-VIII del CPDF— sostengan que el estado de necesidad disculpante no ampara a quien tenga el deber de afrontar el peligro, han de reconocer —de acuerdo con la razón especial para la exculpación en esa eximente y tomando el ejemplo que da Zaffaroni—: que aunque en la epidemia de una enfermedad contagiosa y peligrosa para la vida, a cualquier ciudadano le bastará justificar su abstención de ayudar a atender a los enfermos con base en su miedo al contagio, y que aún cuando el mero temor sería insuficiente para disculpar la inhibición de un médico que labore en un hospital público, si acaso es casi segura su muerte de brindar la asistencia al tratarse de un virus desconocido que da pie a esas consecuencias, el mismo galeno puede entonces plantear validamente ese dilema para su exculpación, o la disyuntiva de auxiliar a los demás o dejar que su esposa y sus hijos mueran por falta de ayuda. Y todo ello aún cuando él mismo hubiere manejado con descuido la probeta donde se aislaba el virus, dando lugar a que éste escapara hacia el contagio. La solución en estos casos de deberes especiales es de toda suerte dudosa como casos de estados de necesidad disculpantes, como también en muchos eventos penderá de la meticulosa ponderación el determinar la valía de los bienes que pudiesen estar en peligro a efecto de determinar si se está ante un estado de necesidad justificante o

---

<sup>961</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 716.

inculpable. Sin embargo, aún en el supuesto de que en aquellos eventos no se configurase un estado de necesidad inculpable con base en las fracciones VIII de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF, de todos modos cabe sostener la inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta con base en la diversa eximente de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF, que excluyen el delito si: *"atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho"*.

En su turno, el artículo 51-fracción V del CPC prevé el caso de la inexigibilidad de otra conducta por temor fundado, al disponer que la conducta es inculpable *"cuando el agente se allana a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor, que se funde en un mal real y grave que sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta"*. Hipótesis de la que se deriva que el constreñimiento psicológico afecta los elementos volitivos y axiológicos de la culpabilidad; esto es, el estado coactivo constriñe el ámbito de libre autodeterminación del sujeto que vuelve inexigible su conducta. Por lo tanto, la reprochabilidad de la conducta desaparece por la coacción o amenaza de un peligro grave que obliga al sujeto a allanarse a ejecutar el injusto. Dicho peligro ha de ser grave y puede ser actual, inminente o de realización razonablemente cierta. Debiéndose aclarar aquí que en realidad el temor fundado no es sino un caso especial de estado de necesidad que bien puede justificar la conducta o bien sólo disculparla: lo cual depende de la ponderación de los bienes, pues si el bien que se pretende salvar en virtud de la amenaza es de mayor valor ponderativo que el que se lesiona con el allanamiento típico forzado, se estará ante una causa que justifica la conducta por estado de necesidad, más si el que se daña es de igual valla que el que peligró en virtud de la coacción, se estará ante un temor fundado inculpable, donde la misma ley asume que es razonablemente inexigible una conducta conforme a derecho, toda vez que las mismas condiciones de coacción impiden hablar de una decisión libre. Y aunque el referido temor fundado no aparece ya en el CPF ni el CPDF, ello no debe causar extrañeza, porque esos casos de todas suertes se comprenden por los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF al disponer que el delito se excluye cuando: *"atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho"*. Por último, es posible la autoría o complicidad inculpable por estado de necesidad coactivo. Esto es, las causas de inculpabilidad sólo benefician en quien concurren, pero ello no quitan la posibilidad —de acuerdo con la tesis de la accesoriad limitada— que se dé una autoría típica y antijurídica pero disculpante, donde continúan siendo punibles las conductas de los cómplices, o bien donde el autor realice el injusto de manera culpable, mientras que los cómplices —o algunos de ellos— actúen inculpablemente. Sin pasar por alto que el coaccionado por otro en realidad actúa como mero instrumento inculpable al no elegir libremente. Y sin embargo, él actúa típicamente como autor que puede cometer la conducta de manera antijurídica, pero inculpable. Aún así, el único autor —mediato— cuya conducta es punible, es el sujeto de detrás que coacciona.

**2. El error acerca del estado de necesidad y el temor fundado disculpantes.** En el terreno de las causas de inexigibilidad también entran en juego los errores sobre la existencia del estado de necesidad y los motivos del temor fundado. Ya que se debe recordar que a diferencia de las causas de justificación, en esas eximentes tan es necesario que el agente conozca el peligro que amenaza, como igualmente es menester que

dicho peligro sea real. De tal manera que si acaso el agente actúa dentro de los márgenes de la exculpante, pero sin darse cuenta del peligro, la lesión que cause aquél no quedará amparada por la eximente. Mas cuando el agente actúe con una falsa representación del peligro que amenaza y el yerro es invencible, el mismo motiva la exculpación, ya no por el estado de necesidad o temor fundados exculpantes, sino por el error invencible acerca de los motivos de esas causales. Son ejemplos de errores sobre circunstancias expresas de inexigibilidad jurídica de la conducta (por estado de necesidad y temor fundado disculpantes): el de quien al advertir humo y escuchar el grito de fuego, daña la puerta ajena para salvar un objeto de su propiedad de igual valla ponderativa que se encuentra en la casa que cree se incendia en una de sus habitaciones, debido a una falsa alarma. El médico que practica un aborto para salvar a la madre, en virtud de los síntomas de la paciente y que luego confirma una computadora, cuando en realidad la madre no corría peligro de muerte y el error se motivó principalmente por una falla del programa computacional. Quien se allana a la coacción de que es objeto con una pistola simulada para que dé muerte a otro porque en su defecto el mismo coaccionado morirá. En estos casos de errores de inexigibilidad —los que de manera expresa regula el CPC— al igual que en las causas reales de temor fundado inculpable y estado de necesidad inculpable, el sujeto puede saber que la conducta que realiza es de ordinario penalmente ilícita. Su conducta es, además, típica y objetivamente antijurídica. Pero el sujeto cree errónea e invenciblemente actuar en circunstancias que le vuelven inexigible otra conducta. Y en las que la propia ley estima en sus artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC, que no se le puede exigir a aquél que actué conforme a Derecho. Por ende, su conducta es inculpable de acuerdo con esos artículos.

**3. Otras causas de inexigibilidad (referencia especial a la objeción de conciencia.)** Sin embargo, hay otra categoría difusa —diversa a las anteriores—: en las que conforme al Derecho Penal vigente puede considerarse innecesaria la pena. Esto es, aun sin que haya temor fundado, ni estado de necesidad inculpable, ni error invencible sobre la existencia de esas causas o acerca de alguna causa de justificación. Ello es así, debido a los amplios márgenes de las fracciones IX de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF, así como de la fracción V del artículo 51 del CPC —y los que en última instancia motivan una excusa absoluta "inespecífica" por faltar en el caso concreto la necesidad racional de la pena según se verá en el apartado siguiente—. Pero que también pueden considerarse dentro de la causal de inexigibilidad que prevén los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC. ¿Cómo cuáles? Pensemos en el exceso minúsculo en la defensa con base justificante, donde la repulsión de la agresión se extiende unos instantes después de que ésta cesa. O bien en los casos de quienes se defiendan actúen también por el miedo originado por la agresión injusta, mismo que no les impide su imputabilidad pero que sí la disminuye e impulsa su acción de repulsa apenas más allá de la estrictamente necesaria o cuando debido al estado emocional en que se encuentra el atacado ilegalmente, confunde como agresor a un tercero ajeno a la agresión o cuando se ve precisado a rechazar la agresión del primero sabiendo que también es muy posible que lesione —como lo hace— al rehén que es sujetado por el agresor. Imaginemos, asimismo, los daños que se causan en virtud de una reacción de miedo ante una catástrofe y sin que aquél miedo llegue a convertirse en pánico que impida la imputabilidad. Pensemos también en las conductas omisivas derivadas de motivos de profunda conciencia religiosa —garantizada en la Constitución con la libertad de credos— que penetra a la total personalidad del autor que no brinda auxilio al

pequeño hijo para que se le pueda intervenir quirúrgicamente porque las intervenciones quirúrgicas son contrarias a la religión del omiso; o cuando ese individuo por iguales motivos de profunda conciencia religiosa se niega a prestar un servicio público que la ley le impone como obligatorio y cuya omisión prohíbe con pena. El chofer asalariado, con poca instrucción escolar, en condiciones económicas apremiantes, con una esposa enferma y con muchos hijos dependientes de él que apenas les alcanza el jornal para comer y comprar algunas de las medicinas, que causa daños sabiendo de los defectos mecánicos del vehículo que motivaron aquellos; pero quien con la esperanza de que el desperfecto —que era leve— no originara algún percance, toda vez que se vio obligado a trabajar con motivo de la amenaza del patrón de su despido inmediato si no lo hacía aún en esas condiciones.

En esta mirada es preciso detenernos un momento en aquellos casos de objeción de conciencia, especialmente por motivos religiosos. En efecto, la regla general es que las concepciones religiosas, morales o sociales del individuo acerca de su conducta, por sí son intrascendentes para excluir la conciencia del injusto, pues con independencia de aquellas, lo que interesa es que la persona habiendo conocido las circunstancias fácticas —y en su caso valorativas— del injusto que cometió, sabía o podía saber de su prohibición penal. La libertad de creencia religiosa y de practicar los actos del culto respectivo se garantiza por el artículo 24 de nuestra Constitución, más sólo en la medida que los últimos *“no se traduzcan en un delito o falta penados por la ley”*. Lo que se confirma por el artículo 1º-párrafo-segundo de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que dispone: *“Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”*. Sin embargo para los efectos penales no sólo interesa a efectos de la culpabilidad el que el sujeto conociese el carácter penal de su injusto, sino además importa y con mucho que el sujeto hubiere estado en condiciones razonables de actuar de otro modo según se regula en las mismas leyes del país como lo es la causal de inculpabilidad de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF al disponer que el delito se excluye cuando: *“atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”*. De esto surge el tema del delito de conciencia por convicción religiosa que dificulte actuar conforme con la ley, de tal manera que no pueda sostenerse la culpabilidad en virtud de que en ciertos casos la convicción religiosa vuelva inexigible actuar de otro modo aunque se pueda conocer la norma penal prohibitiva que se infringe. (En caso contrario —cuando no se sabe de la norma— sería error de prohibición.)

En efecto, Zaffaroni apunta que: (...) Cuando se lleva a cabo una conducta típica y antijurídica, la culpabilidad no requiere que el individuo haya introyectado esos valores, porque las más de las veces el injusto obedecerá a una falta de internalización. Lo que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. Se degradaría el principio de culpabilidad a una ficción si se entendiese que cualquier ser humano que conoce la antijuridicidad de su conducta esté en condiciones de comprenderla [en aquél sentido de introyectarla]. Esta sería una ficción tan tremenda como la que implicaba el *error juris nocet*. Un derecho penal antropológicamente fundado y elaborado conforme a principios reductores del poder punitivo no puede menos que tomar en cuenta la efectiva posibilidad de comprensión que el ser humano haya tenido.

La exigencia de internalización de las pautas jurídicas (señalización de las conductas jurídicas) depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva.<sup>982</sup> Pues bien, con esa orientación puede suceder que el autor por conciencia religiosa que actúe en función de un sistema cerrado de valoraciones de esa índole distintas a ciertas pautas jurídicas, deberá realizar un esfuerzo extraordinario y mucho mayor que el objetor de conciencia que se base en meras valoraciones éticas o bien políticas, a efecto de evitar el injusto, el que al menos puede motivar fundadamente una disminución de su culpabilidad. E incluso, si acaso ese sistema cerrado de valoración religiosa le ha sido culturalmente inculcado al autor de conciencia de tal manera que, por provenir de otra cultura donde así fue formado, le motive la incompreensión (difícil posibilidad de introyección) —que no falta de conocimiento— de la norma jurídica a la que recién se viere sometido, resulta obvio que deba considerarse en serio la exculpación por inexigibilidad de otra conducta. Ejemplos: Se conduce con falta de comprensión (difícil introyección) del injusto —en el sentido antes apuntado— el ministro religioso que está de paso por el país y deja morir al pequeño hijo lesionado por un animal bravo, al obrar en acato a los mandatos de su ministerio y fe religiosa de no interferir con los designios de Dios. Igualmente el ministro religioso que en la averiguación de un delito se niega a revelar el secreto de la confesión al que lo obligan sus mandamientos eclesiásticos y de convicción esencial para su religión, no obstante que el Ministerio Público le requiera de tal información en el testimonio que ante él rinde dicho ministro religioso. Por su parte, Fátima Flores Mendoza hace un minucioso y completo análisis de todos los casos de “la objeción de conciencia en el Derecho Penal”, como intitula su muy valioso estudio monográfico. Y respecto a los casos de objeción de conciencia religiosa que afectan la culpabilidad, aquella sostiene que existe una doble disminución de la culpabilidad. Así Flores Mendoza apunta que en esos casos se da esa doble disminución de la culpabilidad que se basa (...) en la presión síquica que vive el objetor... [y a la vez]... plantea en el objetor un conflicto de tal intensidad que puede conducir a la destrucción personal [de la personalidad]...del mismo.<sup>983</sup> Eventos en los que cabe fundar la inculpabilidad en la inexigibilidad de otra conducta en los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC.

**B. Las causas disculpantes por excusa absoluta que hace racionalmente innecesaria la pena.** Por otra parte, también pensemos en las circunstancias de no punibilidad del aborto con motivo de una violación; o por creer que el producto padece de graves defectos congénitos, creencia que se puede corresponder con la realidad o bien ser errónea y basarse tan solo en que se ingirió un producto nocivo para la normal gestación del producto, casos que la misma SCJN ya ha estimado como excusas absolutorias.<sup>984</sup> Asimismo, los casos de exculpación legal de pena para ciertos parientes por omitir su deber de rendir testimonio. Pues en esos supuestos, la ley asume de manera expresa o permite asumir a través de la excluyente de la inexigibilidad racional de otra conducta, la falta de necesidad de la pena. Aun cuando ninguno de ellos constituye causa de temor fundado inculpable o estado de necesidad inculpable, ni hay error acerca de esas causales y sí hay conciencia del injusto penal aunque en algunos con culpabilidad atenuada en su primera categoría en virtud de

<sup>982</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, op cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 705

<sup>983</sup> Fátima Flores Mendoza, *“La objeción de conciencia en derecho penal”*, Editorial Comares, España, Granada, 2001, pp 267 y 268

<sup>984</sup> La SCJN sostiene que hay una excusa absoluta en ciertos casos de los señalados —excusas que en el fondo se apoyan en la irracionalidad de la pena que en los términos de Roxin equivale a la falta de “necesidad social de la pena”—, según se evidencia de la tesis ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA que se cita en el número II-E del Capítulo Tercero.

imputabilidad disminuida o error vencible. Estos supuestos son los que dan margen a Roxin para afirmar que aun cuando hay culpabilidad, se prescinde de la pena porque ésta deviene socialmente intolerable. Por ende, Roxin estima que la ley, además de la culpabilidad, exige la «responsabilidad» como condición de punibilidad. La cual se fundamenta en la necesidad social de la pena. Y que tiene su fuente en el principio de proporcionalidad y de que sólo se pueden imponer las penas estricta y racionalmente necesarias. De tal manera que si las condiciones en que se realizó el hecho revelan lo obviamente inútil o irracional de la aplicación de la pena en el caso concreto, ello conlleva a la falta de "responsabilidad" del sujeto que le excluye de la pena.<sup>995</sup>

En efecto, Roxin señala como punto de partida de su consideración la distinción doctrinal entre causas que excluyen la culpabilidad y las causas exculpatorias, para incluso ir más allá, al estimar que fuera de los supuestos de inimputabilidad y error invencible, siempre hay un remanente de culpabilidad en virtud de que el sujeto "podía actuar de otro modo". Dice Roxin respecto a las causas de inimputabilidad y las de errores de prohibición invencibles que (...) en ellas faltaría desde un principio la culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo. Por el contrario, en las causas de exculpación, que se corresponden con el temor fundado y el estado de necesidad disculpante, quedaría una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador sólo renuncia en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad.<sup>996</sup> Con base en esas consideraciones Roxin estima que "en las causas de «exculpación» se trata no sólo de cuestiones de culpabilidad, sino también de otros puntos de vista". Las que él llama (...) causas de exclusión de la responsabilidad por falta de la necesidad preventiva de la punición.<sup>997</sup>

Empero, ello también se puede asumir dentro del concepto finalista de la culpabilidad. Zaffaroni, el principal y más ilustre teórico del finalismo nuevo en Ibero América, da un concepto general de la culpabilidad: (...) Es la reprochabilidad del injusto al autor, y reflexiona preguntándose: "¿qué se reprocha?, el injusto; ¿por qué se le reprocha?, porque no se motivó con la norma; ¿porqué se le reprocha no haberse motivado en la norma?, porque le era exigible que se motivase en ella."<sup>998</sup> Así pues, si la culpabilidad es poder conocer con facilidad la ilicitud penal del hecho que se realiza y, además, no nada más *poder conducirse conforme a Derecho, sino sólo en cuanto las circunstancias hagan razonablemente exigible esa conducta*. Por tanto, aquella se conforma en su esencia con la exigibilidad racional de una conducta conforme a Derecho. Misma que no se determina abstractamente sino de acuerdo con las condiciones del hecho y del sujeto en el caso concreto, por las que "racionalmente" le fuere posible con facilidad conducirse de otro modo. No se trata pues, nada más, de "poder conducirse de otro modo", sino, además, de que las circunstancias del autor y del caso le "faciliten" o le hagan "racionalmente" exigible actuar conforme a la norma. En sentido contrario, como señalan los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF al regular dicha excluyente de delito: el sujeto será inculpable en todos aquellos casos en los que "...atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho." O bien, ello se cumple en los artículos 48 y 51-VII del CPC. El

<sup>995</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp.797, 814 y ss.

<sup>996</sup> Claus Roxin, *idem.*, op. cit., p. 815.

<sup>997</sup> *Idem.*, pp. 815 y ss

<sup>998</sup> Raúl E. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Cárdenas Editores, 1ª edición, México, 1986, p. 543.

primero, interpretado en sentido contrario, diría: *No se conduce culpablemente, quién no conoce o no puede conocer la ilicitud penal de su conducta y, además, no se puede conducir conforme a Derecho*". La segunda dispone que no hay culpabilidad en: *"Cualesquier otra (situación), en que por las circunstancias del caso y las condiciones personales del agente, le impidan razonablemente (al agente) que se conduzca conforme a Derecho"*.

En el contexto de la pura letra de la ley penal no parece encontrar asidero la expresión "responsabilidad" como casi sustituta de "culpabilidad" que emplea Roxin. Aunque la expresión "responsabilidad" es precisamente la que se emplea por los artículos 16 y 19 de la C. para aludir a la categoría procesal dentro de la cual se halla, necesariamente, la culpabilidad como categoría sustantiva que se instrumenta por aquella categoría adjetiva. Además, la mera razón semántica e incluso epistemológica no quita para nada la validez intrínseca del argumento de Roxin, en el sentido de que la pena se debiere excluir con base en consideraciones de su irracionalidad en el caso concreto, que él llama de no-responsabilidad y que en México se engloban bajo la excluyente de los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC. Porque la idea de exigibilidad por poder actuar de otro modo sólo cobra su pleno sentido en virtud de la estricta necesidad racional de la pena en el caso concreto. Toda vez que si en casi todos los casos en realidad se "puede actuar de otro modo", lo que más interesará es que no concurren circunstancias extraordinarias que precisamente hagan intolerable que se deba imponer una pena —debido a su irracionalidad—, mismas que, precisamente, vuelven inexigible la conducta conforme a la norma y las que se deben fundar como excluyentes de delito, de acuerdo con lo que prevén los artículos 15-fracción IX del CPF, 29-IV del CPDF y 51-VII del CPC. Esto es, cuando de acuerdo con las circunstancias del caso al sujeto no le era racionalmente exigible que ajustara a Derecho su conducta.

Lo cual se ha de ponderar conforme a las pautas y criterios que ya se esbozaron sustentados en los límites que devienen de un estado de derecho.

#### — VIII —

#### **Consideraciones finales respecto de la culpabilidad**

En la imperfección natural de las instituciones humanas estriba quizá el que las actuales formulas legales de la culpabilidad —o inculpabilidad— penal sigan siendo defectuosas. En ellas subsiste un ingrediente de inseguridad jurídica. En cuanto compete al juez, a final de cuentas, el ponderar si la persona pudo —con facilidad, según el CPC (lo que significa un avance frente al CPF y el CPDF)— ajustar su conducta a Derecho según las circunstancias concurrentes en el caso concreto y que racionalmente le hicieron exigible tal ajuste. Situación que se extiende a la individualización judicial de la pena como se verá. Empero, no se podrá negar el progreso de la Parte General del Derecho Penal Mexicano —al menos en su ámbito legislativo— que le aproxima a la aspiración de estado democrático a través de un concepto de culpabilidad que tiene muy poco que ver con el dolo y la culpa, a los que se les dio un contenido y una ubicación sistemática nuevos y distintos a la idea tradicional de los mismos como fundantes en sí de aquella. Sin que se deba olvidar que la eficacia protectora del concepto consiste en que el ser humano es para el orden jurídico la medida de todas las cosas. En cuanto tiene que responder con su persona. Pero sólo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable. Responsabilidad por el injusto que la persona realizó, conociendo o pudiendo conocer la ilicitud penal de aquél o el deber de cuidado que infringió cuando razonablemente le era posible y exigible conducirse conforme a Derecho. Ahora bien, ¿hasta qué medida se fundamenta la imposición de la pena por una conducta típica, antijurídica y culpable? Ello lleva a la aplicación de la pena y su ejecución, que son los dos momentos restantes en los que se manifiesta la potestad punitiva del Estado.



**CUARTA PARTE**  
**LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LAS PENAS**  
**Y A SU EJECUCIÓN**

UANL

---

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO

### LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

— I —

#### *La "culpabilidad" como fundamento y límite de la pena judicial*

Se debe reconocer que en la mayoría de los casos de imposición de una pena, además del juicio de reproche, latan también elementos de prevención general y especial. En cuanto que con aquella, por un lado, se intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y, por el otro, se mantendrá a la sociedad segura de aquél al menos durante el cumplimiento de la pena cuando el mismo deba ser en prisión. Y es que esas consecuencias ya están de por sí implícitas en la previsión legal de las penas y su asignación a los tipos penales de los delitos en particular. De aquí que aunque sea cierto —conforme al artículo 18 C.— que los esfuerzos de resocialización a favor del sujeto se han de dar con motivo de la pena (y aunque por igual sea verdad que es posible que las ofertas de reintegración responsable se den no sólo a partir de la imposición de la pena, en tanto que también son validas las que se hagan desde antes de la pena misma, como luego se verá); también lo es, que lo primero que la condena a una pena de prisión hace efectiva es la restricción de la libertad al delincuente. Pero, ¿será un acto que no se hace en interés suyo sino en el de la comunidad? Que, por lo tanto, ¿sirve a otros y no a él? Sí en gran parte. Porque lo primero que se debe evitar es el error al que induce la retórica idealista de que al delincuente se le beneficia con la punición. Y, asimismo, porque hay que reconocer que el fin primario de aquella es la justicia para la salvaguardia de un orden esencial para la comunidad. Y, por lo tanto, la pena legal siempre tiene un ingrediente inseparable de castigo y otro de prevención. Más sobre esta base cabe entonces volver a preguntar: ¿Se justifica aplicar una pena al particular para conseguir la última meta? Kant —y con él gran parte de la doctrina hoy dominante— afirmó que no se puede admitir con ningún pretexto que se dé cabida en la imposición de la pena a consideraciones de prevención general por ser contrarias a la dignidad humana. Pues con ellas se usa a la persona como objeto, sin que se le respete como sujeto cuya dignidad humana se le reconoce en la misma C. Mas si ello es así no está entonces nada claro que se justifique imponer penas con base en aquellos motivos. A esto se le suma con la fundamentación dada hasta ahora, no se explica todavía —al menos de manera suficiente— algún límite que se derive del espíritu de un estado de derecho a la duración de la pena judicial de prisión dentro de los extremos punibles que la ley le asigna a cada delito. Por lo tanto:

¿Se puede considerar conforme a Derecho castigar al particular en interés de la colectividad? Es decir, ¿puede el juez normar su arbitrio y aplicar penas de prisión en consideración a otros y para que éstas sirvan de ejemplo a los demás? Y si no es así, entonces: ¿Puede hacerlo el juez con base en la personalidad del autor que refleja la conducción de su vida, para que así la ejecución de la pena incida en aquella?

Con ello llegamos a la medición de la pena de prisión. Y, sin embargo, la respuesta negativa a esas preguntas está fuera de duda. Porque para nuestro orden jurídico-constitucional el individuo no es un «objeto» sino que es el «titular» primario del poder estatal. Y porque por lo que se pune es por la decisión de la persona contra la prohibición penal de la norma al realizar el injusto, cuando razonablemente podía actuar de otro modo. De aquí que el Estado no deba desnaturalizar las penas en cualquier momento de su determinación, convirtiéndolas en meros «medios» de castigo, de intimidación en consideración a otros o de ejemplo para otros o como velado pretexto para castigar el comportamiento en la vida y así —a través de la duración de la pena— influir coactivamente en la personalidad del individuo. Ello implica la ilegitimidad esencial de reprochar —y también de intensificar el

reproche— (a) con base en la mera retribución, o (b) con sustento en la conducción que el sentenciado hizo de su vida a efecto de tomar en cuenta ese manejo en la llamada “culpabilidad del autor” en vez de —o además de— la “culpabilidad del acto” de ese autor. Y asimismo, la última fundamentación (c) apareja la pretensión inconstitucional —y también ilusa— de querer influir coactivamente en la personalidad del sujeto, modelándola para “readaptarlo”.

1) La razón de la sinrazón se resiste a la primera, porque ningún bien se logra con agregar un mal a otro mal pues de ello sólo se obtiene un mal redoblado. 2) Y la dignidad del ser humano se opone tan a la segunda como a la tercera. 3) Al igual que los principios de acto y de culpabilidad que reconoce nuestro orden jurídico son contrarios a que se sancione o mida la pena por lo que el delincuente haya hecho de su vida y no por la decisión que él tomó al realizar su conducta y que es por la que se le juzga, al igual que del ámbito que él tuvo para ello y que es la base para medir la pena. 4) Y más aún cuando el reproche —o la intensificación del mismo— por la conducción de la vida que veladamente se introduce en la llamada “culpabilidad de autor”, aparejaría —quíerese o no se quiera— meter subrepticamente la superada y fracasada idea de la peligrosidad del autor, cuando ninguna de sus bases es consecuente con las de un estado de derecho que sea respetuoso de los derechos humanos y de los límites que con base en aquél se imponen en la C. al poder punitivo.

Ahora bien, Roxin da la solución al problema con estas reflexiones: (...) la imposición de la pena será justa si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente, que el Derecho también tiene que garantizar.<sup>658</sup> Estos dos puntos de vista — dice Roxin— (...) no se excluyen en absoluto, como muchas veces se cree. En efecto: (...) si el Estado le debe asegurar sus bienes jurídicos al ciudadano; a la inversa, cada miembro de la sociedad tiene que hacer de su parte todo lo necesario y que le sea posible para cumplir con esa tarea común. Esto significa, dentro de los límites que veremos a continuación, que quien libremente se autodeterminó contra la norma penal es responsable de cargar con la pena necesaria para el mantenimiento de dicho orden. Igual que, por ejemplo, también tiene que soportar el deber del servicio militar o el pago de impuestos. Sin que por ello se lesione su dignidad humana. En tanto que (...) al particular no se le coloca —por decirlo en palabras de Kant— entre los «objetos» del «Derecho de cosas» sólo porque se le impongan deberes en interés de la comunidad [de la que aquél forma parte].<sup>659</sup> Esto sólo sucede si ya no se le juzga respecto de su acto y su ámbito de elección libre con relación al mismo, sino según su mera utilidad para los fines de otros. De todo ello se sigue una primera consecuencia importante para la imposición de la pena:

La pena sólo se puede imponer hasta la medida de la culpabilidad por la acción que se juzga. Ésta limita a la culpabilidad y la medida de ésta, a su vez, limita a la pena en su magnitud.

Así pues, la culpabilidad que es inadecuada para fundamentar por sí sola la potestad penal estatal. Sin embargo, sí sirve para limitarla. ¿Cómo es ello posible? Pues bien, esto no es solo posible sino que es necesario por las ideas de dignidad humana y autonomía de la persona que protege nuestra ley fundamental. Mismas que de manera indudable presuponen al hombre y la mujer como seres libres y capaces de responsabilidad. Lo que tiene su fundamento en las garantías de dignidad, de libertad y de responsabilidad que consagran y se infieren de los artículos 1º, 16 y 19 de nuestra Constitución. Como ya se dijo, no se puede decidir con seguridad si esa imagen del ser humano —constitutiva para nuestro ordenamiento jurídico esencial— acierta con arreglo a las ciencias del ser. Pero ello en nada cambia el hecho de que las personas existen en todos los tiempos con la conciencia de dignidad, de libertad y de responsabilidad. Lo que por cierto no se puede probar que sea “correcto” con los métodos de las ciencias naturales. Pero que con total

<sup>658</sup> Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Pena*, op. cit., pp. 28 y ss. Nota: Las oraciones entre los corchetes y éstos son míos, por supuesto.

<sup>659</sup> Claus Roxin, *Idem.*, op. cit., pp. 28 y ss.

independencia de ello tiene su legitimación, en cuanto decisión de la sociedad para crear un orden social de personas libres y responsables de su libertad en aquél ámbito social, conforme a un estado de derecho y democrático de acuerdo con los artículos 3º, 39 y 40 en correlación con las garantías individuales que se enmarcan en los primeros 29 artículos de la carta fundamental.

Ahora bien, si se enfoca así la idea de culpabilidad, ésta tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponda a la responsabilidad penal del particular por su indebida lesión al bien tutelado. Es decir, como una persona concebida como libre y capaz de culpabilidad al poder actuar de otro modo. Además, con ello se evita el emplear a la culpabilidad sólo para justificar medidas retributivas. Pues un concepto de culpabilidad que se dirige a coartar el poder de la autoridad, actúa exclusivamente en favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento. Precisamente por ello —dice Roxin— (...) se puede dejar en suspenso y con tranquilidad la cuestión del libre albedrío. A la que no se puede dar una respuesta concluyente. Pero incluso para quien crea que hay que negarlo —como bien puntualiza Roxin—: (...) debería reconocer el principio de culpabilidad en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad. Como una disposición de la comunidad jurídica que protege al particular de la superioridad de un poder estatal que viole la personalidad de aquél.<sup>971</sup> Por lo tanto, hay una diferencia primordial entre utilizar la idea de culpabilidad para dejar a las personas a merced del poder Estatal y el emplearla para preservarlas del abuso de dicho poder. Porque:

La culpabilidad no es la base para imponer a la persona cualquier entidad de la pena de prisión que permita la misma ley penal y con ello prevenir la comisión de delitos (bien sea para intensificar el reproche y, por ende, la pena, en atención a los demás; o bien sea para que del mismo modo se pretenda corregir —sea o no sea coactivamente— la personalidad del delincuente).

***Sino que la culpabilidad sólo da la facultad al Estado a la retribución hasta la gravedad misma de esa culpabilidad por el acto y sólo hasta lo que sea indispensable para lograr la paz y se pueda garantizar la readaptación social del delincuente —concebida ésta como reincorporación digna y responsable del sentenciado a la sociedad— de acuerdo con el artículo 18 C. y de su entendimiento congruente con los derechos humanos que reconoce la misma C.*** (R)

Así concebida, no solo la culpabilidad sino también la gravedad de la culpabilidad y los fines de readaptación social del sistema penal son medios para mantener dentro de límites racionales y congruos con un estado democrático a los intereses de la colectividad frente a la libertad individual. Porque como ya se señaló desde un principio: la libertad, la dignidad de las personas y su garantía de readaptación social que se proclaman por la Constitución son derechos de protección «frente al Estado», sin que se les pueda trastocar en una facultad de injerencia estatal irrestricta en contra de las personas.

De ello se sigue que —para reducir la irracionalidad de la pena— en tanto se pueda imputar su hacer culpable al delincuente, éste tendrá la obligación —en atención a la comunidad— de «responder» con la carga de la pena como una consecuencia del ejercicio de sus actos libres en sociedad. Esto es justo y legítimo. No porque aquél tuviera que soportar que otros le inflijan un mal debido a un imperativo de mera retribución o justicia y sin que tampoco aquella se pueda basar en que sirva de ejemplo a otros o para que incidiendo en su personalidad evitar que aquél vuelva a cometer otro mal. Sino porque el individuo, como miembro de la comunidad, tiene

<sup>971</sup> Claus Roxin, op. cit., ídem Respecto a que la culpabilidad habría que entenderla de acuerdo con lo anterior sólo como un principio jurídico que sería mera ficción y sin asiento en la realidad, con lo cual estoy en desacuerdo, ver al respecto el número 11 del Capítulo Décimo Sexto.

que responder en condiciones de igualdad por sus hechos y debe someterse a la sanción si él se decidió libremente por su conducta injusta penalmente prohibida precisamente *cuando pudo actuar de otro modo*, lo cual será la materia para ponderar el grado del reproche. Pero de ello también se desprende que el sometimiento del individuo sólo puede ser hasta la medida de su culpabilidad: es decir, según el mayor o menor ámbito que tuvo la persona para actuar de otro modo al realizar la acción prohibida y sólo en la medida que ello sea indispensable para lograr la paz social, se cumpla con la garantía de igualdad y en lo posible con el fin de readaptación social que el artículo 18 C. asigna al "sistema penal". De esa manera no se utiliza a la persona como «medio» para los fines de otros. Sino que al individuo que asumió su responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de persona con igualdad de derechos y obligaciones, a la vez que con la sanción consecuente se busque en lo posible la paz y su reinserción social responsable. Bien dice Roxin (...) que quien no quiera reconocer esto como justificación de la pena, tendrá que negar la existencia de deberes públicos y, con ello en definitiva, el sentido y la misión del Estado.<sup>972</sup> Ciertamente hay que tomarse en serio la idea de que son injustas las penas inadecuadas a la gravedad de la culpabilidad y que introduzcan en el grado de reproche ingredientes preventivos —generales o especiales— que además de que atenten contra las garantías de igualdad y dignidad de las personas, impidan en lo posible una más pronta reinserción social del sentenciado. Por consiguiente —dice Roxin— (...) es inadmisibles para citar un ejemplo, dictar contra una persona intelectualmente limitada que comete un delito inducida por personas de edad adulta, una pena dura y que sobrepase ampliamente su culpabilidad comparativamente escasa, sólo para que otros se abstengan de esa fechoría. Como tampoco se puede estatuir en los delitos graves, por muy importante que sea la contención de esos delitos, penas ejemplares sin que se cubran por el grado de la culpabilidad personal.<sup>973</sup>

De aquí entonces que si el juicio de reproche sólo se puede formular cuando el agente actuó con culpabilidad, la entidad de la pena sólo pueda ser hasta la gravedad de la culpabilidad de la persona en dicho acto. Porque se debe insistir que a la culpabilidad —al igual que al juicio sobre su intensidad— se les concibe más como límites a la potestad de punir, que como simples bases para ello. Ello es así, porque si la responsabilidad estriba en que el sujeto actuó contra Derecho, en tanto racionalmente tuvo posibilidad de ajustarse a él y de evitar las consecuencias de su injusto. Consecuentemente, **la intensidad del juicio de reproche y, por ende, la medida de la pena debe descansar en el mayor o menor margen de elección que tuvo el sujeto en el caso concreto para autodeterminarse en sentido contrario a la conducta prohibida y la trascendencia de la lesión jurídica que en virtud de ese margen decidió causar o al menos estuvo en su capacidad prever para no causar.** En otras palabras, la medida de la sanción penal se orienta por la intensidad culpable de la conducta. Y aquella intensidad se enjuicia según el menor o mayor ámbito de elección que tuvo el culpable para actuar jurídicamente según sus condiciones personales y las circunstancias que concurrieron en el caso concreto motivantes de su actuar. Con ello cabe concluir que el fin de prevención general que ya lleva insita la punición legal encuentra su limitación en el marco jurídico de la culpabilidad individual respecto de la acción que fue el motivo del reproche y que al juez le toca individualizar en su magnitud según la dimensión del

<sup>972</sup> Claus Roxin, op. cit., pp 28 y 29

<sup>973</sup> Claus Roxin, op. cit., pp 30 y ss.

marco concreto que tuvo el sujeto para actuar de otro modo. Si él va más allá y, por tanto, hace expiar al autor por sus presuntas tendencias delictivas o su personalidad proclive al delito o para prevenir las de otros, es atentar en realidad contra los principios de acto y de culpabilidad en él así como en demérito de la dignidad humana. La eficacia protectora de este concepto consiste en que el ser humano y sus actos de autodeterminación responsable son para el orden jurídico la medida de todas las cosas. En cuanto tiene que responder con su persona. Pero sólo por aquello y hasta de lo que conceptualmente esa persona es culpable en el caso concreto por la acción que motivó el juzgamiento.

Responsabilidad por la culpabilidad y pena por la gravedad de la conducta culpable y la trascendencia del daño que el autor decidió causar y pudo conocer en el caso concreto, ajustado a las motivaciones y circunstancias de una y otro que sirvan de pauta para fijar el espacio que tuvo la persona para poder actuar de otro modo. Esto es, *hasta la medida del margen razonable que tuvo el sujeto, según sus circunstancias personales y las del caso concreto, no para conocer el carácter penal de su injusto, en tanto ese juicio ya se hizo al afirmar que hubo culpabilidad, sino respecto a la magnitud del ámbito que tuvo la persona para actuar de otro modo, lo que es distinto. Esto es, del mayor o menor margen que tuvo el sujeto para elegir conforme a Derecho al realizar su acción penalmente prohibida.* Por lo que a mayor vulnerabilidad social del sujeto al momento del acto, con relación a él será menor su margen de elección para actuar de otro modo y más todavía si esa vulnerabilidad expresada en su conducta elegida, deriva de indicadores de deberes incumplidos del Estado en la satisfacción de las expectativas de sus derechos constitucionales como ser humano. Como también a mayor trascendencia concreta de las consecuencias conocibles del ilícito, más motivos habrá para actuar de otro modo, ajustados estos a las circunstancias que motivaron la acción y las particulares condiciones personales.

Tales postulados ya se recogen —de manera expresa e implícita— en los artículos 52-VII del CPF y 72-VIII del CPDF: cuando disponen que el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta *las circunstancias que concurren en el hecho, las del sujeto y (...) Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.* Como también se hace de manera expresa en el artículo 71-I del CPC al prever que para individualizar la pena de prisión en los delitos dolosos, el juzgador tomará en cuenta: (...) El grado de culpabilidad. Para lo cual apreciará: **El mayor o menor margen del responsable para elegir una conducta conforme a Derecho**, según sus antecedentes y condiciones personales, familiares y sociales; las circunstancias de modo, tiempo, lugar y antecedentes del hecho; los móviles; los riesgos corridos en su ejecución; y, los demás datos que sean pertinentes. Lo cual reitera el CPC respecto a los delitos culposos en su artículo 73. El mismo dispone que para individualizar la pena de prisión en los delitos culposos, el juzgador sólo tomará en cuenta la gravedad de la culpabilidad del agente, con base en: (...) El grado de conciencia de ilicitud. Para lo cual apreciará: Los antecedentes y circunstancias personales y sociales del responsable. **La mayor o menor facilidad que en el caso tuvo de asumir el deber de cuidado que violó y de prever el daño que resultó.** Los móviles de la conducta culposa y las circunstancias que mediaron en ella. En su caso, el conocimiento común o el especial que se requerían y la experiencia en la actividad, ocupación o profesión que motivó el hecho; y, *los demás datos que sean pertinentes a la conciencia de ilicitud del agente. (...) El grado de exigibilidad de una conducta adecuada.* Para lo cual apreciará: **La mayor o menor dificultad que tuvo el agente para realizar la conducta correcta en el caso concreto.** El tiempo de que dispuso; y, *las*

*demás circunstancias subjetivas y objetivas que mediaron con relación a poder conducirse de forma apropiada y evitar el resultado.*

Respecto al anterior y/o el futuro comportamiento propio o el ejemplo de terceros nada se debe poner a cargo del culpable —incrementándole la pena por aquellos motivos—. Si se le castiga por ello, dicha punición sería de la misma categoría que la responsabilidad por la estirpe o la culpabilidad por el azar, porque ya no se tratará de que te sanciono por el margen de tu autodeterminación en el acto por el que te juzgo, sino que **1)** te castigo por tu personalidad —por lo que has hecho en y de tu vida y por lo que en ella puedas hacer— o bien **2)** te castigo según estime que sea necesario para los demás. **1)** Lo primero —el castigo según lo que la persona ha hecho de su vida— apareja: **1.1)** Negar el principio de culpabilidad del acto, mismo que la ley prevé como delito y le asigna la penalidad correspondiente, que es por el cual la C. tolera juzgar e imponer la pena. Así como también conlleva: **1.2)** Poner a cargo de la persona la conducción de su vida, cuando la misma C. nos garantiza el ejercicio de nuestra libertad. **1.3)** Y si lo que se trata es de antecedentes "penales": ello ya apareja introducir un doble juicio y una mayor pena a la persona, que se reflejará por la magnitud del reproche debido a una conducta por la que antes ya se le juzgó y se le castigó. **2)** Lo segundo —el castigo según la necesidad ejemplar del mismo—: **2.1)** Porque sencillamente atenta contra la dignidad del ser humano al empleársele como objeto en función de los demás. **2.2)** Además de no tratársele como sujeto en razón del margen de elección que él tuvo en el acto que se le reprocha a efecto de poder actuar de otro modo.

Así pues, el principio de culpabilidad —si se le separa de la teoría de la retribución a la que con equívoco se le une— es un medio imprescindible en un estado de derecho para limitar la potestad penal estatal. Más no sólo como freno de los afanes de una retribución desmedida, sino de los de un prevencionismo que anule la dignidad del ser humano o atente contra sus demás derechos reconocidos o garantizados por la C. De aquí que sea un acierto que los nuevos CPC y CPDF y las reformas a los artículos 51 y 52 del CPF reflejen en sus artículos el principio de que la pena se debe ajustar a la gravedad de la culpabilidad. Porque incluso si se anteponen los fines de la paz jurídica y de la readaptación social responsable del inculgado, la medida que modifique el conflicto puede ser menor a la eventual culpabilidad y, además, a través de la sustitución de la sanción, ésta puede ser eventualmente distinta a la clase misma de la pena más severa —como más adelante se verá—; o bien dicha magnitud de la pena consecuente podrá llegar hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad. Pero nunca excederla. En cambio, la distinta fórmula que sostiene que «la culpabilidad del autor es fundamento de medición de la pena» se aproxima a las puras tesis retributivas-preventivas. Pues la primera sólo atiende a la función limitativa de la pena que deriva del principio de culpabilidad. Mientras la segunda quiere admitir dentro de ciertos límites, que por motivos preventivos se sobrepase la pena que sería adecuada a la culpabilidad. Mas la justificación de la pena no depende de la mera conveniencia preventiva. Sino de la justicia que se ajuste a los demás lindes que se derivan de los derechos y garantías que reconoce la misma C. La justicia se reconoce por nuestra C. como un valor fundamental en su artículo 17. Justicia que, por un lado, se predetermina por el legislador en los mínimos y máximos punibles para cada delito —y que ya reflejan de por sí cierta dosis de retribución limitada a la importancia del bien jurídico—, pero por el otro, por la gravedad

de la culpabilidad de la acción que fue objeto del juzgamiento con base en la cual se ha de fijar la pena judicial. Gravedad de la culpabilidad y consecuente magnitud de la pena que a su vez se deben encausar y limitar por los derechos y garantías que reconoce la misma C. y por los que asimismo es posible que aquella pena se evite y se sustituya en aras de la paz jurídica y la readaptación social responsable de la persona.

— II —

### La "peligrosidad social" o la "culpabilidad de autor" y la medición de la pena

Es sabido que a la luz del positivismo criminológico, poco a poco se abrieron paso en México las ideas que pugnaron para que la duración de la pena de prisión estuviera en función de la «peligrosidad» del delincuente y no sólo en razón del hecho cometido. Bajo el amparo de dichas ideas —que se atemperaron necesaria y convenientemente por nuestras normas constitucionales de legalidad y seguridad jurídica— se acogió en México el sistema de las penas de prisión relativamente indeterminadas. Al concederse así en la legislación penal el arbitrio judicial para individualizar la sanción, dentro del mínimo y el máximo punitivos previstos en la ley, conforme a las circunstancias del delito y a las personales del delincuente, según revelasen la «peligrosidad» del delincuente. Ahora bien, en el CPF, el CPDF y el CPC, la «peligrosidad» —que se identificó también en la práctica forense como la «temibilidad» del sujeto— ya dejó de ser un elemento que deba valorar el juez para individualizar la pena.

La «peligrosidad», entendida como *mayor o menor «propensión a delinquir»* (en el futuro), o bien como *«manifestación indeseable de conductas precedentes»* a la que dio pie al enjuiciamiento o *sumadas a ésta*, era un motivo anticonstitucional para graduar la individualización de la pena de prisión. Y ello es así por varias razones jurídicas básicas: **En el primer extremo**, porque de fijarse la pena por una conducta que aún no se realiza y que se pronostica a priori (peligrosidad): por más razonable que pudiere parecer una motivación así, ella viola los principios de tipo penal, responsabilidad y debido proceso que reconoce la carta magna. Y ello es así con base en los artículos 14, 16, 19 y 20 C., en virtud de que ellos evidencian lo siguiente: **1)** Porque la C. faculta procesar y condenar por las conductas típico-penales injustas que se realizaron culpablemente —cuerpo del delito y responsabilidad— que precisamente fueron objeto del proceso. Pero no soporta el juzgamiento por conductas que las personas puedan realizar en el futuro. **2)** Porque en un debido proceso penal, conforme con las diversas fracciones del artículo 19-A C. y a los artículos 16 y 19 de la misma C., a los inculcados les sería imposible defenderse de conductas futuras. **3)** Porque ello conculca, además, la garantía de la exacta aplicación de la ley penal (artículo 14 C.) Ya que es obvio que se inobserva tal indemnidad si se fija o incrementa una pena de prisión con base en una conducta presumida (peligrosidad) y no por la que se juzgó al inculcado y que prevé la ley penal. **4)** En suma, porque la C. exige que la pena —que prevea la ley penal— se imponga por el hecho cometido que se captó exactamente por el delito que prevé la misma ley penal. (Artículo 14 C.) Esto es, por el cual primero se procesa al individuo —como probable responsable— y luego se le juzga y condena —como responsable—. (Artículos 14, 16 y 19 C.) *La Constitución autoriza pues a juzgar y a aplicar penas por delitos cometidos que motivaron el proceso, pero no permite imputarlas, imponerlas o cuantificarlas por los se puedan cometer.* **En el segundo extremo**, porque cuando se valora la «conducta precedente» del sujeto, que ya fue materia de condena irrevocable, para así determinar el «grado» de peligrosidad —o de la ahora llamada «culpabilidad de autor» (en vez de la culpabilidad del acto) y de esta manera incrementar la pena— también se incurre en violación de la C.: **5)** Porque del mismo modo se trastocan las garantías que se motivaron en las líneas anteriores (según las razones en ellas expuestas.) **6)** Porque también se viola la diversa salvaguarda individual que recoge el artículo 23 de la Constitución. Misma que se da en protección de la persona y no en favor del Estado. Pues a nadie se le puede juzgar dos veces por el mismo hecho. Ni tampoco se le debe perjudicar penalmente de manera doble por el mismo motivo. *Non-bis in idem.* Y *el atender a una conducta que ya se juzgó con anterioridad, para así deducir la mayor propensión a delinquir o simplemente la intensidad del reproche (peligrosidad o culpabilidad de autor) y de acuerdo con ello agravar la pena legal o judicial de prisión, es punir al sentenciado —aunque sea en parte— por la misma conducta por la cual antes ya se le juzgó y se le sancionó. Por lo tanto, en el fondo aparece sancionarlo dos veces por el mismo motivo.*

En el error que se crítica incurre la tesis jurisprudencial siguiente, según se ha explicado:

CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incontestable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no.<sup>974</sup>

Ciertamente se podrá aducir que la ejecutoria transcrita no hace más que interpretar el sentido del párrafo primero del artículo 65 del CPF con relación al artículo 52 del mismo código; más aún cuando tal hermenéutica es la que aparece como la más viable según el texto y la ubicación de la norma. Sin embargo, es igualmente verdad que aquella no es la única interpretación posible; y que si esto no se admite así y aquél fuese en realidad el único entendimiento admisible del precepto, él no quitaría entonces el hecho de la inconstitucionalidad de esa norma, porque se estaría autorizando al juez a intensificar la pena de prisión — sean en más días, más meses o más años de cárcel a cargo de las personas— con base en conductas que fueron ajenas a las que les motivó el proceso y sólo por las cuales se les puede lícitamente condenar en ese debido proceso; y sin que la C. autorice —sino que en vez de ello lo prohíbe en su artículo 23— que las conductas ya antes juzgadas y por las que se impuso pena vuelvan a ser materia o motivo en otro proceso para fijar o incrementar otras penas —que a la vez se señalan en la ley para otras conductas—. Esto es la ley y la C. autorizan a punir con las penas que la misma ley prevea para el delito por el cual se juzgue debidamente al inculpado, pero la misma C. de ninguna manera faculta sino que prohíbe que a la persona se le incremente la pena con base en conductas que todavía no comete o que ya fueron objeto para sancionarlo en un proceso anterior. De todo ello se sigue que: La pena —y por supuesto su magnitud— ya no se funda —o no se debería fundar— en la «peligrosidad» que antes prescribía la ley penal al responsable de cualquier delito —o en la que ahora se le pretendería sustentar a través de un simple “cambio de etiquetas” en la llamada “culpabilidad de autor por la conducción de su vida”—. Todo ello sin apego a las razones de un estado de derecho. Pero, además, sin ninguna base consecuente real. Pues se suponía —y se asume— que a mayor peligrosidad —o culpabilidad de autor— mayor pena. La cual, naturalmente, se haría cumplir en los reclusorios donde aquella peligrosidad —o personalidad del autor— se reduciría —o llegaría a transformarse a favor del

<sup>974</sup> Materia: Penal. Tesis de jurisprudencia 76/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de quince de agosto de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros, presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Clave 1A. J.J., Núm. 76/2001. Contradicción de tesis 18/2000. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito 4 de abril de 2001. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

Derecho—. ¿Pero es eso cierto? Porque la propia peligrosidad del sujeto —de haberla— se acrecienta de esa manera —esa es la realidad— en lugar de eufemísticamente disminuirla o eliminarla con la ejecución de la pena según su medida. Sin que nada de eso cambie respecto a la llamada "culpabilidad de autor", pues con la ejecución de la pena de prisión la personalidad del autor de ordinario no se transforma en beneficio de la sociedad sino más bien en su perjuicio, sino es que las condiciones de la cárcel y la excesiva duración de la misma pena de prisión terminen por anular la personalidad contra el derecho a la dignidad humana. Pues cuanto más tiempo se pase en prisión, mayor será la contaminación criminógena de la cárcel y la institucionalización del sujeto. Sin olvidar las condiciones reales de promiscuidad, insalubridad, dificultad de servicios médicos, de carencia de fuentes de trabajo y de educación propias para la dignidad de las personas y para garantizar su eficaz reinserción social y que la propia C. estipula como deber del Estado. Por esos y por otros muchos motivos, siguen aún vigentes las palabras de Giorgio del Veechio, quien en 1947 aseveró: (...) La historia de las penas es, en muchas de sus páginas, tan deshonrosa para la humanidad como la de los delitos.<sup>975</sup>

La única posibilidad constitucionalmente admisible del sentido del párrafo primero del artículo 65 del CPF para que se tomen en cuenta los antecedentes penales del inculcado a efectos de la pena, es que dichos antecedentes —consistentes en sentencias condenatorias ejecutoriadas respecto de delitos de igual naturaleza al que se sentencia— se redirijan al juicio de la culpabilidad —y no así al de la gravedad de la misma—: en cuanto puedan servir para indicar que el sujeto conocía la naturaleza penal del injusto que cometió y, por ende, aquellos datos valgan para sustentar el primer componente de la culpabilidad de la persona, esto es, que actuó con conciencia del injusto penal que cometió. Y ello es así por las razones siguientes: **1)** Porque es evidente que los antecedentes penales de una persona no indican de igual modo si la persona tuvo un margen razonable de elegir conforme a la norma —con lo cual apenas se afirmaría la culpabilidad—. **2)** Porque dichos antecedentes penales menos aún indican cuál fue la magnitud del margen de elección que tuvo el sujeto en el caso concreto, misma que viene siendo la materia propia a indagar para individualizar la pena. **3)** Porque de no entenderse de éste modo, se cae en la ilegitimidad esencial de confundir los datos que sustentan a la culpabilidad con la gravedad misma de esa culpabilidad, cuando es un contrasentido que la culpabilidad pueda por sí misma y sin más fundamentar su propia gravedad. Esto es, el hecho de que los antecedentes penales de una persona le permitan saber con claridad cuáles serán las consecuencias de su conducta si acaso ésta es igual a las que motivaron esos antecedentes, no permite inferir por sí mismo que la persona haya tenido mayor margen de elegir en el caso concreto; pues para ello *habrá que atender a la ausencia o presencia de circunstancias de vulnerabilidad y motivantes del hecho que hubieren ampliado —o en su caso reducido— su ámbito de elección. En suma: el grado de reproche —al menos en los delitos dolosos— no puede descansar en el conocer o poder conocer la ilicitud penal de la conducta sin caer en la ilegitimidad de intensificar la pena de acuerdo con la culpabilidad misma y no con base en su intensidad, dado que el conocer —o la posibilidad de conocer— la ilicitud penal de la conducta ya formó parte del juicio de culpabilidad.* **4)** Y más aún, porque la penalidad ordinaria que prevé la ley no es para

<sup>975</sup> Giorgio Del Veechio, *Sobre el Fundamento de la Justicia Penal*, Editorial Reus, Madrid, España, 1947, pp. 13 y 15.

quienes hubieren tenido la posibilidad razonable de conocer la relevancia penal de su injusto, sino, precisamente, para quienes hayan tenido conocimiento efectivo o eventual de aquella relevancia—. **5)** Porque son cuestiones muy distintas conocer o poder conocer el carácter penal de la conducta que se realiza cuyos extremos se inferirían de los antecedentes penales de la persona —y que sirven para fundamentar el primer componente de la culpabilidad—, a la magnitud del margen que tuvo la persona para actuar de otro modo cuando realizó la conducta que se juzga —y que es precisamente el criterio válido para sustentar la gravedad de la culpabilidad—. **6)** Porque tampoco en la individualización de la pena habrá ya que preguntarse si la persona —sabiendo o pudiendo saber de la ilicitud penal de su conducta— pudo actuar de otro modo, toda vez que esta cuestión está igualmente resuelta con el juicio de la culpabilidad; sino lo que se ha de indagar como materia de la individualización de la pena es cuánto margen tuvo la persona para actuar de otro modo, lo que es distinto. **7)** Porque la gravedad de la culpabilidad se mide por el margen de las posibilidades que tuvo la persona en el caso concreto para conducirse conforme a la llamada de la norma, las cuales aparejan aquellas circunstancias que lo hubieren orillado a cometer el injusto penal, cuestiones éstas que no es posible resolver con base en que el inculcado tenga antecedentes penales que le permitan conocer su injusto. **8)** Porque menos aún la intensidad de la pena puede sustentarse en que la pena de prisión anterior hubiere resultado ineficaz como medida de prevención especial, a menos que el juicio se aparte de lo que dice la ley y autoriza la C., para pretender endosar una garantía del inculcado precisamente en su contra, ampliando el poder punitivo en su perjuicio con base en la incompetencia del mismo Estado en readaptar eficaz y dignamente al sentenciado. **9)** Porque si bien es cierto que a afecto de decidir la conciencia del injusto penal como componente de la culpabilidad —que no de la intensidad de la misma— será relevante el hecho de que la persona ya hubiere cometido otro injusto en condiciones muy similares por el que se le hubiere impuesto pena, porque ello precisamente le permitía saber la ilicitud penal de su conducta; es igualmente verdad que ese conocimiento también se puede inferir de datos muy distintos, como sucede cuando se trata de un delito "natural" sin que en él concurren circunstancias especiales que racionalmente vuelvan inexigible actuar de otro modo, y sin que ese motivo ya fuese suficiente para sostener que —en el caso concreto— el mismo le amplió a la persona el margen de decidir conforme a Derecho, ya que para esto se habrán que tomar en cuenta cuáles fueron las motivaciones personales del autor en el caso concreto que se juzga y sus condiciones de vulnerabilidad por las cuales se pueda valorar de cuánto espacio dispuso la persona para actuar de otro modo.

Una cosa es, pues, valorar que el sujeto pudo actuar de otro modo y otra la es examinar cuál fue el espacio que tuvo el sujeto para actuar de ese otro modo. Es ésta cuestión y no aquella la que debe guiar el arbitrio en la individualización de la pena de prisión.

— III —

### **Las pautas y los límites básicos en la medición de la pena de prisión**

La medición de la pena de prisión se debe pues ajustar a los principios, los fundamentos y los límites que se han enunciado en el capítulo precedente para apreciar la culpabilidad en un estado de derecho. Y muchos de esos límites son válidos para individualizar las penas restantes, aunque por lo pronto me ocupe sólo de trazar

los de la pena de prisión.<sup>876</sup> Todo ello lleva a que en la individualización de la pena de prisión es importante tener en cuenta las pautas y los límites siguientes:

**1) La primera pauta: Se debe evitar confundir a la imputabilidad o a la culpabilidad con el grado de reproche.** De entrada, al individualizar la pena de prisión se debe evitar confundir a la imputabilidad y a la culpabilidad con la materia del grado de reproche. Pues mientras la imputabilidad —como «aptitud» de "comprender" el carácter penalmente injusto de su conducta y la «capacidad» de "auto-determinarse" conforme a esa comprensión— es de ordinario un presupuesto de la culpabilidad —como capacidad para ser culpable— y la culpabilidad es elemento del delito e informa a la responsabilidad penal que como categoría procesal adjetiva a aquella en el Derecho Mexicano. Por su parte, el grado de reproche «mide la gravedad» de esa culpabilidad penal. Así, cuando se establece la "imputabilidad" en un caso concreto, sólo se da el presupuesto para que «pueda» haber "culpabilidad". Esto es, para que luego se entre a ver si hubo culpabilidad. Pero esa culpabilidad —como *elemento del delito*— sólo existirá en *aquel caso concreto cuando el sujeto —siendo imputable al realizar su acción— conoció o pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y, asimismo, actuar conforme a derecho.* Por otra parte, enseguida de declarar la existencia de la culpabilidad, el juez debe individualizar la pena de prisión que ha de sufrir quien cometió el delito, *cuya principal manifestación es determinar el quantum (duración o intensidad) de la pena.* Esa individualización judicial se debe hacer con base, entre otros elementos, en el "grado de reproche" de la conducta del agente. El cual resulta ser la «medida» de la gravedad de su "culpabilidad" y el principal indicador para el quantum de la pena. **Y aquél grado de reproche no se sustenta en la imputabilidad ni en la culpabilidad en sí de la persona, sino en la magnitud del ámbito que esa persona tuvo en el caso concreto para actuar conforme a la norma.**

Por lo tanto: **1.1)** Si *graduar* el reproche es determinar la gravedad de una culpabilidad que ya se dio: dicha gravedad de la culpabilidad no se resuelve porque el agente tuvo la «aptitud» de "comprender" el carácter penalmente injusto de su conducta y la «capacidad» de "auto-determinarse" conforme a esa comprensión, en tanto esos extremos conciernen a la imputabilidad. **1.2)** Así como tampoco se decide porque el sujeto bien «pudo» "conocer" la ilicitud penal de la conducta que realizó y, asimismo, pudo ajustarla a Derecho. En virtud de que tales cuestiones ya se zanjaron al declarar la culpabilidad del agente y, por ende, su responsabilidad penal. **1.3)** Sino que decidir la «gravedad» de la «culpabilidad» es despejar cuál fue la «dimensión» del margen de elección que tuvo el agente en el caso concreto para ceñirse a Derecho. **1.4)** Por ello, la medida de tal margen no se soluciona con la afirmación de que el inculcado bien «pudo» *conocer* la ilicitud penal de su conducta y en vez de ella actuar conforme a la norma; pues de este modo se confunde la afirmación de que el sujeto tuvo margen para elegir según la conciencia del injusto, con la dimensión de tal margen y, por ende, se incurre en la inconsecuencia de que al primer componente de la *culpabilidad* se le asimile con la *graduación* que se hace de su *gravedad*. **1.5)** *De igual manera, una cosa es afirmar que alguien tuvo posibilidad de decidir —como exigibilidad de otra conducta y que es el segundo componente de la culpabilidad— y otra distinta la es*

---

<sup>876</sup> No sólo la pena de prisión, sino todas las demás penas tienen sus propias características, sus pertinentes cercos limitadores y baremos individualizadores que escapan los confines de este trabajo al merecer un trato propio que de por sí reclama una materia que insiste en su trato pormenorizado —que no autónomo—. Penología.

resolver cuánto margen tuvo la persona a tal efecto. Ésta cuestión se zanja «después» de que se declara la culpabilidad del agente. Esto es, enseguida que se determina que la persona tuvo un margen racional para decidir conforme a la norma. Sin que la gravedad del reproche deba sustentarse en aspectos que en realidad sólo indiquen que la persona tuvo tal margen de elegir, es decir, en aquellos que permitan afirmar que el sujeto pudo actuar de otro modo, pero que poco o nada indican de la "magnitud" del margen de elección del cual aquél dispuso para poder actuar de otro modo; cuando precisamente es éste mayor o menor ámbito de elección el que fundamenta la gravedad de la culpabilidad. **1.6)** Y es que la mera culpabilidad no puede fundar por sí misma y sin más su propia gravedad sin caer en la ilegitimidad de la repetición del juicio en perjuicio de la persona. Pasándose por alto que en realidad una cosa es afirmar que el agente tuvo espacio para actuar conforme a derecho y otra la será definir de «cuánto» espacio dispuso aquél a tal efecto. **1.7)** Graduar pues el reproche presupone que ya existe el reproche del cual ahora se tratará de definir su medida. El grado de reproche refleja la gravedad de la culpabilidad penal: donde lo que se pondera son las circunstancias que en el caso concreto ampliaron o disminuyeron el espacio que tuvo el agente para elegir una conducta jurídicamente adecuada. Tomando en cuenta las circunstancias personales y del hecho, pertinentes a tal efecto.

Así pues, la materia a ponderar en la gravedad del reproche, será "medir" la posibilidad que en el caso concreto tuvo el agente de ajustar su conducta conforme a Derecho. Esto es, según la mayor o menor facilidad que tuvo para hacerlo según la motivación en la aberración del injusto y el espacio o margen de decisión del autor en el caso concreto.

**2) La segunda pauta: La conciencia del injusto no es materia del grado de reproche, sino del reproche mismo tanto cuando se trate de plena conciencia del injusto, como cuando se trate de un error de prohibición vencible.** De acuerdo con lo dicho, al evaluar la gravedad de la culpabilidad: **2.1)** No se trata de ponderar la fácil posibilidad que tuvo el sujeto para saber el carácter penalmente ilícito de su conducta, porque esa cuestión pertenece principalmente al juicio de culpabilidad. En tanto que habrá plena conciencia del injusto como primera categoría de la culpabilidad, precisamente cuando se llega a la conclusión de que la persona sabía de la ilicitud penal de la conducta que realizó. Y, asimismo, habrá una culpabilidad ya atenuada por la ley cuando la persona no conocía el alcance penal de su conducta pero si existían condiciones razonables para que ella la conociera cuando realizó su acción. Por ende, en ambos casos apenas estaría dada la primera base para que a la persona se le pueda hacer responsable de la punibilidad ordinaria o atenuada que la ley asigna al delito que se le impute, pero asimismo en ambos casos queda aún por resolver **2.1.1)** si la persona tuvo margen según otras circunstancias **2.1.2)** y de cuánto margen dispuso aquella para actuar conforme a Derecho. Dicho de otra manera: Al resolverse que la persona tuvo margen para actuar de otro modo apenas se termina de establecer su culpabilidad. Mas al disiparse de cuánto margen dispuso la persona —lo cual apareja que antes se solucionó que aquella tuvo margen— se estará ya zanjando la gravedad de su culpabilidad. **2.2)** Por ello, tampoco se trata de que se deba incrementar la pena en virtud de que el saber la ilicitud penal de la conducta debió darle al sujeto más motivos para actuar de otro modo, **2.2.1)** porque de nuevo se está tan sólo fundamentando su culpabilidad —en su primer componente, esto es, la conciencia del injusto penal y la cual es parte del juicio de reproche— pero en realidad no se está fundando el grado del mismo—. **2.2.2)** Y porque ese error implica a la vez un doble juicio en perjuicio de la persona, ya

que con base en él se le agravará la pena a aquella. **2.3)** El que la persona debido a sus antecedentes u otras condiciones personales haya sabido de la ilicitud penal de su conducta o la haya podido saber debido a aquellas condiciones personales, sólo autoriza a determinar los extremos de penalidad que ya fijó el legislador según haya habido conciencia plena del injusto o si sólo hubo un error vencible de prohibición; de tal suerte que si por aquella razón se incrementara la pena se daría una doble calificación a los efectos de la pena por el mismo motivo, la cual sería contraria a la prohibición del artículo 23 C. Más aún, porque si el sujeto actuó sin conocer tal ilicitud penal pero pudiéndola fácilmente conocer, ello ameritará por imperativo de la misma ley una atenuación de la penalidad legal ordinaria. **2.4)** De aquí que la cuestión a elucidar como materia de la gravedad de la culpabilidad no sea el conocimiento efectivo o posible del injusto, sino qué tanto margen tuvo la persona para ajustar su conducta a Derecho con base en datos que no le aparejen una doble calificación perjudicial, lo cual es diferente. De todo esto se obtiene la siguiente pauta.

**3) La tercera pauta: Las circunstancias que fueron materia de las diversas categorías o elementos del delito están excluidas del grado de reproche.** Así como es inadmisibles que el juicio de gravedad de la culpabilidad y el de la trascendencia de la lesión jurídica en aquella se basen en circunstancias no probadas o en conjeturas, prognosis abstractas o en suposiciones adornadas de retórica, o bien en juicios estereotipados o basados en la llamada culpabilidad de autor en vez del quantum del margen concreto para actuar conforme a la norma. *Por igual es inaceptable considerar para el grado de reproche las circunstancias que ya fueron materia de las diversas categorías o elementos del delito para configurar al delito en sí. Ello implica una doble agravación: La que hace previamente el legislador para fijar los límites punibles para ese delito según los elementos que lo integran y la que luego haría el juez por el mismo motivo para individualizar la pena judicial con la consecuente trasgresión del artículo 23 C.* En tal contexto, los tribunales federales y estatales por igual han señalado correctamente, que no pueden servir de base para normar el arbitrio judicial las circunstancias o elementos de cualquier índole ya comprendidos en la descripción legal como constitutivos de delito. Cuenta habida que la agravación de la pena atendiendo a tales motivos, sin duda apareja una doble agravación que vulnera el principio "non bis in ídem" del artículo 23 C. Pues sabido es que las circunstancias o elementos comprendidos en la descripción de los tipos o para constituir el delito mismo ya se les consideró por el legislador en orden a establecer la entidad de la pena legal para el delito que se juzga. De aquí que: **3.1)** Una cosa será el daño o peligro ocasionado al bien jurídico, el cual es elemento del tipo y, por ende, del delito, y otra muy distinta será la trascendencia de esa lesión y según los motivos del activo a tal virtud y su relación con la víctima a efecto de decidir de cuánto margen dispuso para actuar conforme a Derecho. **3.2)** Asimismo: Una cosa será afirmar que el sentenciado quiso apropiarse ilegalmente de la cosa o dañar el patrimonio ajeno, los cuales son aspectos del dolo de robar y por tanto se corresponden a otro elemento del delito, y otra serán los móviles para robar. **3.3)** Y una cosa será afirmar que el activo pudo elegir conforme a Derecho, lo que concierne a su culpabilidad y otra la será sostener que por ciertas circunstancias del caso concreto y de la misma persona tuvo menor o mayor margen de elegir conforme a la norma. **3.4)** La trascendencia de la lesión según los móviles, la relación entre el activo y la víctima, así como las circunstancias que en mayor o menor medida favorecieron o desfavorecieron la conducta conforme a la norma, especialmente, las condiciones de

mayor o menor vulnerabilidad tan de la persona, así como aquellas que circundaron la realización de la conducta y que de manera lógica facilitarían la comisión del delito o bien le dificultarían, han de ser los indicadores para decidir el menor o mayor margen para decidir conforme a derecho que ha de reflejarse en la intensidad del reproche y por ende en el grado de culpabilidad y la magnitud de la pena. Ilustran al respecto la tesis jurisprudencial del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito y la del TSJC, siguientes:

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTÍAS.** De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma "non bis in idem" reconocido por el artículo 23 constitucional.<sup>977</sup>

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE REPROCHE O DE CULPABILIDAD: CONSIDERAR EL DOLO DE ROBAR EN LA APAREJA UNA VIOLACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE AGRAVACIÓN.** Todo delito de robo conlleva para su existencia jurídica el "querer apoderarse de una cosa ajena mueble a costa del patrimonio ajeno". Así se desprende del supuesto legal de dicho delito. Por consecuencia, el tomar en cuenta tal circunstancia constitutiva del dolo en el tipo penal de robo para individualizar la pena de prisión, apareja violar la prohibición legal de doble agravación que consigna el Código Penal. Lo que encuentra su apoyo en el artículo 23 de la carta fundamental del país.<sup>978</sup>

**4) La cuarta pauta: El punto de arranque para decidir el grado de reproche es el término medio de la penalidad legal aplicable.** Los códigos penales federal, del Distrito Federal y de Coahuila —como igual sucede con todos los códigos penales de la república mexicana— omiten precisar desde qué punto —entre los extremos de la penalidad legal de prisión aplicable al delito— debe el juez partir para individualizar la que ha de corresponder al culpable. ¿Deberá el juez partir del mínimo legal punible o bien del máximo legal punible? ¿O bien el punto de arranque deberá ser el término medio de la penalidad legal aplicable o simplemente tal punto de partida deberá quedar al completo arbitrio del juez? Claro que para eludir cualquier compromiso se puede replicar que esas interrogantes son ociosas, porque el juez no tiene por qué señalar el punto del cual parta sino tan sólo tendrá que razonar cómo es que llegó a cierto grado de reproche. Pero esa objeción deja en el aire dos aspectos torales: ¿Cómo es posible llegar a un punto determinado si no se tienen en cuenta los extremos legales del mismo y de que en ellos ya se expresa la mínima y máxima culpabilidad que el legislador tuvo en cuenta para fijarlos? Y el segundo: Debido a la neutralidad de los indicadores que da la ley penal para individualizar la sanción, ellos no permiten saber si se habría de partir del mínimo legal punible o del máximo, según fueren sólo datos que atemperasen o agravasen la culpabilidad. Por otra parte, desde el enfoque de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C., ciertamente la omisión de que se habla es del todo criticable debido a la falta de certeza que esa laguna genera, aunque ella no obsta sino que en realidad impele a tratar de definir cuál debe ser ese punto de partida.

Ahora bien, en la línea de pensamiento que se inicia en el sentido de graduar la medida de la pena legal a partir de la naturaleza e intensidad de la lesión jurídica y de limitar a aquella a la medida de la culpabilidad

<sup>977</sup> S. J. F. y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, diciembre de 1995, Tesis fl. 2°, P. A., J/2, Tomo II, p. 429

<sup>978</sup> TSJC, Sala Penal, T. P. 767/95, sentencia 145/96, 9 de abril de 1996, unanimidad de votos, Antonio Bercheimann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, pp. 443 y ss

individual: es que se debe explicar ahora el funcionamiento de la pena legal relativamente indeterminada. Es decir, del sistema formal que se expresa a través de señalar en la ley los mínimos y máximos punibles para cada delito, cuando la pena sea susceptible de esa graduación. Ya que esos límites expresan la mínima y la máxima culpabilidad que el legislador estima con relación a cada delito y dentro de los cuales se deberá fijar judicialmente la pena de prisión de acuerdo con la gravedad del reproche en el caso concreto. Se trata, pues, de que al principio de "estricta racionalidad y necesidad social de las penas" según ciertas lesiones antijurídicas intolerables, se le añada el principio de establecer a "la culpabilidad humana como límite de la sanción penal en vez de su fundamento". Y, además, el de la proporcionalidad para la "dignidad de las penas", porque como señala Ferrajoli: (...) toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona.<sup>79</sup> Ahora bien: **4.1)** Si la ley señala ciertos datos que el juez deberá tomar en cuenta para determinar la pena de prisión que deba sufrir la persona y aquellos datos son neutrales en la forma que los enuncia la ley, en tanto que en unos casos los mismos datos podrán ser indicadores de un mayor grado de reproche y en otros de uno menor, según hayan incidido en el caso concreto para ampliar o reducir el margen de elección de la persona para actuar conforme a la norma; por consecuencia, el punto de partida para individualizar la pena de prisión no puede ser el mínimo legal punible (lo que supondría que la ley sólo señalaría datos agravantes), ni tampoco puede serlo el máximo legal punible de prisión para el delito que se trate (lo que supondría que la ley solo señalaría datos atenuantes.) **4.2)** Por lo demás, sería del todo irracional y arbitrario dejar tal punto de partida al criterio del juez según él lo estime conveniente, porque el debe tomar en cuenta aquellos indicadores que en el caso concreto tan aumenten el grado de reproche, como también aquellos que lo disminuyan. **4.3)** Porque si tal punto de arranque se ha de definir antes de atender a la gravedad concreta de la culpabilidad, el dejarlo al mero arbitrio del juez significaría una lotería de justicia y un rompimiento del principio de igualdad. **4.4)** Por ello, con base en el principio de igualdad no puede sino partirse del término medio de la punibilidad legal aplicable que reflejaría un grado medio de culpabilidad, pues en abstracto las normas no pueden sino referirse a pautas que reflejen la media general que atiende a todos por igual, para de ahí considerar las distintas y particulares condiciones y motivos que en el caso concreto le hayan ampliado o reducido el margen que tuvo la persona para elegir conforme a la norma cuando realizó la acción por la que se le juzga: tomándose así en cuenta la innegables diferencias y particularidades que median en la acción de cada cual y determinando el quantum de su margen circunstancial y personal de elegir conforme a la norma, completándose de ese modo el acato a la citada garantía de igualdad. Porque ese principio de igualdad se fortalece en la medida que la ley permite tratar en forma diferenciada a los desiguales según la magnitud de la culpabilidad de cada quien.

De todo ello se deriva lo siguiente:

**4.5.1)** Que el grado del reproche es la medida sobre la «gravedad» de la culpabilidad, según el mayor o menor margen que el sujeto tuvo de elegir una conducta adecuada a la norma al realizar su injusto.

---

<sup>79</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 396.

**4.5.2)** El grado de reproche (gravedad de la culpabilidad) se debe orientar hacia arriba del término medio, en la medida que la mayoría o la intensidad de las circunstancias subjetivas y objetivas del hecho que sean pertinentes (relevantes), razonablemente favorezcan que el sentenciado eligiera una conducta conforme a Derecho. Y siempre y cuando falte alguna o más que de manera especial hicieren menos fácil la elección.

**4.5.3)** En sentido contrario, en la medida que la mayoría de las circunstancias pertinentes (relevantes), razonablemente obstaculizaron al agente elegir una conducta jurídicamente adecuada, o haya concurrido una o más de especial intensidad que hicieren menos fácil la elección, el grado del reproche se debe orientar hacia abajo del término medio.

Ello apareja que según la vulnerabilidad del sujeto en el caso concreto —lo que se decide de acuerdo con sus circunstancias personales con relación a su injusto y sus motivos para el mismo, según le amplíen o reduzcan el margen de adecuar su conducta a la llamada de la norma— para aquél podrá significar un mayor o menor esfuerzo la decisión de delinquir. Mientras mayor sea la vulnerabilidad concreta menor será la gravedad de la culpabilidad. Y mientras sea menor la vulnerabilidad concreta, será mayor el margen de elección y la gravedad de la culpabilidad.

**5) La quinta pauta: Se debe evitar el error de resolver el grado de reproche con un concepto matemático de suma y resta de factores a favor y en contra.** Un concepto matemático de suma y resta de factores a favor y en contra ya conlleva de por sí una generalización desventajosa que pugna con la garantía de igualdad. *El grado del reproche se da por la intensidad con la cual en el caso concreto se manifiesten los factores facilitantes de la decisión adecuada y la de los que le obstaculizaron tomarla al sujeto según su situación de vulnerabilidad personal en ese caso en particular, pero no necesariamente por el simple número ni la mera suma y resta de factores concurrentes en uno y en otro sentido.* En Coahuila, la apreciación en conjunto de la "gravedad del ilícito" y la "gravedad de la culpabilidad" determinan al "grado de punibilidad". Con base en el cual el juez debe imponer prudentemente la pena de prisión aplicable al caso concreto. (Artículos 71 a 74 del CPC.) Por su parte, los artículos 52 del CPF y 72 del CPDF aunque se refieren a ambos aspectos, no los dividen en grados sino que los reconducen —correctamente aunque en forma poco clara— al mismo grado (gravedad) de culpabilidad, del cual se deriva el mismo grado (gravedad) del reproche y de la pena. Pero ello no impide y la razón sí exige que así se deba de hacer, a efecto de respetar el principio de congruencia o proporcionalidad entre esos grados y la pena que se fije. Lo que lleva a la pauta siguiente.

**6) La sexta pauta: La pena debe ser congruente con el grado de reproche, pero no es indispensable que la equivalencia sea siempre exacta.** Una vez determinados los grados de culpabilidad y, en su caso, de intensidad (trascendencia) de lesión en el hecho que se desprenda de acuerdo con aquella —por la cual al grado de aquella se le debe reconducir—, éste a su vez determina el grado de punibilidad con base en el cual el juez aplica la pena. En tal orden de ideas surge entonces el «principio de congruencia» entre el grado de punibilidad y la medida de la pena. *El grado de punibilidad (gravedad de la culpabilidad y conforme a ella de la lesión) determina la medida de la pena.* ¿Pero ha de ser la pena «exactamente» congruente con el grado de punibilidad, o hay salvedades al respecto? Los criterios judiciales prevaecientes se reflejan en la siguientes tesis jurisprudencial del Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y la diversa tesis del TSJC:

PENA. SU INDIVIDUALIZACIÓN IMPLICA DETERMINAR EN FORMA INTELIGIBLE EL GRADO DE PELIGROSIDAD DEL SENTENCIADO. Como a la autoridad judicial responsable el Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, en su artículo 59, le impone la obligación de apreciar conforme a su prudente arbitrio, la peligrosidad del sentenciado, ello lógicamente implica que debe determinar en forma inteligible el grado en que la ubica, teniendo en cuenta al respecto que entre la mínima y la máxima, puede expresarse en diversas formas esa graduación, por ejemplo: mínima; levemente superior a la mínima; equidistante entre la mínima y la media; media; ligeramente superior a ésta; equidistante entre la media y la máxima; máxima, o inferior o superior al referido punto equidistante. De manera que es imperativo que en la sentencia el ad quem determine en forma clara el grado de

peligrosidad del inculpaado; lo cual no se cumple cuando al respecto la cataloga simplemente como "superior a la mínima", pues tal locución resulta ambigua y abstracta al no determinar el nivel exacto que indique qué tan próximo o lejano de ese límite mínimo se halla ubicada la misma. Por tanto, viola la garantía individual de legalidad, en perjuicio del quejoso, la indeterminación del grado de peligrosidad aludida, pues se traduce en una deficiente individualización de la pena, que impide dilucidar el aspecto de la congruencia que legalmente debe existir entre el quantum de la pena impuesta y el índice de la peligrosidad del delincuente.<sup>980</sup>

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE PUNIBILIDAD Y PENA IMPUESTA: DEBE GUARDAR RELACIÓN CONGRUENTE CON AQUEL, MAS ES INNECESARIA UNA CORRESPONDENCIA MATEMÁTICA EXACTA.** Esta Sala ha sostenido que la pena que el juez impone, no necesariamente debe guardar correspondencia de precisión matemática con el grado de punibilidad estimado. Ni que el juez sólo deba usar expresiones que conlleven esa precisión rigurosa al fijar el grado de punibilidad. De lo contrario, se violentaría la facultad concedida al juez de ejercer prudentemente el arbitrio judicial al imponer la pena de prisión. La cual debe fijarse en correlación razonable con el grado de punibilidad estimado, pero sin que ello implique exactitud matemática. Ello es así, porque la ley, al referirse al grado de punibilidad omite establecer fórmulas sacramentales para expresar dicho grado en forma matemática rigurosa. Es decir, que predeterminen exactamente la pena en todos los casos, conforme al grado así expresado. Ahora bien, por imperativo de seguridad jurídica, debe existir reciprocidad entre el grado de punibilidad y la pena que el juez imponga. Pero la ley no dice que la equivalencia deba ser a través de expresiones que conlleven adecuaciones matemáticas exactas, siempre y en todos los casos. De aquí que si la ley reserva al juez las palabras que utilice al referirse al grado de punibilidad que fije, según las circunstancias conducentes previamente valoradas, aquella conexión implique una congruencia razonable entre el grado de punibilidad y la pena que se imponga. Así, ninguna duda cabría cuando el juez concluye con un grado "máximo", "medio" o "mínimo" de punibilidad. E incluso cuando emplea la expresión "equidistante" entre "X" y "Y", (expresión, de poco uso en la práctica forense.) Mas en tales casos, las expresiones permiten una correspondencia matemática exacta. Sin embargo, el problema surge cuando el juez emplea expresiones carentes de precisión matemática. Por ejemplo: "entre uno y otro extremo, más cercano a uno, o a otro". Lo que es frecuente. En tales casos, la ley no obliga al juez a usar expresiones que permitan una conversión rigurosa. Pero sí debe reconocerse, por imperativo de seguridad jurídica, que se debe ser lo más específico posible. Y a que la pena que se imponga sea tal, que esté en correspondencia razonable con el grado de punibilidad y los límites legales punibles fijados al delito. Como sucede en el caso, que entre el término medio y el mínimo legal punible, la pena sea más cercana a la pena mínima que a la pena media (como así lo señaló el juez al fijar el grado de punibilidad.)<sup>981</sup>

**7) La séptima pauta: Al aquilatar el grado de reproche se debe partir de datos probados. La valoración del grado de reproche ha de basarse en datos personales y circunstancias del hecho que estén acreditados.** Ya que es preciso que el raciocinio parta de datos probados. Así pues, son inadmisibles las simples hipótesis o especulaciones. Las imaginaciones, las suposiciones y los argumentos puramente retóricos sin sustento en prueba son arbitrarios y se toman autoritarios violando la garantía de debida motivación del artículo 16 C.

**8) La octava pauta: Sólo se deben tomar en cuenta los datos conducentes o pertinentes.** Se debe evitar el error de intentar aquilatar siempre el grado de reproche con base en todos los indicadores legales que prevén los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 72 a 75 del CPC. Ya que es incorrecto pensar que para ponderar la gravedad de la culpabilidad y la gravedad de la lesión jurídica conforme a aquella, se deban valorar siempre todas las circunstancias subjetivas y objetivas que se mencionan en la ley para tal efecto, porque en realidad sólo es preciso que se ponderen las que, acreditadas, aparezcan como racionalmente "pertinentes" o "relevantes" a aquella virtud. Así, los artículos 69 y 70 del nuevo CPC regulan que el juez sólo atenderá a los datos "pertinentes". Lo mismo se deriva de los artículos 52-VII del CPF y 72-VII del CPDF, al preceptuar que el juez atenderá a: (...) las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean «relevantes» para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.<sup>982</sup> Esto implica entonces una valoración adecuada del caso concreto, con base en los datos que estén probados y que realmente conduzcan a motivar de manera racional el grado de punibilidad en cuanto facilitaron más —o bien menos— la decisión correcta. Luego entonces:

<sup>980</sup> S. J. F. y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, agosto de 1996, Tesis IX, 2o, J/3, Tomo IV, p 514.

<sup>981</sup> TSJC, Sala Penal, T. P. 674/96, sentencia 700/96, 8 de octubre de 1996, unanimidad de votos; Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Testes Penales, Actualización I*, op. crt., T. II, pp. 433 y 434.

<sup>982</sup> Los corchetes son míos.

**8.1)** Al apreciar la gravedad de la culpabilidad y de la trascendencia de la lesión jurídica a tal virtud, el juez debe citar y motivar nada más los datos «pertinentes» o «relevantes» al mayor o menor influjo que tuvieron en el agente para decidir conforme a la norma. **9.2)** El juez no está obligado de ningún modo a analizar todas y cada una de las circunstancias que en abstracto sirven de indicadores legales para ponderar el grado de punibilidad, si es que alguna o algunas de ellas a) carecen de sustento probatorio, b) o son inconducentes, c) o bien, son ambivalentes para normar el arbitrio.

En tal sentido se expresan las tesis siguientes:

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, ESTUDIO DE LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA.** No puede afirmarse que el ad quem infringiera lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal y que hubiera dejado de tomar en cuenta las testimoniales de buena conducta ofrecidas en favor de la inculpada, o su educación, ilustración o costumbres, por el hecho de que al razonar sobre la peligrosidad (o culpabilidad de la inculpada) y respecto de las penas a imponer, no se hubiera hecho mención especial con relación a cada una de esas circunstancias, dado que la labor de individualización judicial de las sanciones aplicables, consiste en un razonamiento lógico-jurídico tendiente a justificar el porqué la autoridad jurisdiccional se inclina a establecer, en su caso, determinado grado de peligrosidad del agente, pero ello como producto de un análisis general y previa confrontación entre aquellos factores que beneficien al reo, y los que le perjudican. Por consiguiente, bastará con hacer mención de los aspectos que sobresalen y que en el caso de que se trate revisitan verdadera importancia ya sea para agravar o para atenuar la sanción, mas no existe razón lógica para enfatizar aquellos factores irrelevantes o ambivalentes en ese caso particular, que no aporten ningún dato eficazmente cuantificable para efectos de establecer la peligrosidad, que era la base para la determinación de las penas hasta antes de las reformas a los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, con vigencia a partir del 1o. de febrero de 1994 (o la culpabilidad del autor y magnitud del hecho, que constituyen la base para la imposición de las penas). Por tanto, si en el caso a estudio el Tribunal de apelación señaló atinadamente como factor preponderante, la extensión del daño causado, por constituir esto una circunstancia exterior de ejecución del delito, de la que se puede inferir también la temibilidad del autor, según la legislación aplicable en la fecha de hechos, y ello le permitió imponer una sanción acorde a una peligrosidad equidistante entre la mínima y la media, resulta irrelevante el que no se hiciera un estudio especial y pormenorizado sobre la educación, costumbres o actuar precedente de la acusada, puesto que estas circunstancias aun cuando concurren no desvirtúan, ni compensan o desvanecen el diverso factor negativo (extensión del daño) que, sin duda, permite estimar aplicable una mayor medida punitiva con todo y que se cuente con factores favorables y aun cuando no se hubieran expresamente tratado, pues ello no quiere decir que no hubieran sido tomados en cuenta por el juzgador.<sup>983</sup>

**PENAS, SOLO DEBEN ESTUDIARSE LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA FIJACIÓN DE LAS.** No ha existido ni existe obligación del juzgador de aludir o citar en su resolución todos aquellos aspectos existentes en el campo de la posibilidad y en abstracto (los que como mera enumeración ejemplificativa de factores de agravación o atenuación de la ilicitud y de la culpabilidad están contenidos en el actual artículo 52 del Código Penal Federal) que eventualmente puedan influir para individualizar una pena; y de explicar siempre por el método de eliminación, la razón de por qué no debe atenderse a todas ellas, sino que por el contrario, el órgano judicial sólo tiene el deber de citar aquellas circunstancias del agente o del hecho delictuoso que justifiquen el porqué de un menor o mayor reproche (culpabilidad), y la aplicación de la sanción correspondiente, razonando en cada caso el motivo de la agravación o de la atenuación del quantum de la pena a que se hubiera hecho acreedor el enjuiciado.<sup>984</sup>

**9) La novena pauta: Los datos personales del inculcado solo se pueden aquilatar en su favor.** A efecto de determinar el grado de reproche se debe atender a los indicadores legales que señalan los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 72 a 74 del CPC. Dentro de los cuales están los datos personales del sentenciado, lo cual motiva la interrogante siguiente: ¿Qué acaso esa exigencia legal no contradice la idea (sostenida aquí) de que la pena se debe basar en la gravedad de la culpabilidad del acto y no en la del autor? Ya que tal culpabilidad de autor precisamente se sustenta en la personalidad del mismo o lo que él ha hecho de su vida (según se desprendería de sus datos personales —y respecto de los cuales, en su caso, se incluirían sus antecedentes penales—.) Sin embargo, es indudable la respuesta negativa a esa pregunta y a esas consideraciones, al menos si se quiere respetar los límites que la C. le impone al poder punitivo del Estado y a la vez ser congruentes con las aspiraciones a un estado de derecho donde se honren los derechos esenciales de las personas reconocidos por la misma C. Y porque es perfectamente posible interpretar aquellas

<sup>983</sup> Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Parte II, Julio de 1995. Tesis II.2o P.A.7 P. Página: 240. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 1032/94. Josefina de las Mercedes Gutiérrez Gutiérrez. 2 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro.

<sup>984</sup> Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Parte II, Julio de 1995. Tesis II.2o P.A.6 P. Página: 258. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 1032/94. Josefina de las Mercedes Gutiérrez Gutiérrez. 2 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro.

previsiones legales de acuerdo con dicha visión garantista. En efecto, *los datos personales o la personalidad del sentenciado se podrán aquilatar para individualizar la sanción siempre y cuando ellos reflejen la especial vulnerabilidad en que dichas circunstancias personales colocaban al sujeto respecto a su margen de elección; de tal suerte que aquellas se tomen ya no para agravar tal culpabilidad y la pena consecuente, sino precisamente para lo contrario, para disminuirla, pues al proceder de esa manera quedan ya sin sustento las objeciones de que se emplee a la llamada conducción de la vida como motivo para agravar la situación penal de la persona, en tanto aquellos motivos fungen para atenuar dicha culpabilidad y la pena consecuente.* Por lo que para tal efecto habrá que estimar esos indicadores no en función de la mayor o menor facilidad del sujeto para saber en el caso concreto de la ilicitud penal de su conducta y la cual sólo sirve para decidir la culpabilidad más no para medir su gravedad; sino del menor margen que en el caso concreto tuvo el sujeto para ajustarse a la norma y decidir el injusto que realizó.

Es cierto que contra las razones expuestas cabría aducir que los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 72 a 74 del CPC no restringen al juez a que sólo deba tomar en cuenta los datos personales o antecedentes del sujeto en la medida que le hayan reducido el margen de decidir conforme a Derecho; por lo que si la ley no distingue, no cabría hacer esa restricción y también cabría considerar la conducta precedente del inculpado o sus datos personales que en el caso concreto hayan favorecido una conducta conforme a Derecho para ampliarse así la magnitud de la culpabilidad y de la pena consecuente. Sin embargo, a esa hermenéutica habrá que oponérsele que toda interpretación debe orientarse a hacer congruo en lo posible el entendimiento de la ley con los derechos que reconoce la C. y con las garantías que la misma establece. (Interpretación contextual democrática.) Y en tal sentido, es un hecho que los artículos 14, 16, 19 y 20 de la C. sólo autorizan imponer penas con base en la conducta por la cual la ley prevé como delito y es materia del enjuiciamiento, sin que esos artículos permitan agravar esas penas de acuerdo con aquellos datos personales que más bien ya son expresión de la vida libre en sociedad de aquél sujeto y que protege nuestra C.; como tampoco el artículo 23 C. permite imponer o agravar las penas de acuerdo con conductas precedentes que ya fueron juzgadas con anterioridad y las cuales, además, no fueron materia del proceso.

La edad, la educación, el medio social o laboral y las condiciones económicas son indicadores de la personalidad, más ellos se han de tomar en cuenta en cuanto sean pertinentes o relevantes porque hayan reducido el margen de elegir conforme a la norma. Es distinto a que alguien agrede por un motivo nimio a que lo haga por una ofensa relevante para el mismo agresor (inculpado) en su ámbito socio-cultural. La pobreza y las diferentes culturas y subculturas en una sociedad tan desigual y con grandes marginaciones como la mexicana llevan al sujeto a comportamientos grupales o individuales inducidos por sus medios, sus circunstancias subculturales y sus roles en el grupo al que pertenezcan. Fenómeno que en muchos aspectos también se reproduce en sociedades de naciones más desarrolladas. Esos medios, circunstancias subculturales y roles en el grupo también pueden reducir el margen de elección o por el contrario darle a la persona menos motivos para asumir la conducta elegida. En la visión inconstitucional de una culpabilidad de autor, la conducta precedente, la subcultura "diferente" y las condiciones mismas de desigualdades socio-existenciales distintas a las que la autoridad considere "decentes" o socialmente "correctas" serán motivos para

agravar el reproche. Y ello no significa más que ser congruente con una autoritaria selectividad criminalizante desde el poder, desconociendo las desiguales condiciones sociales y las diferencias inherentes de cada ser humano, con lo cual se incurre en una postura tan selectiva como discriminatoria en contravención con lo que prohíbe el párrafo tercero del artículo 1° de la C. Cuando las primeras son y serán desigualdades de toda sociedad libre que ninguna C. y ninguna ley respetuosa de los derechos humanos puede sancionar, sino por el contrario respetar, porque cuenta con ellas cuando parte de una sociedad de seres humanos libres. Y porque sin intentar regular aquellas desigualdades, la misma C. sí aboga porque se reduzcan las que se den entre las personas cuando ellas se traducen en desventajas derivadas de la insatisfacción misma de derechos constitucionales —individuales o colectivos— plasmados en la propia C.: salud, educación, trabajo, salarios justos, dignidad, acceso a la justicia y a los servicios públicos elementales, etc. Porque en buena medida la selección criminalizante y discriminatoria parte de estereotipos negativos dentro de los cuales se encuadra al sujeto según sus datos personales. Olvidándose que, precisamente la coincidencia real con esos estereotipos negativos indica en muchos casos un menor margen de elección.

Por otra parte, habrá que distinguir los datos personales tales como la edad, la educación, el medio social, la religión, la filiación política, las condiciones económicas y culturales en general de la persona, de las circunstancias concretas externas que motivan a actuar en cierto sentido a la persona según su propia condición personal, porque éstas circunstancias externas si se pueden tomar en cuenta para apreciar que la persona dispuso de mayor margen para actuar conforme a la norma y en tanto aquellas circunstancias ya no son propiamente datos personales, aunque de hecho se relacionen con frecuencia con estos. Y es que en la realidad los roles que las mismas subculturas y los grupos imponen a la persona fungen en gran medida como indicadores de su margen de elección, incluso en personas que pertenecen a grupos socialmente "correctos". Pues mientras más presiones interactivas haya para el rol de la persona, es muy probable que esas tensiones reduzcan su margen de elegir en el caso concreto. En la perspectiva de una culpabilidad de acto ajustada a los límites que imponen los derechos y garantías constitucionales, aquellos datos "personales" en la medida que hayan imbuido a la persona en un rol presionante que luego desembocó en el injusto, deben reducir el grado de reproche de la conducta objeto del enjuiciamiento. El mismo artículo 9° de GPC considera de por sí a la edad menor a dieciocho años como razón suficiente para atenuar la punibilidad legal para todos los delitos (en Coahuila la edad penal se da desde los dieciséis años): y el mayor número de delitos se comete por jóvenes de entre dieciocho y treinta años, dato que criminológicamente está probado como un indicador de mayor vulnerabilidad del agente que favorece la elección injusta reduciendo el margen de la misma. Y ello es muy distinto a que se tomen los datos personales del inculpado como mero motivo para agravar su culpabilidad, si acaso ellos no son claramente conducentes para reflejar la mayor facilidad de elegir conforme a la norma por falta de algún motivo presionante o de la grave presunción del mismo.

Por lo demás, una gran parte de los delitos violentos tiene asidero en relaciones sociales, grupales o familiares conflictivas. Los homicidios o las lesiones por relaciones abusivas o presiones motivacionales de muy diversa índole ocupan un buen espacio en el universo de la criminalidad. Desde los delitos pasionales y los originados como respuesta motivacional derivada del grupo al que se pertenece o por el rol social asignado, hasta los

delitos por maltrato familiar que se dan tan hacia dentro como hacia fuera de los núcleos de presión o de conflicto. E incluso una porción la ocupan los delitos que cometen personas en situaciones difíciles y extraordinarias para las cuales aquellas no están preparadas mental o emocionalmente, precisamente, por vivir una vida normal y dentro de la legalidad, donde la crisis existencial orilla a personas a salvarla a través de un delito. Y es que incluso en los casos en que el juicio de culpabilidad haya llegado a la conclusión de que tan no se pueda afirmar que el sujeto conocía de la ilicitud penal de su conducta, como que sí había condiciones razonables para que la pudiese conocer y estando ya así dentro de la culpabilidad atenuada, todavía sí podrá evaluarse si en tales casos había más o menos margen de elección en la medida que la circunstancia motivacional o de presión sea más o menos intensa; así como menor será la fuerza motivacional de la norma, mientras sea más amplia la presión grupal o la marginación social; esto es, la vulnerabilidad de la persona en las circunstancias concretas de la conducta que se juzga. Y ello sin contar aquellos casos donde es escaso el influjo motivador de la norma penal bien sea por la nula observancia de la norma en el ámbito social o bien debido a la exigua o confusa difusión de cuáles conductas son las realmente prohibidas por la ley penal.

**10) La décima pauta: La motivación del grado de reproche debe ser respetuosa de los derechos humanos del inculpaado que reconoce la misma C.** Como ineludible derivación de todo lo anterior, la debida motivación de los datos no nada más debe ser respetuosa del artículo 16 C., sino, además, de todos los derechos humanos del inculpaado que reconoce la misma C. De aquí que es inválido hacer consideraciones en atención a prevenir las conductas de otros o conforme a las conductas de otros en lugar de la del sentenciado y conforme a las cuales él habría de haberse ajustado. Y ello es como se indica: **10.1)** Porque fundar la gravedad de la culpabilidad en consideración a otros y no en atención a la acción que realizó el mismo inculpaado, ya significa veladamente pasar por alto que el juzgamiento es por aquél acto, que es a lo que nada más autoriza el artículo 14 C. y no en atención a que sea una medida ejemplar para otros. **10.2)** Porque igualmente el sancionar al inculpaado conforme a cómo otro se habría comportado en su lugar, apareja punir al inculpaado por lo que otro como él podría haber hecho y no por lo que él precisamente no pudo hacer. **10.3)** Porque asimismo aquellos criterios aparejan lesionar la dignidad del inculpaado como persona y desconocer su autonomía como tal, atentando por añadidura contra su garantía de igualdad al no reconocer las innegables diferencias entre cada cual y de las motivaciones en cada acción. Por lo tanto, los datos de que se parta deben conducir a una conclusión jurídico-racional que evite las inconsecuencias de juzgar de acuerdo a como hubiere actuado la persona promedio, porque entonces se estará juzgando en consideración a los demás, en vez de estimar cuál es la medida de la propia culpabilidad del sujeto.

Sin embargo, ello no significa que no puedan hacerse consideraciones de vulnerabilidad del sentenciado que desde el enfoque constitucional o legal apareje que su condición personal refleja el incumplimiento de derechos fundamentales que presumiblemente haya favorecido su decisión de delinquir, más en tales casos lo que se hace es tomar en cuenta aspectos personales que racionalmente disminuyen el grado de reproche y que, por tanto no derivan en su perjuicio. Aún así, es muy pobre en la práctica, por no decir inexistente, el cuidado debido de los sujetos procesales para procurarse los más datos posibles y útiles para medir la gravedad de la culpabilidad. Y es muy difundido el que se acuda a formas de expresión estereotipadas que en

nada o poco valoran realmente acerca de ese grado en el caso concreto e individual. Más aún, cuando en la sentencia se citan de manera indiscriminada todas las circunstancias que se tienen a la mano, aunque carezcan de prueba suficiente o sean inconducentes para decidir sobre el grado de culpabilidad y de la trascendencia de la lesión jurídica. Y luego, sin distinguir y sin que se sepa exactamente cuáles son en verdad los datos concretos que originan la motivación judicial en esos extremos (misma que también se omite con frecuencia), se dice cuál es la gravedad de la culpabilidad y la del ilícito. Ejemplo de criterios que se basan en el respeto de los derechos reconocidos por la C., o que basándose en datos personales no redundan en perjuicio del individuo son los de las tesis siguientes:

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. FACTORES QUE DISMINUYEN EL GRADO DE REPROCHE O DE GRAVEDAD DE LA CULPABILIDAD (DELITOS PATRIMONIALES).** Por regla general en los delitos patrimoniales, la instrucción hasta sexto grado de primaria del agente y el tener un ingreso de ciento veinte pesos semanales, disminuye su margen de elección. Pues la escasa instrucción escolar sin cumplirse siquiera con la aspiración de la Constitución y que ésta erige como garantía en el artículo 3º constitucional, aunada a la precaria situación económica del activo para atender a sus necesidades, así como a las de otras dos personas, tomando en cuenta el costo actual de los bienes y servicios, son conducentes para dificultar elegir una conducta conforme a derecho en delitos de aquella naturaleza.<sup>985</sup>

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE CULPABILIDAD. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES QUE LO ATEMPERAN: DISMINUIDA SITUACIÓN SOCIAL, CULTURAL Y ECONÓMICA DEL SENTENCIADO.** Esta Sala ha sostenido reiteradamente que el disminuido marco social, cultural y económico de un inculpado son factores relevantes que dificultan elegir la conducta jurídicamente adecuada en los delitos contra el patrimonio en los que se desprenda razonablemente la presunción de que el móvil fue cierto apremio económico derivado de aquellas condiciones. Y si al momento del hecho el inculpado tenía 19 años de edad y no obstante apenas contaba con instrucción hasta segundo año de primaria con un ingreso semanal de ciento ochenta pesos fijos, dependiendo de él dos personas que son sus padres que no se hallan en condiciones de trabajar, es claro que esos datos son pertinentes para disminuir y no para aumentar el grado de reproche, dada la condición de vulnerabilidad que le facilitó la elección contra la norma en el caso concreto.<sup>986</sup>

**11) La undécima pauta: La "gravedad del ilícito" como parte del grado de reproche debe referirse a la trascendencia del daño y no al daño mismo, así como a los motivos para la misma.** Tan de los artículos 52 del CPF y 72 del CPDF, como del artículo 71 del CPC también se desprende otro extremo especial que hay que atender al individualizar la pena de prisión:

Es el análisis de la «gravedad del ilícito» en el caso concreto. El que se debe apreciar según los factores que influyeron en la decisión de la persona con relación a la intensidad de su injusto y de las consecuencias del mismo que por tal virtud aquél pudo más o menos fácilmente conocer y se vio impulsado a realizar. ®

Así, al afirmar el grado de culpabilidad no se deja de lado la magnitud del injusto, porque la culpabilidad no puede sino asentarse sobre un injusto a cuya intensidad se debe ajustar el reproche con las condiciones siguientes: **11.1)** El injusto se debe atender sólo en la medida de la mayor o menor trascendencia de la afectación al bien jurídico lesionado en el caso concreto según los motivos de decisión del autor y la perspectiva del sujeto respecto de esa trascendencia en el caso concreto. **11.2)** No se trata entonces de la calidad o entidad genérica del bien lesionado, sino de los efectos del daño o del perjuicio en el caso concreto que al autor le eran más o menos conocibles y de las motivaciones de dicho autor con relación a aquellos. Ello quiere decir que desde que el injusto dejó de ser meramente objetivo —que se correspondía con la visión causal de dividir al delito en elementos objetivos y subjetivos donde aquél era objetivo y la culpabilidad subjetiva— ahora es posible hablar de un injusto personal, donde las circunstancias personales y los motivos

<sup>985</sup> TSJC T.P. 140/96 Sentencia 415/96. 27 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, p. 480

<sup>986</sup> TSJC T.P. 332/96, Sentencia 597/96. 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, pp. 477 y 478.

de decisión juegan papel importante para aquilatar las consecuencias indeseables más allá del mismo injusto que eran más o menos conocibles a la persona con motivo de su acto y decidir así como el grado material de tal injusto ha de influir en la medida del margen que tuvo la persona para elegir conforme a la norma. **11.3)** El mismo motivo puede ser o no ser trascendente para atenuar el grado de reproche según la magnitud del injusto. Más ésta intensidad del injusto no consiste en el mismo injusto (considerándolo en abstracto o en concreto pero de manera estereotípica), sino que aquella magnitud se aquilata según el concreto trastorno al ofendido o víctima; esto es, según la «trascendencia concreta» de los daños materiales y morales causados con la conducta del responsable respecto al ofendido o víctimas en particular y que aquél estuvo en condiciones de prever, al igual que la relación del agente con el ofendido o víctima y el influjo de tal relación en la comisión del delito; lo mismo que la gravedad del peligro afrontado en el evento concreto. Sólo de esa forma y en tales aspectos es jurídicamente viable ponderar la «gravedad del ilícito» en el caso concreto, es decir, si es que se toma en cuenta y se valora de manera racional, la "trascendencia" de daño en concreto —sin olvidar que una cosa es el daño y otra la es la trascendencia del mismo— y la forma en que las circunstancias vinculen al ofendido o víctima con el inculpaado y dándole menos o más motivos para ajustar su conducta a la norma. De aquí surge la necesidad de evitar otro yerro: **11.4)** Pues si para apreciar el grado de reproche se toma en cuenta por ejemplo la abstracta importancia de la lesión al bien jurídico, se estará incurriendo en doble agravación toda vez que aquella importancia de la lesión ya se consideró por el legislador para fijar los límites legales punibles; y, además, se desatiende una interpretación consecuente con los fundamentos y límites de la pena con base en la gravedad del ilícito y de la misma culpabilidad que sólo pueden apreciarse en el caso concreto en relación con aquellos indicadores. Las tesis siguientes del TSJC son ilustrativas al respecto:

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE LESIÓN JURÍDICA SEGÚN LA TRASCENDENCIA DEL DAÑO.** La trascendencia del daño a que se refiere el artículo 104 del Código Penal, como indicador para valorar la gravedad del delito, debe interpretarse con relación al impacto económico y moral que se hubiera producido para el ofendido y las víctimas y no como la afectación social que en abstracto genera el delito.<sup>987</sup>

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRAVEDAD DEL ILÍCITO COMO ELEMENTO PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA, NO DEBE CONFUNDIRSE CON LA LESIÓN JURÍDICA COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL.** El a quo violó lo dispuesto en la fracción II del artículo 104 del Código Penal, al omitir ponderar el grado de gravedad del ilícito, por considerar que éste es captado por la modalidad aplicada al tipo del delito de robo. Confundió así la lesión jurídica como elemento del tipo penal de acuerdo con el artículo 11 del Código Penal, con el grado de la misma. Que de conformidad con lo dispuesto en la fracción II del artículo 104 del mismo ordenamiento legal, debe valorarse de acuerdo con los indicadores legales que la ley señala para tal efecto, según la mayor o menor trascendencia de los daños producidos. Si se hiciera abstracción de la trascendencia del daño, para atender al daño por sí mismo, es claro que se violaría el artículo 107 del Código Penal. Pues la lesión jurídica constituye un elemento del tipo penal que ya tomó en cuenta el legislador para sancionar el hecho con un mínimo punible. De tal suerte que si se tomara en consideración de nuevo para incrementar la pena, se violaría, además, el artículo 23 constitucional, al sancionar dos veces por el mismo motivo. Sin embargo, tal violación es inexistente cuando se atiende a la trascendencia del daño. Pues en este caso, lo que se pondera es esta trascendencia y no el daño en sí.<sup>988</sup>

Por último, no es ocioso destacar que el CPC distingue con claridad los principales factores que el juez deberá atender para decidir la gravedad de la culpabilidad, de los datos conducentes para valorar la gravedad de la

<sup>987</sup> TSJC T.P. 14/95. Sentencia 191/96. 07 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Berchermann Anzpe y Efrén Ríos Vega. *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T II, p. 510.

<sup>988</sup> TSJC T.P. 346/96. Sentencia 607/96. 03 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Berchermann Anzpe y Efrén Ríos Vega. *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T II, pp. 508 y 509.

lesión jurídica (que a final de cuentas han valorarse a la luz de la magnitud de dicha culpabilidad). Regulando las circunstancias por aparte, lo que no hace el CPF.

**12) La duodécima pauta: No es admisible valorar la gravedad del ilícito en los delitos culposos.** Igualmente es dable mencionar que en los delitos culposos el CPF, el CPDF y el CPC correctamente omiten referirse a la «gravedad del ilícito o lesión jurídica» para que el juez pondere el grado de reproche. Ello es un acierto toda vez que en los delitos culposos el desvalor del hecho no reside para casi nada en el resultado —cuya intensidad depende en cierta medida del azar (y donde aquella ya de por sí tiene consecuencias en la pena legal)— sino que estriba esencialmente en la magnitud de la culpabilidad del sujeto al quebrantar la norma de cuidado en el caso concreto y sólo indirectamente en la menor o mayor posibilidad que aquél tuvo de prever el daño concreto que resultó. Y, por lo tanto, la gravedad del desvalor del hecho reside de manera principal en el mayor o menor margen que tuvo el sujeto en el caso concreto para conducirse conforme a Derecho según el riesgo no permitido que generó con su conducta y las circunstancias que mediaron para asumirla y motivar la conducta que asumió. Y, asimismo, porque —como ya se dijo— a la gravedad de la lesión jurídica ya se le toma en cuenta por el legislador en la medida de la pena legal. Por otra parte, el CPC distingue también circunstancias especiales atenuantes y agravantes, según sea delito doloso o culposo. Por todo ello no es ocioso insistir en que:

La gravedad de la culpabilidad y, por ende, la medida de la pena, estibarán en el mayor o menor margen de elección que el sujeto tuvo en el caso concreto para autodeterminarse en sentido contrario a la conducta prohibida y, además, en los delitos dolosos, según la trascendencia de la lesión jurídica que decidió originar y los motivos que influyeron en esa decisión. Todo ello, de acuerdo con las circunstancias que sean "pertinentes" ("relevantes") a tal efecto, y sólo conforme a esas circunstancias. Además, sin incluir las que sean materia de cualquier presupuesto o elemento del delito que se cometió para evitar la doble agravación y excluyendo conductas precedentes, las que, además, no fueron materia del proceso ni de la acción que se juzga y por la que se fija la pena.

#### — IV —

### Los fines constitucionales de la pena y las penas alternativas (Sustitutivos penales)

La impartición de Justicia que conlleva la pena en todo evento se acota por la gravedad de la culpabilidad. Pero, además, la pena se debe limitar como medida estrictamente necesaria para cumplir los fines que le asigna el artículo 18 C. al "sistema penal".

En efecto, ya antes se señaló que el "sistema penal"<sup>988</sup> —y no sólo el penitenciario— de acuerdo con el mismo artículo 18 C. implica en el ámbito penal a un conjunto de instituciones jurídicas penológicas que miran al fin de readaptación social. Es esa garantía la que en mi concepto legitima acudir a vías y medidas alternativas a la prisión para procurar o facilitar la socialización responsable. Dichas instituciones jurídicas se sustentan —entre otras— en bases racionales que se orienten «del y hacia el trabajo y la educación» —como promotoras de esa incorporación social responsable—. De ello se sigue que podrá ser lícito quedar incluso por debajo de la pena de prisión adecuada a la culpabilidad. Pues si bien es cierto que para una teoría retributiva consecuente está

<sup>988</sup> Sobre los alcances de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10. En ese "sistema" se incluyen, entre otros, a los subsistemas relacionados con las conminaciones penales, la procuración y la administración de justicia penal, la aplicación y la ejecución de sanciones, según se explica en este CAPÍTULO y el siguiente. Otros subsistemas relacionados son el de menores infractores y de policía preventiva.

prohibido tal proceder. Ya que significa que se renuncie parcialmente al sufrimiento penal compensatorio. También lo es que esa visión de sumar un mal a otro mal está superada para el Derecho Penal —según los principios de intervención mínima del poder punitivo, el de estricta racionalidad de las penas y el de readaptación social—. Es por éste fin constitucional y esos principios que las alternativas a la pena de prisión están permitidas e incluso son necesarias, aun cuando la ley prevea pena de prisión para el delito de que se trate, si es que en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves adecuadas a la garantía de readaptación social responsable del sentenciado. Es preciso pues, traer de nuevo a colación la idea de prevención positiva: Pero como aquella que tenga la función limitadora que deviene de los ideales del estado de derecho para servir de freno a los excesos de la prevención general y especial. Y que, por ende, puede funcionar en los distintos momentos en los que se manifiesta el poder punitivo del Estado. De tal manera que la garantía de readaptación social —entendida como conjunto de normas jurídicas e instrumentación material que el Estado ha de implementar para que haga posible la integración social responsable del individuo— pueda funcionar no nada más durante la ejecución de la pena de prisión, sino —mucho mejor— antes o en vez de ella mediante otras medidas diversas a la de prisión o a través de los sustitutivos penales.

Los delitos de pena distinta a la de prisión y los de pena alternativa a la de prisión, al igual que la condena condicional y los sustitutivos penales se corresponden directamente con aquella concepción en relación con la evitación de la pena de prisión para el logro de la integración responsable del sentenciado a la sociedad. Más la reparación del daño también puede entrar aquí de nuevo en juego como suficiente para lograr la paz social en delitos no graves y promover un auto-ajuste social responsable del sujeto manteniéndolo libre en sociedad. Más aún si se le emplea como medio y medida para evitar el proceso o concluirlo de manera anticipada. Por lo demás, podrá ser cierto que cuando se aplica la pena alternativa o un sustitutivo penal se prescinde en parte de las implicaciones que trae consigo un principio de culpabilidad que vea a la pena como fin en sí mismo, para en vez de ella verla como un medio que, a la vez que procure la mínima violencia contra los —real o presuntamente— desviados, modifique el conflicto en búsqueda de una solución que permita el ajuste auto-responsable de la persona en sociedad. Y en tal sentido, también es verdad que la pena alterna o el sustitutivo penal igual cumplen con una garantía individual que es la de facilitar la incorporación social responsable del sentenciado. Con lo cual se actúa de manera congrua con el fin que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. Sin que a ésta garantía le sea oponible el principio de culpabilidad a efectos de una mera retribución irracional, ni para satisfacer las necesidades de prevención general o especial sin más, toda vez que ellas mismas están limitadas por los cercos garantizadores de la Constitución. Sin embargo, es igualmente cierto que antes que eso, cuando se llega a condenar por delitos de pena alterna a la de prisión o en los que en virtud de la pena judicial impuesta proceda algún sustitutivo penal, para decidir su procedencia no se puede desechar la culpabilidad. Por el contrario, hasta después de declarar su existencia y medir la gravedad de ella en la sentencia y, por ende, en la pena consiguiente, es cuando el juez se puede apartar de las consecuencias de la culpabilidad en aras de la prevención general o especial concebidas positivamente como limitadoras del poder punitivo estatal —y de las cuales, siempre que sea posible, la última debe tener prevalencia en atención a los

finde de "readaptación social" que nuestra Constitución asigna al 'sistema penal'<sup>900</sup>—. Es más, la graduación de la culpabilidad a efecto de la pena de prisión aplicable es la que en muchos casos permite llegar al límite objetivo de la pena judicial que legalmente hace posible que se aplique la condena condicional y los sustitutivos penales en vez de que se ejecute aquella pena de prisión.

De aquí que sea inaceptable que para ponderar la gravedad de la culpabilidad con base en la cual, apenas se ha de individualizar la pena, se traigan a colación motivos preventivos para incrementarla y que tienen que ver con una situación muy distinta a la de ponderar dicha gravedad. En efecto, cuando el artículo 51 del CPF dispone que: "*cuando se trate de punibilidad «alternativa» el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general o prevención especial*": es claro que dicha previsión legal alude a la opción "motivada" del juez para decidir entre la sanción no privativa de la libertad y la pena de prisión que puede imponer, lo cual supone que ya antes el juez declaró culpable al inculcado y midió el grado de reproche para decidir la pena de prisión que podría imponer. Así pues, una cosa es individualizar la pena de prisión y otra la es decidir motivadamente entre la pena de prisión a imponer y otra menos gravosa. Por ello, el artículo 51 del CPF de ninguna forma autoriza para que *los fines de justicia, prevención general o prevención especial* se introduzcan éstos antes como criterios para aumentar la gravedad de la culpabilidad ni menos para complementar ésta con la llamada culpabilidad de autor y, por ende, para agravar la pena de prisión como erróneamente se ha estimado en algunos criterios recientes de los tribunales.<sup>901</sup> Por lo demás, el mismo tenor del artículo 51 del CPF pone en claro que aquella opción de la pena de prisión se debe ejercer como última razón ("*...cuando ello sea ineludible...*"); por lo que en principio prevalece el derecho constitucional del sentenciado a su readaptación social a través de la pena menos severa que la de prisión, la que lejos de facilitar dicha readaptación la dificulta. Los motivos y la motivación judicial —sean cuales fueren— deberán ser entonces inexpugnables para sostener y poner en claro y sin duda alguna que será preferible la prisión, cuando precisamente ésta es la más irracional de las penas aplicables a efecto de la readaptación social de las personas como su garantía individual y para un beneficio real —y no solo transitorio y aparente— para la comunidad.

Así pues, sí es concebible que interactúen dialécticamente los fines de prevención asignados a la pena. El de prevención general ajustado al principio de intervención penal mínima y que se manifiesta en la estricta necesidad de las conminaciones penales indispensables.<sup>902</sup> Y el de prevención especial limitado por el fin de la incorporación o reincorporación social responsable del inculcado o sentenciado por la vía que le sea menos gravosa para lograr ese fin con respeto a la paz jurídica.<sup>903</sup> Esos mismos baremos limitadores del poder punitivo pueden operar a su vez como cercos racionales de la punición que se pretenda sustentar en la mera retribución. Y donde la culpabilidad misma sólo puede existir como tal, en cuanto su concepción se ajuste a ciertos lindes que manan de los derechos del ser humano como persona. Pues la pena sólo debe imponerse

<sup>900</sup> Acerca del significado de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales...*, op. cit., pp. 7 a 10

<sup>901</sup> Al respecto ver la tesis CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994 que se transcribe en el número II del Capítulo Décimo Sexto.

<sup>902</sup> Véase el núm. IV de este CAPÍTULO y el CAPÍTULO CUARTO

<sup>903</sup> Véase, además, el CAPÍTULO DECIMOSEXTO

hasta la medida de la culpabilidad por el acto juzgado y aquella pena se puede —y se debe— ajustar, sustituirse o modificarse para promover en lo posible la socialización responsable del inculpado o sentenciado o al menos evitar en lo posible su desocialización. Ello no es más ni menos que cumplir con la aspiración del fin que le asigna la C. al sistema penal: la readaptación social y a la vez, hacer eficaces los principios limitadores del poder punitivo que eviten la desocialización de los ciudadanos. Y en mi concepto así se debe entender la segunda parte del párrafo primero del artículo 51 del CPF, la cual prevé que: (...) Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad «cuando ello sea ineludible» a los fines de justicia, prevención general y prevención especial. Lo mismo se desprende de la fracción III del artículo 78 del CPC, la cual dice que: "El sustitutivo se estimará más apto que la pena de prisión, salvo que por las circunstancias personales del sentenciado, su comportamiento previo o con relación al proceso: se desprendan motivos razonables graves por los que sea preferible ejecutar la pena de prisión".

El juez, por lo tanto, no podrá entonces desatender sin más la aplicación de la pena alterna no privativa de la libertad o bien la aplicación de algún sustitutivo penal cuando se satisfagan las condiciones objetivas para su procedencia con base en la facultad "potestativa" que le concede el artículo 70 del CPF que señala que "la prisión «podrá» ser sustituida".<sup>994</sup> Y ello es así, porque esa "potestad" sí se puede vincular en una aplicación por analogía *in bonam partem* con lo que prevé el artículo 51 del mismo CPF con relación a delitos con pena alterna, ya que los mismos sustitutivos penales implican una pena alterna, para que sólo y nada más se nieguen esos sustitutivos cuando ello sea "ineludible" a los fines de justicia, de prevención general o especial. Ello apareja una expresa motivación que se sustente en datos probados y que permitan concluir racionalmente con la necesidad imprescindible de la prisión en vez de aquellos sustitutivos que miran a la garantía de readaptación social como fin del "sistema penal" de acuerdo con el artículo 18 C. Sin que se deba pasar por alto que ni siquiera la ley puede eximir del deber que tiene toda autoridad de "motivar" sus actos que afecten los bienes jurídicos de las personas en acato de lo que dispone el artículo 16 C.

Así pues, es necesario tener presente que la necesaria motivación de lo que se valora —forzosa conforme al artículo 16 C.— no convierte en "potestad arbitraria" el reconocer al sentenciado la prevalencia de la opción a los sustitutivos penales, como tampoco la hay para decidir de igual modo el negar la concesión de la condena condicional o los demás llamados "beneficios". Eso es pervertir el sentido de una garantía como es la readaptación social a la cual tienden esos sustitutivos. Las opciones de la pena alterna menos onerosa, de la condena condicional y de los sustitutivos penales son derechos de los sentenciados que no están sujetos a un voluntarismo judicial basado en una simple potestad desicionista sin más —supuestamente autorizada por la ley—, sino que es imprescindible que la decisión judicial se tome con base en una valoración racional respetuosa de los derechos de las personas y por tanto de cada persona según su situación de vulnerabilidad personal, las circunstancias del caso y motivando con base en prueba por qué es ineludible la necesidad estricta de la prisión en vez de la sanción alterna o el sustitutivo.

---

<sup>994</sup> Los corchetes son míos.

La expresión "puede" contenida en la ley respecto a la facultad de decidir sobre la procedencia o improcedencia de esos derechos, no convierte, pues, a los derechos del sentenciado en meros beneficios "potestativos arbitrarios" que el juez "podría" negar sin más como a veces se ha estimado erróneamente, ya que como cualquier acto de autoridad que incide en la esfera jurídica de los gobernados, tal acto está sujeto a la debida motivación, donde se deba razonar por qué es "ineludible" que se aplique la pena de prisión en vez de la sanción menos severa, más aún cuando la pena alterna, la condena condicional y los sustitutivos penales tienden a hacer eficaz en la realidad la garantía de readaptación social del sentenciado. Y porque la potestad del juez siempre ha de sustentarse en aquella motivación amplia y racional para negarlos sólo y si hay evidencia concreta de la necesidad de la prisión a efectos de justicia o prevención asegurativa de internamiento. De otra manera se deja al sentenciado a merced de la pura retórica y del decisionismo judicial y ese no puede ser el sentido de los artículos 51, 70 y 72 del CPF y 70-párrafo segundo y 84, del CPDF, que disponen que en vez de la pena alterna (o el sustitutivo o la condena condicional): "...el juez «podrá»..."; y respecto de la pena alterna: (...) el juez «podrá» imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial. Mientras que los artículos 70 y 78-III del CPC omiten la expresión "podrá" y adoptan una postura más clara al respecto, al disponer que: "El sustitutivo se estimará más apto que la pena de prisión, salvo que por las circunstancias personales del sentenciado, su comportamiento previo o con relación al proceso: se desprendan motivos razonables graves por los que sea preferible ejecutar la pena de prisión". Sin que se pueda desconocer que en la última fase del poder punitivo aquellas sanciones alternas o sustitutivas llevan ya en sí su ingrediente de castigo y prevención general. Pues aunque a éstos componentes de las sanciones alternas y los sustitutivos no se le quiera reconocer así por sus implicaciones deslegitimadoras de irracionalidad y de que se debe responsabilizar sólo por los actos propios y no en virtud de que sirvan de ejemplo a los demás: aquellas sanciones alternas o sustitutivas siguen siendo alictivas y ejemplares en la medida que limitan la libertad ambulatoria o afectan otros derechos, pero con las que se previene también —a través de medidas socializadoras— la afectación de otros derechos. De esa manera, los fines del poder punitivo que se expresa a través del "sistema penal" se pueden y deben lograr a la luz de una concepción de prevención positiva de evitar al menos los efectos desocializadores de la prisión. Atendiendo a que «antes» de que opere la prisión como medio tradicional de respuesta del poder punitivo, es factible acudir a medidas alternas, especialmente en aras de una prevención positiva que promueva la resocialización en atención al fin mismo que el artículo 18 C. asigna al 'sistema penaf'.

Sin embargo, no se puede dejar de advertir que es parca la reglamentación de los sustitutivos penales en el CPF, lo que favorece la arbitrariedad. Así, el CPF presenta deficiencias incompatibles con un estado de derecho. Pues no dice cuáles son o en qué consistirán las "condiciones" que el juez podrá imponer junto con el sustitutivo penal. Las cuales no se pueden sustraer al principio de legalidad de las penas que estatuye el artículo 14 C.; más aún cuando cualesquiera que sean aquellas "condiciones" éstas ya forman parte del sustitutivo penal. El que como tal es pena. El CPF tampoco especifica en qué consistirá el trabajo a favor de la comunidad o en semilibertad ni las condiciones, el tiempo y los lugares para su desempeño. Porque ¿dónde y cuántas horas de trabajo a favor de la comunidad? ¿Diarias o en qué días? ¿En qué podrá consistir el trabajo a

favor de la comunidad? ¿Dónde y bajo qué modalidades se cumplirá la semilibertad? El CPF también omite precisar los mínimos y máximos de la multa sustitutiva y los criterios para fijar su monto. Al igual que pasa por alto que la diversa naturaleza de cada sustitutivo conlleva necesariamente parámetros distintos para medir su duración o cumplimiento. Esto es, el CPF no especifica en aquellos casos las equivalencias de los sustitutivos con la pena de prisión que sustituyan. Y pasa por alto, además, que es imposible aplicar equivalencias en todos los sustitutivos. ¿O cómo se podría estimar una "duración" de la multa, para decidir cuánto tiempo se abonaría a la de prisión en caso de impago? Y en los sustitutivos en los que sí es posible la medición "temporal": ¿cómo habría de computarse el trabajo a favor de la comunidad o la semilibertad? En el primer caso: ¿Cuántos días de prisión? ¿Dependerá la equivalencia de los días o de las horas de trabajo? ¿Y cuántas horas o días de trabajo por día de prisión? Igualmente, el CPF deja fuera la posibilidad de la sustitución de los mismos sustitutivos y no vincula a la autoridad judicial para que intervenga modificando las "condiciones" con las que se haya impuesto alguno de ellos. Variación que sólo se permite si se trata de aspectos incompatibles con la edad, sexo, salud o constitución física del reo, pero sin atender los casos en que aquella sustitución del sustitutivo o la modificación del sustitutivo (que esto último es a lo único que se autoriza por el CPF) se haga necesaria por otras circunstancias razonables, como la imposibilidad de pagar la multa o la falta de instalaciones para que se cumpla la semilibertad, por ejemplo. El CPF tampoco señala un trámite específico para la modificación del sustitutivo, ni precisa qué se debe entender por modificación no "esencial" en cuyo caso debe negarse aquella. El CPF omite asimismo prever qué sucede en caso de impago de la multa o en tanto no se pague o no se garantice la reparación del daño o de si aquellas se pueden cubrir una vez que se inicie la ejecución de la pena de prisión para así suspenderla o impedir que la misma continúe, si acaso antes no se pudo pagar. Como tampoco da una alternativa razonable a los casos de imposibilidad de pago total e inmediato de la reparación por insolvencia del obligado.

La regulación de los sustitutivos penales es más completa y satisfactoria en los nuevos CPC y CPDF. Los que se ajustan al principio de legalidad que debe regir en la aplicación y ejecución de cualquier acto de autoridad privativo de derechos de las personas. El CPC concibe a los sustitutivos penales dentro de la condena condicional y les da una perspectiva nueva con una reglamentación ajustada al espíritu de un estado de derecho llenando los vacíos que se anotaron con relación al CPF. Y respecto al nuevo CPDF llama la atención que mientras sigue la tradicional postura de separar la condena condicional de los sustitutivos, el artículo 34 da márgenes muy amplios al tratamiento en libertad pues no precisa cuáles son: (...) *las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole que autoriza la ley...* ¡Y que precisamente ella no especifica! Mientras que los artículos 84 y 85 del CPC —a diferencia del CPF y el CPDF— prevén que el juzgador al aplicar la condena condicional: (...) *determinará qué aspectos de los derechos del sentenciado se limitarán y/o suspenderán, tomando en cuenta la naturaleza del hecho, las circunstancias en que se realizó y las personales del sentenciado; de tal modo que los sustitutivos sirvan a la vez como sanción, medida preventiva adecuada a proteger a la sociedad, ofendidos o víctimas e incorporar a aquélla al sentenciado. La limitación o suspensión de derechos podrá referirse a uno o más, o la combinación de los aspectos siguientes: 1) La conducción de vehículos de motor. 2) La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. 3) La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o acercarse a*

ciertas personas. 4) La posesión y portación de arma. 5) El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. 6) El ejercicio profesional. 7) La realización de determinadas ocupaciones. 8) El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. 9) La custodia, la tutela y la adopción. 10) El albaceazgo; y 11) Otros de similar naturaleza. Por otra parte, de por sí es interesante la novedosa postura del CPDF respecto a la condena condicional: en tanto que el artículo 89 no condiciona la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a un tratamiento en libertad, sino simple y sencillamente a que el inculpado cumpla con otros requisitos mínimos. Sin que ninguno de estos se refiera a medidas de tratamiento o vigilancia del sentenciado, lo cual se explica en virtud de que la condena condicional en esa tesitura sólo se aplica cuando no fue necesario aplicar alguna sanción sustitutiva. Pero precisamente esto pone una vez más de manifiesto la urgente necesidad de regular legalmente vías y medidas alternas al mismo proceso penal —y no sólo a la prisión preventiva y a la pena de prisión misma— para cumplir la readaptación social como fin del sistema penal y a la vez procurando justicia y la paz jurídica antes del proceso penal o durante el curso del mismo y antes de su conclusión. Porque aquellas pueden operar antes del proceso penal o durante el mismo proceso penal, como sucede en Coahuila con los sistemas de faltas penales, la conciliación, el perdón y la reparación del daño como causas extintivas de la acción penal en la mayoría de los delitos perseguibles de oficio que no sean graves.<sup>995</sup>

No debe pasarse por alto en lo que atañe a la reparación del daño, que —contra lo que actualmente prevén el CPF y el CPDF— el artículo 87-III-IV del CPC sólo permite hacer efectiva la ejecución de la pena de prisión que se suspenda en virtud de la condena condicional por impago de la reparación del daño, cuando el sentenciado no acredite su imposibilidad para pagar. Lo cual, además, se regula en incidente ante el mismo juez. En ese aspecto son criticables las exigencias de los CPF y CPDF que condicionan la procedencia de la condena condicional y de los sustitutivos penales a la ineluctable reparación del daño. Porque el dejar sin más la procedencia de la condena condicional y los sustitutivos penales a que se repare el daño, sin importar las posibilidades del sentenciado, equivale a condicionar la despenalización de la sanción más severa de que dispone el poder punitivo a un mero factor económico, cancelando así las posibilidades de muchas personas de exiguos recursos. Además, aquella dirección va en desdoro de la garantía de igualdad, al desconocerse las diferencias que refleja nuestra realidad social y sin que provea, por ende, de un mecanismo de equidad que evite que esas desigualdades se reflejen en un trato discriminatorio, dejándose así la procedencia de la condena condicional y de los sustitutivos sólo en manos de quienes puedan pagar. Debiese importar así que el sentenciado hiciese realmente su esfuerzo de reparar el daño de acuerdo con sus posibilidades. Para que así se respeten las garantías de igualdad y de readaptación social, se evite asimismo el riesgo de castigar la pobreza y el desconocer la máxima de que a lo imposible nadie está obligado. Sin lo cual no se puede impedir un fuerte tufo retribucionista, carente de visión, de sentido racional y sin que en esos casos nada se resuelva sino es que prevalezca la sinrazón. Porque intentar remediar el mal con otro mal, no es más, ni menos, que doblar el mal. Pero de ninguna manera otro mal puede compensar el anterior. Porque a final de cuentas, en esos eventos la víctima se queda sin que se le repare el daño aunque sea parcialmente. Y la pena de prisión

---

<sup>995</sup> Ver al respecto el número III del Capítulo Tercero.

se hará efectiva a quién bien podría haber evidenciado su esfuerzo de reparar el daño en lo que le fuere posible, dándose así validez al postulado de una socialización responsable que a la vez permitiría al ofendido o víctima acceder siquiera a una parte del importe que le corresponde por reparación del daño que se le causó. Queda así sin solucionarse —o al menos modificarse— el conflicto —mismo que sí se puede paliar al menos a través de la mínima violencia al desviado y la máxima protección al no desviado que sean posibles—. Y porque, asimismo, aquella solución va en demérito de una medida de política criminal que debiere atender a los fines de resocialización responsable que nuestro artículo 18 C. asigna como garantía al 'sistema penal'.<sup>996</sup>

Cabe señalar que para la regulación de los sustitutivos penales en el CPC, tuvo una intervención destacada la Comisión Nacional de Derechos Humanos a instancia en ese tiempo de Miguel Sarre y de un entusiasta grupo de colaboradores. De ahí surgió en parte la Propuesta de Reforma Legislativa Integral sobre las Penas Sustitutivas de Prisión por el lado de aquella Comisión Nacional y que luego tomó al CPC como modelo.<sup>997</sup> Todos los expertos están de acuerdo en que la ejecución de la prisión es el punto más débil de nuestra práctica del sistema penal y que necesita la reforma con mucho más urgencia que el derecho sustantivo, sino es que el procesal también la requiere al menos por igual. Mas la asignatura de un sistema penal con fines readaptatorios se cumple en gran medida no sólo con cursar una profunda reforma legislativa. Sino también con la instrumentación práctica de sus métodos, que en la realidad se limitan por la escasa disponibilidad de recursos. Muy pocos por cierto. Parte de la solución sería más y mejores cárceles. Perfeccionar sus condiciones, cuyo régimen fomente la responsabilidad con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, a la vez que respete la dignidad del sentenciado en promoción de su reincorporación social. Pero por otro lado, quizá más importante y de seguro mucho menos costosa, es la eficacia de los sustitutivos penales y de las medidas de seguridad complementarias. Cuyas condiciones pocas veces se consideran con seriedad. Tan para contribuir a una sana prevención general positiva, como a la especial en aras de la eficaz readaptación social y sin desdoro de la persona. Su casi nula o defectuosa aplicación o supervisión en la práctica se traduce en indirecta negación del orden jurídico que fomenta delincuencia. Es menos costoso, social y económicamente, un delegado de libertad vigilada para cincuenta personas sujetas a condena condicional o sometidas a tratamiento en libertad o a trabajos a favor de la comunidad; que el gasto de cincuenta espacios carcelarios que se ocupan durante años de encierro ocioso y criminógeno. Hay más riesgos para la sociedad comprobables con la reclusión, que los que acarrea una libertad vigilada. Pero las ventajas de estas instituciones disminuyen, se desvanecen o incluso se vuelven desventajas, si el condenado sabe a ciencia cierta que el sustitutivo será mera simulación. El éxito de observar el "hoy no circula" en una proporción mayor al 99%, no radicó en la severidad de las sanciones administrativas en caso de infracción, sino en la certeza de su aplicación si la infracción se cometía. Con todo ello se llega a la última fase en la que

---

<sup>996</sup> La condición de la reparación del daño o de la garantía de su reparación también se establece para la procedencia de los sustitutivos, la condena condicional y derechos de libertad anticipada durante la ejecución de la pena de prisión, al igual que para la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena en el CPF y el CPDF. La postura de la legislación coahuilense es menos severa y más racional en esos aspectos. Por una parte, el CPC sujeta la procedencia de los sustitutivos y de la condena condicional a tal condición, pero ella se podrá cumplir en libertad en los plazos que autonce el juez y sólo será motivo de revocación de la condena condicional y los sustitutivos cuando se dé el impago de la reparación y el imputado esté en posibilidad de cubrirla. Por el otro, la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila* no consigna ese requisito para que actualicen los derechos de libertad anticipada, remisión parcial de la pena y libertad preparatoria.

<sup>997</sup> La regulación surgió en el CPC desde 1995 y desde ese año está la "propuesta" de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. En ella aparecen como colaboradores Fernando Coronado Franco, María Alma Pacheco Peña y Sara C. Tapia Rangel. Asimismo, esa reglamentación se corresponde con las "Reglas de Tokio", aprobadas el 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad.

se manifiesta el poder punitivo del Estado: La ejecución penal. Pero antes de hablar de ella, se precisa una acotación importante con relación al fin del sistema penal.

— V —

### **La readaptación social como fin del "sistema penal"**

El fin constitucional del "sistema penal" mexicano es la readaptación social. Así lo dispone el artículo 18 C. De ordinario se asocia a la «readaptación social» sólo con un "tratamiento" durante la pena de prisión. No obstante que el artículo 18 C. se refiere aquella como el fin del "sistema penal". La expresión "sistema penal" que emplea el artículo 18 C. es pues mucho más extensa que la de sistema penitenciario. Éste se reduce a la ejecución de la pena de prisión. Mientras que el «sistema penal» alcanza no solo a la pena de prisión, sino a todas las penas por las que sea posible lograr un fin resocializador. Porque el "sistema penal" —conforme al artículo 18 C.— se habrá de organizar sobre las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación —medios inmediatos— «para» la «readaptación social» del delincuente —que es el fin último de aquél—. Por ende, si a la «readaptación social» se le concibe en nuestra Constitución como el «fin» del "sistema penal": éste «sistema» deberá aparejar al menos un conjunto de instituciones jurídico-penológicas que se sustenten en bases racionales del y hacia el trabajo y la educación que promuevan que el individuo, respetando su dignidad, se adapte responsablemente a los valores de la sociedad reconocidos por el Derecho. *Reitero entonces que ese fin se puede lograr a través de medios y medidas distintas del usual proceso penal y de la pena de prisión y no sólo a través de dicho proceso, de esa pena o de su ejecución, que en la mayoría de las veces son contraindicados por sus resultados desfavorables en lo personal y comunitariamente.* El que la C. se refiera al delincuente no quita nada a lo dicho en último término, porque si está claro que la readaptación social es el fin del sistema penal, nada empece para que esa garantía se amplíe en la legislación a favor de los inculcados dándoles la posibilidad de otras vías y medidas alternas no sólo a la prisión sino al mismo proceso penal si con ellas es suficiente lograr aquel fin con respeto a los derechos de las víctimas u ofendidos y del interés mismo de la sociedad en que así suceda con ciertas condiciones para evitar los efectos nocivos de la prisión. Pues tan los medios alternos, como los sustitutivos penales y la reparación del daño también cumplen fines socialmente readaptadores. Y en muchos casos pueden lograrlo mucho mejor que la prisión, la cual en sí es desocializante. La readaptación social no es el punto de partida para la pena de prisión, ni podría serlo. Sino que dicha readaptación social tiene un espectro mucho más amplio, cuyo propósito o su fin es la incorporación útil y responsable a la sociedad del inculcado o sentenciado.

Por ello hay que insistir en el hecho de que la "readaptación social" se puede cumplir en sí misma con ciertas penas diversas a la de prisión en muchos casos. Y no nada más a través de la pena de prisión. De aquí que en las penas privativas de libertad por tiempo breve haya que enfatizar la necesidad de explorar la reparación del daño como tercera vía. Ya que por una parte la reparación del daño puede entrar en juego como suficiente para lograr la paz social en delitos no graves; y, por la otra, la «reparación del daño» dentro del «sistema penal» —a que alude el apartado B del artículo 20 C.— es de por sí un medio resocializante. La reparación del daño va pues más allá de ser solo una cuestión jurídica-civil. Contribuye también a los fines de la pena porque educa al autor a enfrentarse con las consecuencias de su conducta y a que aprenda a conocer los derechos

legítimos de los demás, en especial los de su víctima. Igualmente, puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima y facilitar la integración social responsable del culpable (real o presuntamente.)

En suma, aquella puede contribuir al restablecimiento de la paz social y a una asunción social responsable del sentenciado o inculpado en ese contexto. Por lo tanto, si garantizar la readaptación social como deber del Estado, le apareja a éste el deber de instrumentar sistemáticamente métodos jurídicos, materiales y humanos para la readaptación social, ello apareja buscar vías y medidas por las que sea posible evitar la desocialización que conlleva la criminalización innecesaria que quiérase o no traen aparejada los procesos penales y algunas penas; o bien que permita evitar o acortar la pena de prisión a través de instituciones "jurídicas" que se sustenten en bases objetivas y racionales que permitan al inculpado o al sentenciado una integración responsable en la sociedad, conciliando los intereses de aquellos actores y de las víctimas y lograr así la paz social. El Estado debe pues organizar su "sistema penal" con medidas que eviten ser no benéficas para la gente, a la par que promueva con bases jurídicas y racionales la mínima violencia posible en contra del desviado a través de un ajuste auto-responsable de él a los valores de la sociedad plasmados en el Derecho, lo cual no es más que hacer eficaz en la legislación y en la práctica la garantía de readaptación social.

Resumiendo: Se puede decir sobre la tercera manifestación del poder punitivo, que la imposición judicial de la pena sirve para que, previo el juicio de reproche, se fije la pena hasta la medida de la gravedad de la culpabilidad y para que se imponga la pena de prisión sólo de manera subsidiaria si es que no es posible sustituirla con una menos grave que promueva la socialización responsable del delincuente. Esto es, mediante un procedimiento que a la vez que salvaguarde la autonomía de la personalidad, a la pena se le limite hasta la medida de la culpabilidad. Y por el cual se busquen medidas alternas, que aun cuando queden por debajo de la culpabilidad, sean suficientes para lograr la paz social en atención a los fines que el artículo 18 C. asigna al sistema penal.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## **CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO**

### **LOS LÍMITES A LA EJECUCIÓN PENAL**

— I —

#### **La readaptación social en la ejecución de la pena**

La ejecución de las penas constituye el cuarto y último estadio en el que el poder punitivo se realiza. Su estudio pormenorizado reclama incluso su propia autonomía jurídica: El llamado Derecho de Ejecución Penal y en él el Derecho Penitenciario. Por lo que aquí tan sólo me atrevo a formular meras reflexiones y dar pequeños trazos de ese cuarto recinto en la perspectiva de los principales límites a los que está sometida esa fase del sistema penal. Así, la ejecución de la pena sólo se puede justificar en el ámbito de la garantía de resocialización del sentenciado. Es decir, si la aplicación de la pena tiene como fin «inmediato» la justicia ajustada a los límites que le imponen la culpabilidad del acto y las consecuencias del principio de intervención mínima del Derecho Penal, su destino y misión es la incorporación social responsable. A su vez, la ejecución de la pena siempre debe tener el fin de ser un medio de «readaptación social» en los términos del artículo 18 C. La que como garantía que es, se le debe concebir como un límite al poder punitivo del Estado en la ejecución de las penas. Porque sólo está indicada una ejecución penal que tienda a la resocialización útil del sentenciado. En la que coincidan de manera amplia y se equilibren los deberes de la colectividad y los derechos del particular que sufre la sanción. Verdaderamente, el interés de la comunidad estriba en que el delincuente sea un miembro apto para la vida social y fiel al Derecho. Y esto de por sí ya implica que el fin de «readaptación social» que la Constitución asigna al "sistema penal" sea una responsabilidad a cargo del Estado. El cual debe cumplir con ese deber respecto al sentenciado de acuerdo con la ley y en concordancia con las garantías de respeto a la dignidad de la persona, de seguridad jurídica y demás garantías y derechos que no se cancelaron ni se suspendieron expresamente por virtud de la pena legal impuesta.

---

De ello se sigue que la primera condición en la ejecución de las penas está en la garantía de legalidad estricta. La ley debe regular claramente la ejecución de las sanciones —en especial la de prisión—. Y no sólo las obligaciones de los sentenciados en el reclusorio y las consecuencias de su incumplimiento; sino igual los derechos de readaptación social de aquellos.

Ello significa, por una parte, que la ley debe prever los requisitos, el trámite y la resolución de los instrumentos jurídico-penológicos que se prevén durante la ejecución para la readaptación social, como ahora lo son la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria. Y por la otra, que las condiciones en los reclusorios se establezcan de tal manera que tan le brinden al interno un trato digno y condiciones de salud, como a la vez le faciliten las oportunidades de educación, trabajo y capacitación que favorezcan su reincorporación útil y responsable en la sociedad. Todos ellos son derechos de los sentenciados que, entre otros, garantizan los artículos 14 y 18 C. Sin que se les pueda trocar en simples beneficios sujetos a la potestad arbitraria del Estado porque con ello se pervierte su intrínseca naturaleza jurídica. Por ello y por la dignidad del sentenciado como persona, hay que facilitarle los medios físicos y los instrumentos jurídicos que le permitan aspirar a una vida libre y responsable lo más pronto posible, para que se incorpore a la comunidad con decoro y en lo posible se disminuyan los riesgos de que afecte bienes jurídicos de terceros. De aquí que

en nada favorezca el legislador a la sociedad cuando en la misma ley amplía desmesuradamente las penas de prisión,<sup>998</sup> cancelando así la posibilidad de una reinserción social útil y digna del sentenciado. Como tampoco beneficia el poder legislativo a la colectividad cuando le niega al sentenciado la posibilidad de cualquier beneficio o de reducción de la pena sólo porque se trata de "ciertos" delitos, o cuando de plano veda esos beneficios durante la fase de ejecución penal por motivos de reiteración delictiva real o ficta, como acontece con unas tendencias actuales.<sup>999</sup>

Cierto es que sí puede admitirse que con motivo de una reiteración delictiva real o ficta del sentenciado, a éste se le cancele la posibilidad de que se le conceda un sustitutivo al aplicarle la sanción, en tanto que aquella reiteración —sujeta a ciertos límites de temporalidad y naturaleza del ilícito— aconseja medidas de prevención especial más severas como lo es la pena de prisión misma. Más lo que si es intolerable es que esas fórmulas negativas se extiendan a toda la fase de ejecución de la pena de prisión, porque no solo hacen positivamente nugatoria la garantía de readaptación social que consagra el artículo 18 C., sino que también le reducen la posibilidad a la comunidad de que el sentenciado la evite confrontar de súbito y de tal modo, que en vez de disminuir eleva el riesgo para ella de que aquél se vea precisado a no respetarla. Y todo ello en realidad implica la ausencia de actos de gobierno que sean respetuosos de los derechos humanos y de las garantías individuales y, además, que devengan benéficos para la sociedad. Esto es, de actos ajustados al espíritu de un estado de derecho. El "sistema penal"<sup>1000</sup> —y no sólo el penitenciario— con fines de readaptación social —y con real apoyo en nuestro artículo 18 constitucional—, es un conjunto de métodos racionales por los que es permisible —a través de instituciones jurídicas que miren a ese fin— no sólo evitar o sustituir las penas de prisión, sino acortarlas para procurar o facilitar la socialización responsable. Dichas instituciones jurídicas se sustentan —entre otras—, en bases racionales que se orienten «del y hacia el trabajo y la educación» —como promotoras de esa incorporación social responsable—.

Pues así como es cierto que de la fase de ejecución tampoco cabe eliminar por completo el punto de partida de la prevención general. Pues no se puede prescindir de la pena de prisión en los delitos graves. Ni siquiera cuando renunciar a una pena privativa de libertad fuera más útil para la resocialización. Y que, por ello, es igualmente cierta la inviabilidad de la procedencia de la condena condicional para delitos de aquella naturaleza —al menos en un futuro próximo previsible—. También es igualmente verdad que en las penas privativas de libertad por tiempo breve hay que continuar con énfasis en la necesidad de fijar bases jurídicas ciertas con nuevas vías y soluciones racionales alternas a las rutas y medidas tradicionales del proceso penal y de la pena de prisión; mismas que el Estado ha de implementar para casos de delitos no graves, las cuales a la vez que procuren la socialización le eviten al inculcado la contaminación de las cárceles e incluso el estigma

<sup>998</sup> El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, es la posibilidad de una pena máxima de prisión de hasta sesenta años (artículos 25 del CPF y 67 del CPC.)

<sup>999</sup> El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, da como resultado que los sentenciados a que se refieren los artículos 70 último párrafo, 85 y 90 del CPF y 8° de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, se les priva del derecho a los sustitutivos de libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad y multa, así como de la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria.

<sup>1000</sup> Sobre los alcances de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp 7 a 10. En ese "sistema" se incluyen los subsistemas relacionados con las conminaciones penales, la procuración y la administración de justicia penal, la aplicación y la ejecución de sanciones, según se explica en este CAPÍTULO y el siguiente.

criminalizador que implica el proceso penal, y en los demás casos, le disminuyan al preso el impacto súbito que su repentina libertad le motiva con la sociedad. Evitar ese golpe que lo confronte de nuevo con aquella a través de nuevos delitos.

Por ello hay que facilitarle los medios que le permitan vivir con dignidad. Y para que se incorpore a la comunidad con responsabilidad y la objetiva posibilidad de que no vuelva a afectar los bienes jurídicos esenciales a ella.

## — II —

### **El entendimiento erróneo de la readaptación social**

Todo ello quiere decir, además, que así como no es lícito resocializar por medio de sanciones penales a personas que en concepto social sean descentradas, sino es que no se han hecho culpables de agresiones insoportables contra los bienes jurídicos que tipifique la ley penal, por muy degeneradas e inadaptadas que sean esas personas. Igualmente y, por la otra, tampoco es lícito ejecutar las penas sin que se respete la dignidad de las personas, ni se promueva la readaptación social y sin que la ejecución se ajuste a las demás garantías y derechos personales que no se afectan con la ejecución de la sanción penal según su naturaleza. Ello conlleva a que las consecuencias de la garantía constitucional de la dignidad de las personas se deben acatar en la ejecución de la pena. Por lo tanto, aunque hipotéticamente alguna medida terapéutica tuviere eficacia resocializante, está prohibido que a través de ella se dé un tratamiento coactivo que interfiera con la estructura de la personalidad. Bien dice Roxin que (...) lo que es válido frente a la castración de delincuentes sexuales y ante la operación cerebral que transforma contra su voluntad al brutal camorrista en un soñador dulce y obediente; también lo es contra la reeducación forzada e ilusa de la personalidad del delincuente.<sup>1001</sup> Además, es falso que el artículo 18 C. pudiere apoyar esa forma de actuar. Porque el artículo 18 C fija el «fin» del «sistema penal» en un sentido mucho más natural.

En lo que toca a la prisión el artículo 18 C. parte de la idea de que es la misma ejecución de esa pena la que —por ocasionar a manera de castigo el aislamiento de la persona de la sociedad normal— motiva que a esa persona se le deba apoyar para que pueda luego «readaptarse» digna y útilmente a la sociedad.

Porque el fin de readaptación social como garantía no es —como se suele entender— la misión que se cumple en sí con la ejecución de la pena de prisión. Es decir, ésta no tiene como función la de «re-adaptar» en la cárcel a la persona porque el delito evidenció su «inadaptación» o «discapacidad» social. Porque entonces se castiga a la persona por ser supuestamente descentrada y no en nombre del delito que cometió. Y porque ello estaría entonces muy cerca de la perversión que se ha dado al concepto de "readaptación". La que parte de la idea falsa de que todo delincuente es un «desavenido» o «inadaptado» por ese sólo motivo. Y sólo y según esto es que por él mismo se hace necesario su tratamiento «readaptador» en las prisiones. A grado tal, que a la gran mayoría de los reclusorios se les denomina "centros de readaptación social". Todo ello no sería más que una mera falacia. Sino es que a ella se le agrava jurídica y materialmente para sostener que la «readaptación social» implica la necesidad de un «tratamiento correctivo de la personalidad» que ha de

<sup>1001</sup> Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, op. cit., p. 31.

«imponerse» al inadaptado en la ejecución de pena de prisión. Pasándose por alto, además, la regulación legal clara de los derechos conocidos como beneficios —remisión parcial de la pena, preliberación y libertad preparatoria— principalmente en su trámite y su resolución con base en las garantías que la misma Constitución establece. Por lo que toca a la «readaptación social» en la pena de prisión, bien puntualiza el propulsor de la reforma del penitenciarismo moderno en México y del actual artículo 18 C., Doctor Sergio García Ramírez, (...) Interpretada con error o con exceso, la idea de readaptación pudiera implicar “conversión” del infractor, “alteración” de su personalidad. Por esta vía se querría justificar lo injustificable. Métodos de “lavado” que manipulen la psique del sujeto, dando lugar a verdaderas violaciones de derechos humanos, ampliamente conocidas y reprobadas. La readaptación social, bien entendida, no persigue nada de eso, sólo quiere poner al individuo en condiciones de no delinquir nuevamente, dándole los elementos para valorar, regular y orientar su conducta, sin privarlo de su capacidad de decisión. Es ésta la que da sentido moral y valor jurídico al comportamiento.<sup>1002</sup>

### — III —

#### Los límites a la ejecución de la pena de prisión

La ejecución de todas las penas se debe ajustar a los límites de legalidad y a los de los derechos y garantías que no suspende ni priva la pena, lo mismo que a los límites y fines constitucionales del sistema penal.

En el terreno del Derecho Penitenciario —salvo excepciones notables— se encuentra no obstante la notoria deficiencia de normas de ejecución penal hasta 1971. Y aunque en el plano legislativo formal se avanzó mucho en establecer normas orientadas a dignificar las condiciones de los reclusorios y el trato a los internos, aspectos a los que las leyes de ejecución penal y las “Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados” dedicaron importantes capítulos. No sucedió lo mismo en el plano material con relación a la construcción de reclusorios federales acordes con el espíritu de esas Normas. Esto es, después del impulso renovador —jurídico y material durante la primera mitad de los años setenta— se privilegió la edificación de cárceles de máxima seguridad. Las que en sus condiciones físicas de aislamiento y régimen interno cancelan la dignidad de los sentenciados y a la garantía misma de readaptación social. La cual de todas suertes debe tener su manifestación jurídica dentro de la prisión, a través de medios que le faciliten al interno aquella reincorporación social útil.<sup>1003</sup> Pero no menos importante, no se implementaron o se desatendieron los recursos y las condiciones suficientes para el mantenimiento adecuado de los nuevos reclusorios de seguridad media que se fueron construyendo. Y en igual medida, poco se capacitó al personal y no se generó un régimen interno apropiado que respete a los internos y genere un sistema responsable, con base en las oportunidades del trabajo, la educación y la capacitación como instrumentos para facilitar el fin de la pena de

<sup>1002</sup> Sergio García Ramírez, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, comentarios al artículo 18, op. cit., Tomo I, p. 208. Esta idea la puso también de manifiesto el autor mencionado —y con razón— desde mucho antes. En su INTRODUCCIÓN a “*El Sistema Jurídico de Readaptación Social en Coahuila*”, dijo: “readaptar sólo aparece —y nada más, nada menos— «ajuste jurídico», o dicho de otra forma, capacidad de no delinquir, de vivir normalmente en una sociedad determinada. No cabría esperar sensatamente, o pragmáticamente, otra cosa, como tampoco sería posible intentar, con justicia y —lo hemos dicho amba— bajo un régimen abierto, cosa diferente. Lejos de esto se encuentra, so pena de caer en una ilegitimidad esencial, el adoctrinamiento forzado, sin escrúpulo, o la «reestructuración de la personalidad»...”, op. cit., Antonio Berchelmann Anzpe, p. 15.

<sup>1003</sup> Ver al respecto Fernando García Cordero, *Los Derechos Humanos en los reclusorios (Cárcel de Amoloya de Juárez)*, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXI, N° 2, mayo-agosto 1995, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., pp 59 a 63

prisión.<sup>1004</sup> A lo anterior se le suma —como ya se adelantó— que en muchas leyes penitenciarias o en su interpretación —quizá sin proponérselo— se deformó al concepto de "readaptación social". Pues en aspectos relevantes se le trastocó en un instrumento opresivo de la libertad personal y un medio al servicio del Estado. En vez de una garantía que como tal beneficie a la sociedad con respeto del ser humano. Porque de esa garantía se derivó la imagen falsa de que nuestra Constitución apoya la idea de un tratamiento terapéutico forzoso de readaptación mediante una pena. Y de que ese tratamiento "readaptará" en prisión (sic) al delincuente. De tal suerte, que sólo si el consejo técnico interdisciplinario del reclusorio dice que aquél está "readaptado" o es "readaptable", se le concedería el beneficio de una reducción. (Artículo 84-II del CPF con relación a la libertad preparatoria, por ejemplo.) Todo ello sin dar las bases objetivas, racionales y verificables de cómo es que habría de determinarse que está "readaptado" o es "readaptable". Esas concepciones, en el fondo, parten de un desconocimiento de los fundamentos de lo que en verdad es la readaptación social: un sistema jurídico penológico que promueva la reincorporación social útil. ¿Porque cómo es posible que se diga que la persona sentenciada ya está readaptada socialmente si es que ella todavía está en prisión? ¿Y cómo es posible determinar que el sentenciado es "readaptable"? Porque en realidad, cumplidas las condiciones objetivas para hacer valer el derecho de que se trate —y que la ley prevea— él se le debe reconocer al sentenciado. Ya sea que se trate de libertad preparatoria, remisión parcial de la pena y otros institutos análogos.

El sistema penal de «readaptación social» en el ámbito jurídico de ejecución de la pena de prisión —con real apoyo en nuestro artículo 18 constitucional— es —o debería ser— un acopio de «métodos jurídicos» regulados legalmente por los que con base en el trabajo, la educación y la capacitación para ellos, sea posible evitar la pena de prisión o bien acortarla para la reincorporación social del sentenciado. Y por los cuales, además, a aquél se le reconozcan dentro del reclusorio los derechos no cancelados expresamente por la pena de prisión y se le den a la persona las condiciones suficientes que le faciliten el fin de reincorporarse en la sociedad. La «readaptación social» como fin del "sistema penal" involucra —o debiere involucrar— a un conjunto de instituciones jurídicas que se sustenten en bases racionales del y hacia el trabajo y la educación. Pero de ningún modo se puede sustentar en las de re-educación, trabajos forzados y tratamientos con carácter terapéutico dentro de prisión. Ni tampoco en meras opiniones sin sustento en aquellas bases del trabajo, la educación y las capacitación para los mismos, acerca del supuesto "grado de readaptabilidad" del sentenciado que lo único que facilitan es la arbitrariedad. Y menos aún en que la misma carencia de aquellos soportes en prisión, deba ponerse a cargo del sentenciado cuando es el Estado quien tiene el deber de ponerlas al alcance del sentenciado que las requiera. Es al Estado al que corresponde implementar esas condiciones e instituciones con reglas jurídicas claras, objetivas y racionales. Las que formen un «sistema penal» coherente para cumplir la garantía de «readaptación social» del artículo 18 C. Para que aquellas condiciones y bases le eviten o le reduzcan al preso —si es que se trata de la pena de prisión— el impacto brusco que su repentina libertad le causa con la sociedad con motivo de estar antes en prisión. Sortear ese golpe que lo confronte de nuevo con aquella a través de nuevos delitos. Por ello hay que proveerle los medios posibles para vivir con

<sup>1004</sup> Ver al respecto a Luis Rodríguez Manzanera, *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, pp. 63 a 65

dignidad. Y para que cumpla con la comunidad o se reincorpore a ella con la objetiva posibilidad de ser útil. De aquí que en cuanto a la pena de prisión insista pues que la «readaptación social» en esa esfera implica a un sistema jurídico para la incorporación social útil. Muy lejano al de un sistema correctivo de la personalidad. Al que en muchos casos —con base en un difuso «grado de readaptabilidad» que se deriva de esos hipotéticos tratamientos correctivos y del cual no se establece cómo habría de obtenerse—, se le usa precisamente en la ley o por la autoridad para negarle de manera arbitraria al sentenciado los derechos de reducción penal o de reincorporación a la libertad. La remisión parcial de la pena, la preliberación y otros institutos análogos, no son pues meros beneficios que puedan concederse o negarse arbitrariamente al sentenciado, sino que son derechos que surgen a su favor y en mérito de su garantía constitucional de readaptación social.

Por lo que si a lo anterior se le suma la falta de regulación clara en la ley para remediar los abusos y las deficiencias, así como del trámite para resolver los derechos de reducción penal y la ausencia de criterios objetivos y verificables para solventar la petición y la procedencia de los mismos. Los que en vez de resolverse por el mismo órgano ejecutor, debieren decidirse en sede judicial para garantizar mejor la imparcialidad y mejorar la seguridad jurídica. Pues sin esto y con todo aquello se anula lo que esos derechos debieran ser:

Instrumentos jurídicos penológicos que real y racionalmente hagan posible en un ámbito de legalidad y seguridad jurídica a la garantía de readaptación social como fin del sistema penal. La que, como tal, protege —o debería proteger en la ley secundaria y con bases objetivas y verificables— el derecho del sentenciado de reincorporarse a la sociedad y al interés de ésta de que realmente suceda en forma útil.

De aquí que respecto a la legislación penal ejecutiva, la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en su “Programa de Justicia Penal para el Nuevo Gobierno”, proponga que: (...) Para el efectivo imperio del principio de legalidad en la ejecución de penas y medidas, la supervisión de las conductas de las autoridades, la solución adecuada de litigios en el curso de la ejecución y otros fines relevantes en esta materia, se considera pertinente establecer el control jurisdiccional de la etapa ejecutiva, a través del «juez de ejecución de sanciones».<sup>1005</sup> Con respeto a los derechos de personalidad del condenado y según permitan las exigencias ineludibles de prevención general, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores. Pero vistos éstos como fin último si se trata de la de prisión y no sólo como fin en sí de la ejecución penal. Porque hay que porfiar que así como es inadmisibles causar mal a la persona sólo por el mero fin de retribución o por el de prevención general o especial, en cuanto que esas concepciones se encuentran limitadas con los principios de un estado de derecho y, por lo tanto, por el respeto a la dignidad de la persona. Y que en tal orden de ideas, la pena de prisión cancela la libertad y otros ciertos derechos específicos del sujeto en su calidad de penas accesorias, pero de ningún modo le resta la dignidad al ser humano, ni le suprime los restantes derechos y garantías que le reconoce y establece nuestra Constitución. Por el contrario, como quiera que el establecimiento de la paz jurídica fuera lo único que legitimara a la pena, ésta tiene que adquirir un sentido constructivo. Lo que también es posible cuando la personalidad del sujeto no necesita de una especial promoción terapéutica-social. Ésta no se le puede imponer, pues, de manera obligatoria o coactiva. Como tampoco es lícito que en aras de la prevención general o especial se nulifiquen derechos y garantías a ciertas

<sup>1005</sup> Academia Mexicana De Ciencias Penales, *Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno*, Criminología, año LXVI, N° 2, mayo-agosto de 2000, Editorial Porrúa S. A., México, D. F., p. 29.

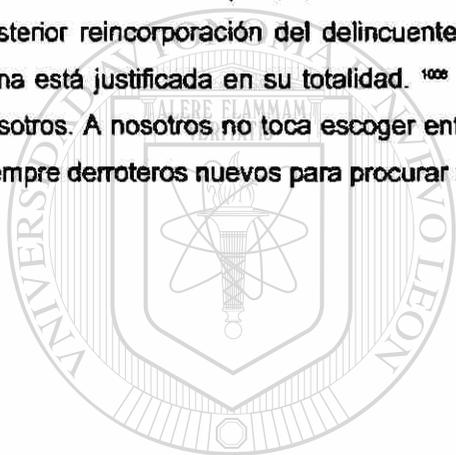
personas en sede de ejecución penal que no estén expresamente cancelados por la ley como parte de la pena. Esto vale desde los antiguos "tapaos", hasta las condiciones inhumanas de aislamiento total o cuasi-total de ciertas prisiones de máxima seguridad —como Amoloya de Juárez a la cual sólo ese nombre se le ha cambiado oficialmente— en las que además del castigo que en sí conlleva la pena privativa de la libertad, se le añaden restricciones que pugnan con la Constitución, con los derechos humanos y con el sentido y el fin del sistema penal que garantiza nuestra carta fundamental.

Así pues, hay que ejecutar la pena de modo que se respeten los derechos y garantías del ser humano no afectados por la pena de prisión misma, y de tal forma que se dé oportunidad al sujeto según sus aptitudes, de ser productivo en el establecimiento. De un modo que el producto de su trabajo llegue a los ofendidos o víctimas; o bien a personas necesitadas de la sociedad. Incluso, para el último caso, con los sustitutivos de trabajo a favor de la comunidad y otros que se apliquen como sustitutivos no sólo de las penas leves de prisión sino también como sustitutivos «parciales» de penas de prisión más largas, esto es, «durante» su ejecución y como un complemento a los métodos de reducción temporal de la pena de prisión ya existentes. Tales como la remisión de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria, a los que se podrían sumar los sustitutivos "parciales" de trabajo y educación a favor de la comunidad. Todo ello es posible —además de conveniente y fundado en nuestra máxima ley— en virtud de lo que prevé el artículo 5° C. Éste artículo dispone que a nadie se obligará a prestar servicios personales sin su pleno consentimiento y justa retribución, (...) salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará al dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. Ello es así, porque se debe vincular ese artículo con lo que prevé el artículo 18 de la propia C., de que el «sistema penal» —y no sólo el penitenciario— tiene como fin la readaptación social con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Cuando aparte de esto, se requiera demostrar al sujeto el camino recto, el modo de intentarlo no es moralizar y menos corregir la personalidad de manera forzada. Sino despertar la conciencia de la responsabilidad. Facilitar en lo posible que se active y desarrollen todas las fuerzas positivas del sentenciado y estimular sus particulares aptitudes personales. Por lo tanto, la personalidad del delincuente se debe respetar. Lejos de humillarle, menos dañarle, darle en lo posible oportunidad de desarrollo. Roxin coincide con muchos penitenciaristas, sociólogos, pedagogos y psicólogos: (...) El criminal no es, como cree el profano, el hombre fuerte; cuya voluntad de animal de presa hay que quebrantar. Sino en muchos casos, la mayoría, es un hombre normalmente débil, inconstante y menos dotado. A menudo con rasgos psicopáticos. Que intenta compensar por medio de delitos el complejo de inferioridad provocado por su deficiente aptitud para la vida.<sup>1006</sup> Todos sabemos que la realidad de nuestro sistema penitenciario no se corresponde en muchos aspectos ni siquiera a exigencias de las más modestas para una ejecución de la pena de prisión con respeto mínimo a los derechos humanos no cancelados por esa pena y que más bien desfavorecen una auténtica readaptación social responsable. En nada se beneficia la sociedad con un preso y luego con un liberado cuya inadaptación se deriva precisamente de su falta de trabajo, de su incapacidad para él, de su ineducación y por el trauma carcelario mismo o de la contaminación criminógena o del aislamiento que se deriva de la vida en prisión. Ni tampoco habría una potestad estatal para mantener al

<sup>1006</sup> Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Editorial Reus, S. A., Madrid, España, 1976, pp. 39 y ss.

sentenciado en prisión después de que cumple con la sentencia —instituto de retención— ni de cancelarle las condiciones de reducción de la pena de prisión simplemente porque el mismo Estado falló al no darle los medios para facilitar su readaptación.

De todos modos hay que prevenirse frente a utopías de mejora. Cualquier esfuerzo promotor de la resocialización sólo puede ser una oferta al delincuente para que se ayude a sí mismo con el trabajo, la educación y la capacitación. Pero tiene que ir a casa cuando cumpla el tiempo de la pena, aun cuando esa ayuda se omita o se rechace. Además, siempre habrá otros que volverán a tropezar por debilidad. Nunca será posible acabar con la criminalidad por completo y para siempre. Bien dice Roxin que (...) va añadida como lado tenebroso a la vida social. Del mismo modo que difícilmente hay una existencia individual sin falta o sin tragedia. (...) Pero esto no desvincula a la sociedad de la obligación que tiene frente al delincuente. Así como éste es corresponsable del bienestar de la comunidad; ésta no puede eludir la responsabilidad por la suerte de aquél.<sup>1007</sup> Roxin concluye: (...) Sólo si esta competencia prueba su eficacia en la ejecución de la pena y en la posterior reincorporación del delincuente a la comunidad, se podrá decir con la conciencia tranquila que la pena está justificada en su totalidad.<sup>1008</sup> Y es que tanto el bien como el mal están en todos y cada uno de nosotros. A nosotros no toca escoger entre uno u otro. Y todos podemos como personas y sociedad explorar siempre derroteros nuevos para procurar nuestro bien común.



# UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

<sup>1007</sup> Claus Roxin, *Problemas...*, op. cit., pp 32 y ss.

<sup>1008</sup> Claus Roxin, op. cit., p. 31

## **QUINTA PARTE**

### **CONCLUSIONES Y EPÍLOGO**

— I —

#### **Recuento**

1. El objeto de este trabajo fue ver a grandes trazos el estado actual de la Parte General del Derecho Penal dentro del sistema de justicia penal en México y en Coahuila a luz del modelo del estado de derecho que se deriva de nuestra Constitución. Así como apuntar en ese contexto los límites al poder punitivo del Estado. En tal contexto, esta tesis discurrió acerca de la política criminal adecuada al mismo Derecho Penal según sus fines limitadores o de reducción racional del poder punitivo acordes con los ideales de un estado de derecho. E intentó ver, además, qué sentido tiene y puede tener en ese contexto la Parte General del CPF y de los nuevos CPDF y CPC.

2. Para ello se destacó que el Estado democrático idealmente se caracteriza porque sus normas y acciones son realmente respetuosas de los derechos esenciales del ser humano y benéficas para la sociedad. Por lo tanto, que son sustancialmente ilegítimas las normas que permitan medidas de corte autoritario, bien sea porque no respeten los derechos humanos o las garantías individuales o bien porque en el fondo no sean benéficas para la comunidad. Porque la aspiración fundamental del pueblo mexicano fue y es la de constituirse en una república democrática, en la cual, el Estado ejerza la soberanía que el pueblo le depositó en beneficio de la gente y con respeto a los derechos y las garantías de las personas que la conformamos.

3. Con esas premisas, este ensayo procuró ajustarse en lo posible a un criterio jurídico positivo en el examen del «ser» y del «deber ser» de nuestro orden jurídico penal. Pero adoptando un método de análisis que va del mero estudio del valor formal al valor sustancial del orden jurídico. Pues cuando una carta fundamental recibe y acoge en su seno los derechos esenciales del ser humano —como sucede con nuestra Constitución—: la validez formal de las normas jurídicas secundarias —y de las propias constitucionales— se subordina a las mismas normas positivas de la carta fundamental que constitucionalizan a los derechos naturales. Desde esa perspectiva, la oposición entre lo que el Derecho «es» y lo que el Derecho «debe ser» se orientó a un examen hacia el interior del orden jurídico penal y el que se debe conformar con base en una Constitución de corte democrático como lo es la mexicana. Para ver las divergencias posibles entre las leyes penales o su entendimiento y su aplicación práctica con la Constitución misma y con su espíritu democrático.

#### **II. La vinculación de la política criminal con la fundamentación del delito y de las penas en un estado de derecho**

1. Con base en lo anterior se formuló la pregunta siguiente: ¿Cuáles son los límites al poder punitivo del Estado mexicano que se derivan del entendimiento de la ley penal según las aspiraciones constitucionales a un estado de derecho? El contestar que esos límites son las garantías que formalmente establece la Constitución; o que son los que se inducen de ella para sustentar los presupuestos legales o jurídico-formales del hecho

punible: sería contentarnos con una buena e importante respuesta, pero incompleta. Pues ante esa contestación, cabe entonces reflexionar acerca de las siguientes interrogantes: ¿Tiene el Estado legitimación, —si es que se ajusta a los cauces formales— para sancionar penalmente cualquier manifestación del individuo y sin que importe lo que es la conducta humana? ¿Y acaso la tiene para señalar con pena cualquier ámbito de prohibición y de castigar con la intensidad y de la forma que él desee? ¿O cuáles son o deben ser el fundamento y el fin reales de la pena? ¿Porqué y para qué se debe punir? ¿Cuáles son, pues, los límites sustanciales a la potestad de punir que la ajusten a los ideales un Estado de derecho como aspira a serlo el mexicano?

2. Partiendo de la premisa que esos límites sólo pueden ser los que concuerden con el espíritu democrático del estado de derecho que acoge la Constitución se obtuvo que el poder punitivo debe ajustarse a límites en los que se respete la esencia del ser humano y a la vez se cumplan las aspiraciones de justicia, beneficio y paz social. Porque el Derecho Penal regula o debería regular conductas humanas. Porque son personas las que las realizan y a las que se dirige directamente la pena. Al menos las penas que les afectan de la manera más drástica: las de la privación o de limitación severa de la libertad. Y porque es la sociedad a quien se le afecta con el delito y la cual se debe beneficiar con esas medidas de control. Respecto de las cuales —personas y sociedad— la pena debe tener una razón y un fin acordes con la C.; mismos que se proyectan —o se deberían proyectar— en cuatro esferas: La primera, que es en la «conminación penal». Es decir, en la razón para la creación legal de los delitos y de sus penas. La segunda, que es la «concepción jurídica del delito». La tercera, que es en la «medición judicial de la pena» que se deba imponer. Es decir, la que en la práctica judicial se conoce como individualización de las penas. Y la cuarta, de «ejecución penal»; que es en la fase de cumplimiento de esas penas.

3. En todas y cada una de esas fases sustantivas del poder punitivo del Estado, el Derecho Penal debe concebirse como instrumento jurídico que reduzca las manifestaciones irracionales de aquél: debe proteger a los bienes jurídicos de las personas y a la par respetar los derechos humanos y procurar el beneficio social. Un poder penal en el que sus límites sean, además de los formales, la esencia misma del ser humano como «sujeto» y no como «objeto» del derecho penal. Y en el cual la conducta y el hecho específicos que señale la ley —apreciados en su realidad ontológica y valorativa en el Contexto de la C.—, al igual que la culpabilidad individual, sean lindes a la potestad de punir y no sólo detonantes para aplicar la pena en cualquier caso y en cualesquiera intensidad. Un poder penal que se aplique con criterios garantistas. Y en esos marcos se busque su eficacia. Un poder penal del que su ejecución se corresponda con esas bases y con los fines de readaptación social del sentenciado. Y todo ello es así, porque si el mismo poder punitivo del Estado se prevé en el marco de las garantías individuales. Por lo tanto, el Derecho Penal se le puede concebir como un Derecho de protección de las personas frente al Estado. Sin que se le pueda trastocar en una facultad de injerencia estatal omnímoda contra ellas. Y porque el poder punitivo, además, se le debe ejercer en beneficio de la sociedad si es que se tiene presente el artículo 39 de la Constitución. Pues éste preceptúa que: «Todo poder público dimana del pueblo» y se instituye «para beneficio de éste». De lo anterior se derivaron cuatro expresiones del derecho penal racionalmente reductoras del poder punitivo: Primera: El Derecho Penal debe

procurar que el poder punitivo sólo actúe en la medida indispensable cuando se trate de las formas más graves de lesión o peligro significativos a los bienes jurídicos esenciales de las personas. Límite de «lesión significativa a un bien jurídico». Segunda: La amenaza, intensidad y calidad de la pena sólo se justifica cuando a través de conductas humanas específicas realizadas en un determinado ámbito fáctico de prohibición — óntica, nomológica y valorativamente legislado y apreciado— se lesione a esos bienes jurídicos de la forma más grave y otros medios menos severos sean insuficientes para protegerlos o para lograr la paz social: Límites de «subsidiariedad», de «conducta prohibida», de «tipo penal» y de «necesidad racional de la pena»<sup>7</sup>. Tercera: La grave lesión jurídica se debe realizar con culpabilidad; y, por lo tanto, la pena sólo se puede modular en el caso concreto hasta la medida de aquella: Límite de «culpabilidad». Cuarta: Las penas y cualquier medida penal deben tener un fin resocializador útil que a la vez sea respetuoso de la dignidad de la persona y, además, dadas aquellas premisas, sólo son admisibles en la medida indispensable para lograr la concordia jurídico-social: Límite de «readaptación social».

### **III. La fundamentación «sustancial» de las «conminaciones» penales, de la aplicación y de la ejecución de las penas en el Derecho Penal Mexicano**

1. El poder punitivo del Estado se enmarca en las garantías individuales de los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución. Más aquél también se debe ceñir a los artículos 3º, 39 y 40 de la carta fundamental en conjunción con los demás preceptos de la misma de los que se derivan los límites que le imponen los ideales de un estado de derecho al poder punitivo.

2. Por lo tanto, sólo podrá lícitamente emplearse el poder punitivo y sus penas de prisión para proteger de los ataques más graves a los bienes jurídicos esenciales de las personas y de la comunidad. La conminación penal que incumpla con esas condiciones es sustancialmente ilícita. Se debe pues examinar el orden jurídico para despenalizar aquellas conductas cuya materia de prohibición incumpla con esos requisitos. Así como, en su caso, penalizar aquellas otras que lo ameriten dados los avances en la ciencia y la tecnología y el desarrollo empresarial. Pero, asimismo, se debe emplear la pena de prisión sólo cuando no basten para su consecución medios menos enérgicos a la prisión. Esto es, «la ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias». (Límite de «necesidad estricta de las penas».) Además, los máximos legales punibles de las penas de prisión deben ser congruos con el fin último en la ejecución de la pena de prisión. Es decir, con la reincorporación social útil del sentenciado. El sistema penal debe ajustarse a esas condiciones y para cumplir con sus fines debe prever desde vías alternas al tradicional procedimiento penal y la prisión preventiva, así como medios alternos a la prisión. (Derecho Penal «alternativo».) Por consecuencia, por una parte se debe cancelar o ajustar la previsión legal de penas de prisión que hagan nugatoria la garantía de readaptación social y, asimismo, se debe proscribir la pena de muerte. Por la otra, se deben buscar implantar en la ley vías y medidas alternas a las tradicionales del proceso y de las penas privativas de la libertad cuando se trate de delitos no graves y quepa esperar solucionar el conflicto y lograr una integración social responsable con respeto a los ofendidos y el mantenimiento de la paz social.

3. Por otra parte, la «conminación penal» debe diseñarse legalmente en forma previa y de tal modo que especifique con claridad los hechos que constituyan la materia de prohibición penal. Dándose todas las cláusulas regulativas que sean necesarias con relación a expresiones normativas ambiguas que regulen los delitos. (Límites de ley penal «previa», «escrita» y «cierta».) Como igual sólo será lícito regular y hacer efectiva la consecuencia de la «conminación penal», si la conducta —en su realidad objetiva, subjetiva y valorativa— se ajustó a la materia de prohibición (Límite de «tipicidad»); y cuando al realizarla la persona conocía o podía fácilmente conocer la ilicitud penal de aquella y las circunstancias del caso, racionalmente, le permitían ajustarse a Derecho. (Límite de «culpabilidad».) Al igual que es propio de la razón regular y advertir que en cada caso pueda ser distinto ese margen de elegir según la posibilidad concreta que se tuvo de actuar conforme a derecho. (Límite de «igualdad».)

4. La imposición judicial de la pena se debe sustentar en el previo juicio de reproche Y respecto del cual la pena se fije hasta la medida de la gravedad de la culpabilidad y para que la pena de prisión se imponga sólo de manera subsidiariamente preventiva. Esto es, mediante un procedimiento de prevención positiva donde se prevean medidas alternas que, aun cuando queden por debajo de la culpabilidad, sean suficientes para lograr la paz social y facilitar la resocialización del responsable. Por lo tanto, son esencialmente ilícitas las penas que traspasen esos límites o que se impongan para ejemplo de otros. La ejecución de las penas tiene como fin la «readaptación social» del sentenciado en los términos del artículo 18 C. Entonces, sólo está indicada una ejecución que tienda a la resocialización útil. En la que coincidan de manera amplia y se equilibren bajo el imperio de la razón, los derechos y deberes de la colectividad, del ofendido o las víctimas y los del individuo. La pena de prisión no tiene como función la de re-adaptar en la cárcel a la persona porque el delito evidenció su inadaptación o discapacidad social. Porque entonces se castiga a la persona por ser supuestamente descentrada y no en nombre del delito que cometió. La readaptación social no es nada más el punto de partida y no es el objeto que se cumple en sí con la ejecución de la pena de prisión. Sino que dicha readaptación social es, primordialmente el fin de la pena, su propósito último. En el sentido de facilitar que el sentenciado se incorpore útil y responsablemente a la sociedad. De ordinario se asocia a la readaptación social sólo con la pena de prisión. No obstante que el artículo 18 C se refiere al "sistema penal". La expresión «sistema penal» es mucho más amplia que la de sistema penitenciario. Éste se reduce a la ejecución de la pena de prisión. Mientras que el «sistema penal» alcanza no solo a la pena de prisión, sino a la implementación de todas aquellas medidas por las que sea posible lograr un fin resocializador. Ese sistema debiere aparejar a un conjunto de instituciones jurídicas que se sustenten en bases objetivas y racionales del y hacia el trabajo y la educación, con respeto a la dignidad del inculcado y cuyo fin sea la más pronta posible reinserción social responsable del inculcado o sentenciado a la sociedad.

5. Por lo tanto, cabe destacar que los medios y fines del Derecho Penal se pueden lograr antes o en vez de la pena de prisión y no sólo a través de la pena de prisión o de su ejecución. Y no sólo los sustitutivos penales al dictarse sentencia, sino la misma reparación del daño antes o durante el proceso pueden fungir como medidas alternas que cumplan también el fin readaptador. La garantía de readaptación social protege —o debería

proteger en el desarrollo de la ley secundaria— el derecho de reincorporarse a la sociedad y el interés de ésta de que realmente suceda en forma útil procurando la paz social.

#### **IV. El autoritarismo disfuncional en el Derecho Penal mexicano**

1. Los principales «dogmas» con los que —durante más de cincuenta años del siglo XX— se nutrió en México la concepción del delito y su vinculación con las penas se derivaron de una postura dual irreconciliable entre un positivismo peligrosista y un supuesto causalismo que en su conjunción forzada motivaron desatender los principios de conducta, de la realización desaprobada y con dominio de la misma en el ámbito del tipo y de la culpabilidad humana que deben regir la regulación legal e interpretación de lo que es delito.

2. El Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la república en materia federal de 1931 y los códigos penales estatales que le siguieron, adoptaron una postura ecléctica con relación a la concepción del delito. La cual osciló entre aquella corriente positivista y la causal. La primera, en vez de dar preferencia al concepto de «conducta», la daba al de «autor», fundando la pena en la «peligrosidad» del delincuente. El delito no era más que el signo de la peligrosidad social de la persona. Tesis que a la postre sirvió para pervertir aún más no solo la noción de lo que es «conducta», sino de lo que era delito para el mismo causalismo. Las que en su conjunto contribuyeron a llevar al Derecho Penal Mexicano a posturas autoritarias que partían de una concepción distinta de lo que en realidad es la conducta humana penalmente relevante y de la intervención del Estado frente a aquella, posibilitando un ejercicio extralimitado de la potestad punitiva.

3. Así el código penal federal de 1931 —y los códigos locales que le siguieron— favorecieron que se concibiera a la conducta como manifestación de una voluntad ciega. Limitada a determinar las formas externas del acto u omisión; sin importar el contenido de fin de la voluntad y el grado de conocimiento del hecho y menos aún la comprensión de su significado social. La intención o imprudencia sólo eran parte de la culpabilidad y la colmaban en sí. Y aunque con ello se empezaba por desnaturalizar lo que es la conducta y la conducta típica; además, el análisis del dolo se frustraba al analizar la “culpabilidad”, en virtud de la “presunción legal de intencionalidad”. Misma que subsistía aunque se probara que el sujeto no quiso el hecho que produjo, o que desconocía la ley; ni que creía que su conducta había sido lícita; con lo que la ley canceló la posibilidad de errores de tipo y de prohibición como excluyentes de delito. Asimismo, la ley omitió conceptuar a la intención e imprudencia, formas con las que se nutría la culpabilidad. La ley también adoptó por omisión el sistema de «*numerus apertus*» con relación a los delitos imprudenciales y omitió regular —con violación de la garantía de legalidad estricta— los delitos de comisión por omisión y las fuentes del deber jurídico de actuar. A ello se le añadió la ausencia de un criterio delimitador de los elementos del tipo penal y la falta de un concepto de culpabilidad, el que difícilmente y sólo de manera incompleta podía deducirse de las excluyentes de «responsabilidad», dados los entendimientos anteriores. Asimismo, se consideró que las formas de intervención y las modalidades atenuantes o agravantes eran causas de extensión de la responsabilidad o de la pena y, por ende, no sujetas a los principios limitadores del tipo penal que se derivan del artículo 14 C.

4. La aplicación y la medida de las penas se fundaron en la peligrosidad social del delincuente. Fuera de la libertad caucional en el proceso y de la condena condicional en la sentencia, la prisión preventiva y la pena de prisión fueron el signo distintivo legal del tratamiento penal a los procesados y los condenados. Por último, no fue sino hasta 1973 que en el artículo 18 C. surge la "readaptación social" como fin del sistema penal y, con aquella, la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. La que abre paso a la remisión parcial de la pena y a la preliberación. Sin embargo, la ley no reglamentó el trámite de aquellas, ni los requisitos objetivos de procedencia de la prelibertad. A ello se le sumó la rápida difusión de la idea de que la readaptación aparejaba un tratamiento correctivo de la personalidad del sentenciado, el que, además, se derivaba de la noción de que la pena se fundaba en la "peligrosidad". Por ende, las prisiones serían instituciones de tratamientos readaptatorios y la procedencia de los beneficios se sujetó en gran medida al grado de readaptabilidad del sentenciado —como derivación de su peligrosidad— que sin base objetiva verificable determinarían los consejos técnicos interdisciplinarios y la autoridad ejecutora.

## **V. Hacia un Derecho Penal mexicano democrático**

1. La concepción legal del delito —así como la fundamentación y la aplicación de las penas— cambian sustancialmente durante el periodo de reformas de 1984-94 al CPF; con el nuevo CPDF de 2002 y en Coahuila durante el periodo 91-94 y con el nuevo CPC de 1999. Los códigos penales federal, del Distrito Federal y coahuilense dan ahora los conceptos de dolo y culpa. Y permiten concebir a la conducta típica con su auténtica carga de fin y de conocimiento según los elementos del tipo penal. Al igual que a la conducta culpable como la actitud de contradicción con el Derecho cuando al sujeto le es racionalmente posible conducirse conforme a él. Se regula también a las fuentes del deber jurídico de actuar en los delitos de resultado por omisión. Se introduce la figura del autor mediato en las formas de intervención y el sistema de *numerus clausus* respecto a los delitos culposos.

2. Asimismo, se suprimen los delitos que castigaban el estado social de la persona sin que atendieran al principio de lesión del bien jurídico ni a una conducta específica. Se despenalizan conductas en las que la ofensa jurídica no es grave. En el CPF se introducen penas alternativas para algunos delitos y para otros delitos se les adscriben penas que son ya diversas a la de prisión.

3. La pena deja de fundarse en la "peligrosidad" para que aquella se le sustente y a la vez se le limite de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad. Nacen los sustitutivos penales de semilibertad, de multa sustitutiva, de trabajo a favor de la comunidad y de libertad vigilada. En 1993, entre otros avances, se consignan cuáles son los elementos del tipo penal como categoría procesal. Y se sustituye el criterio del término medio aritmético de la punibilidad legal hasta de cinco años de prisión, por el de delitos no graves para conceder la libertad bajo caución.

4. Los cambios son aún más pronunciados en la nueva legislación coahuilense. Porque además de las innovaciones anteriores, a diferencia del CPF y el CPDF, el nuevo CPC se ocupa de regular el nexo causal en

los delitos de resultado, mediante la fórmula de la equivalencia de las condiciones, como regla general más con los correctivos de la causalidad adecuada al caso concreto y de la imputación objetiva. La cual va mucho más allá de la mera imputación del resultado, estableciendo nuevos límites racionales a la concepción jurídica del delito a través de sólo considerar típicas las conductas que ex-ante la ley prohíba o se estimen indiciariamente como jurídicamente desaprobadas. El nuevo CPC especifica las fuentes del deber jurídico de actuar no sólo en los delitos de comisión por omisión, sino, además, en los delitos culposos. Señala cuáles son los elementos del tipo penal —como categoría sustancial— (cuya enumeración desapareció del CFPP y sin que se halle en el CPF ni en el nuevo CPDF) y los vincula con claridad a las categorías procesales del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, respecto de los que también se incluye a la antijuridicidad y la culpabilidad. Para ello el CPC precisa cuáles son los elementos materiales, normativos y subjetivos del tipo penal —para lo cual sólo los detalla como una clasificación de los elementos del tipo a los que enuncia por separado— y distingue, además, a las figuras típicas del tipo penal. Concepto éste que, además de incluir al de figura típica, capta a los dispositivos amplificadores de las formas de intervención típica y las modalidades agravantes y atenuantes. El CPC introduce como nueva excluyente de delito al error de exigibilidad y da una pauta más acabada sobre los criterios que determinan cuándo el error es vencible o invencible, tanto si se trata de error de tipo como de error de prohibición.

5. Además de todo ello, el nuevo CPC permite la extinción de la acción penal por perdón o acto equivalente no sólo con relación a los delitos perseguibles por querrela, sino respecto a los que se persiguen de oficio que no sean graves y su punibilidad no exceda en su término medio aritmético de cinco años de prisión, junto con otras condiciones. Asimismo, el CPPC crea el sistema de faltas penales como vía alterna al tradicional proceso penal y en la cual las sanciones son las de multa y el pago preventivo estimado de la reparación del daño. Dicha vía procede para todos los delitos que sin estar excluidos de penalidad alternativa, su pena máxima legal sea hasta de tres años de prisión. La vía se tramita en una sola audiencia ante el Ministerio Público, es optativa para el inculcado y sólo queda firme si paga la multa y el monto estimado de la reparación, quedando aquel obligado por ministerio de ley a reparar el saldo del daño que llegue a resultar y si no lo hace, el Ministerio Público está obligado a pedir su liquidación en incidente de ejecución ante un juez penal y continuar luego en vía de apremio para hacer efectiva la reparación. Asimismo se forma un Fondo para Víctimas y Ofendidos, que provenga de las multas y cantidades no reclamadas por las víctimas y ofendidos respecto a los pagos que hagan los inculcados en esa vía de falta penal. Por su parte, el CPC da una regulación amplia de la reparación del daño y los criterios para su determinación.

6. Igualmente, el nuevo CPPC considera delitos de penalidad alternativa para los efectos procesales a aquellos cuya penalidad máxima sea hasta de seis años de prisión. Y, de acuerdo con el nuevo CPC, la condena condicional procede cuando la pena judicial sea hasta de seis años de prisión, dentro de la cual los sustitutivos penales encuentran una regulación más detallada que el CPF, en cuanto equivalencias, duración, condiciones de ejecución y extinción, al igual que un amplio ramillete de medidas de seguridad para que el juez determine las que acompañen al sustitutivo. Requiriendo la intervención judicial, tanto para su concesión, modificación, sustitución o revocación, al vincularseles con la condena condicional como medidas alternas

condicionales. En la actualidad, tres de cada cuatro casos penales en Coahuila se resuelven por vías y con medios alternos al proceso penal y la prisión, las que principalmente se emplean durante la averiguación previa.

## **VI. Las insuficiencias y los retrocesos en el Derecho Penal mexicano de fin del siglo XX**

1. El concepto y el tratamiento dogmático de todos los contenidos de los elementos del delito y la fundamentación de las penas en la legislación penal federal, en la nueva legislación del Distrito Federal y en la coahuilense variaron sustancialmente a fin de siglo, con relación a la que hubo hasta antes de 1983. Bien se puede decir que el CPF alcanzó su nivel garantista más alto en 1993-94. Y que en el Distrito Federal se logró en el año de 2002 con el nuevo CPDF, mientras que Coahuila se alcanzó con el nuevo CPC de 1999. De la regulación legal vigente en los tres códigos se observa un tratamiento de la conducta, del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad diferente esencialmente al tratamiento que se les dio durante más de setenta años. La nueva regulación en tal aspecto se ajusta en mucho a los lineamientos de un estado de derecho.

2. Sin embargo, hay insuficiencias en la legislación sustantiva penal de los tres órdenes que favorecen la actuación arbitraria del Estado. En el CPF y el CPDF no se regulan las fuentes de los deberes de cuidado en los delitos culposos. Les falta también la regulación del nexos causal y un criterio claro delimitador de cuándo son o no son vencibles los errores de prohibición, así como respecto de las mismas formas de intervención típica según se trate de "autores" o "partícipes". Aunque en el CPDF sí se avanzó mejor en este último tema. Esas deficiencias deben y pueden ser superadas. Asimismo, en el CPF y el CPDF es parca la reglamentación de la reparación del daño, por decir lo menos, y la instrumentación legal de los sustitutivos penales es más deficiente en el primero. En muchos tipos penales delictivos del CPF, del CPDF y del CPC subsisten elementos normativos de indole jurídico y prejurídico o cultural, sin que se les adscriban legalmente pautas regulativas de su significado o sin que se hagan reenvíos expresos a otras normas legales según la materia regulada. Lo que favorece la deslegalización del poder punitivo, la arbitrariedad y ampliaciones desmedidas de dicho poder punitivo del Estado. Ello también se observa con relación a las formas típicas de intervención en el delito, principalmente en el CPF. Y en todos los órdenes es urgente una regulación acabada de las normas de ejecución penal —en especial de las penas privativas y limitativas de la libertad— que sea acorde con los principios de legalidad, objetividad y control imparcial por vía judicial, así como con el fin de readaptación social que la C. asigna al sistema penal.

3. A ello se suman signos autoritarios recientes que son preocupantes. Muchos de ellos se dieron en el CPF durante el período de 1994-99. Los tres códigos mantienen una pena de prisión máxima excesiva, irracional y contraria a la garantía de readaptación social. Lo anterior adquiere proporciones alarmantes en el CPF, debido a la regla sumatoria de sanciones que se deriva para el concurso real de delitos. A lo que se agrega que en el CFPP el número de delitos graves supera a más del doble de los que ese código señaló en 1993. Todo ello

revela una política criminal incoherente y que tiende a alejarse del espíritu de un estado de derecho que anima a la Constitución.

## **VII. El sistema penal mexicano hacia el siglo XXI:**

### **¿Derecho Penal democrático o autoritario?**

**1.** Con base en la Constitución descubrimos que el propio Estado mexicano sólo podrá aspirar a ser un estado de derecho o democrático en la medida en que el orden secundario —tan en su formulación e interpretación, como en su aplicación y ejecución eficaz— reconozca y respete los derechos humanos y beneficie a la sociedad, auto limitándose a través de garantías que aseguren esos fines.

**2.** Asimismo, que la política criminal es uno de los segmentos de la política social que al Estado mexicano le corresponde implementar de manera congrua con los ideales de un estado de derecho. Esa política criminal debe ser integral, constante en el garantismo y eficaz en sus postulados. La política criminal debe, por tanto, atender al sistema penal como un todo. Desde la prevención del delito hasta el fomento de una cultura de los derechos humanos. Desde la función de policía hasta la procuración e impartición de justicia penal, con inclusión de los menores infractores. Desde la ejecución penal hasta las medidas de seguridad. Con programas, medidas y acciones por los tres poderes y los diferentes ordenes de gobierno, que sean coherentes y funcionales, de corto, mediano y largo plazo, que incidan en los ámbitos legislativos, judiciales y prácticos. En un sistema cuyo aliento sea el espíritu de la democracia sustancial, esto es, que muestre respeto a los derechos humanos y actúe para el bien común.

**3.** En tal sentido, la política criminal acorde con los ideales de un estado de derecho al estructurar su sistema penal debe respetar la concepción del ser humano que tiene una Constitución de ese giro. Pues es de las personas y para las personas —en lo individual y como sociedad— que deriva la propia existencia y fines del Estado y del Derecho. Consecuentemente, en la elaboración y el entendimiento de las leyes penales —tan para concebir al delito y las penas que sean adecuadas, como para aplicarlas y ejecutarlas—, el Derecho Penal se debe vincular con límites formales y sustanciales que se derivan de los ideales de un estado de derecho que acoge la Constitución Mexicana. Muchos de esos límites ya están en la C., más algunos otros es preciso también consignarlos en ella si se quiere asegurar una política criminal coherente con la aspiración a un estado de derecho, como también se requiere —con más urgencia— de una reforma integral a la legislación procesal federal y del Distrito federal, sin la cual deviene en gran parte ineficaz la mejor formulación legal sustantiva y su entendimiento congruente con los ideales de un estado de derecho. Si se mantienen las formas actuales en que se regulan legalmente los procesos penales, aún cuando se dé una reforma sustantiva penal plausible, en realidad se estarán burlando las limitaciones propias del estado de derecho y consagrando un estado de policía con un discurso penal liberal.

— IX —  
EPÍLOGO

Los parámetros de justicia, racionalidad, legitimidad y humanismo que se postularon en esta tesis surgen del bloque constitucional de garantías en materia penal, están ahí, en la Constitución. Sólo vi en qué medida se inobservaron y ahora se atienden y desatienden esos baremos y las garantías penales en un pequeño pero trascendental segmento de la legislación penal ordinaria: El que involucra a la teoría del delito y al fundamento de las penas. Ello dio pie a la confirmación de verdades incólumes desde Beccaria y Montesquieu hasta nuestros días. Y a señalar “nuevos” paradigmas para la tradicional forma de concebir al delito en México. Y plantear el trazo de otros —urgentes— para cambiar el entendimiento acostumbrado del proceso penal mexicano. Aunque en el mismo México esos paradigmas “nuevos” ya yacen latentes en la misma C. e incluso en las mismas leyes sustantivas penales. Y aunque fuera de México sean comunes no sólo en la dogmática, sino en la práctica forense y en la judicatura de otros países: Lo que debe motivar en el ámbito judicial una verdadera promoción del entendimiento de los nuevos contenidos legales en el ámbito sustantivo penal que aparejan un profundo replanteamiento de la concepción tradicional del delito; pero sobre todo a sostener que es urgente que el Estado impulse una vigorosa política criminal “integral” de corto, mediano y largo plazo que sea coherente con un estado de derecho. La escasez de criterios judiciales que enriquezcan las normas “nuevas” que alimentan la estructura del delito y sus fundamentos, indica seriamente que aun la legislación más clara y definida posible es del todo inútil si los abogados no la invocan o los jueces no la aplican. ¿Y cómo?, si quizá algunos ni entiendan su auténtico significado. Aquella laguna indica también carencias académicas de capacitación o actualización adecuada. Al hablar entonces de una política criminal “integral” se le ha de decir, pues, con el pleno sentido de lo que es “integral”. Y la misma requiere —quizá con mucha más urgencia— la reforma profunda del procedimiento penal y de las vías y medidas para resolver los conflictos que se dan con motivo de hechos presuntamente delictivos.

Reitero aquí mi vocación por el principio de subsidiariedad del Derecho Penal. Y el que las ideas de intervención mínima y de estricta necesidad no sólo se refieren a los mecanismos que extraen conductas del Derecho Penal. Pueden operar también dentro del propio Derecho Penal. Al sustraer a las personas de la reacción más drástica de él: la pena de prisión. E incluso, con mayor razón, de la prisión preventiva. Para colocar en su lugar a medidas preventivas y vías y sanciones alternas a la privación de la libertad, que a la vez que respeten al ser humano, al menos eviten ser no benéficas para la sociedad. Ello se logra ahora en Coahuila donde la idea de intervención mínima se plasma en diversas instituciones de los códigos nuevos penal y procesal penal que permiten apreciar con facilidad el sello de una política criminal prevalentemente garantista, que penetra de manera amplia y profunda en el Derecho Penal coahuilense. Al abarcar más de la mitad de las conductas que tanto en el propio código penal como en el ámbito estadístico se contemplan actualmente como delitos. Lo que se refuerza aún más, con el amplio giro y tratamiento novedoso que el CPC da a la condena condicional dentro de la cuál se manejan los sustitutivos penales. Y no se diga respecto al sistema de faltas penales y el perdón o la reparación del daño como vías y medidas para extinguir la acción penal en delitos que no sean graves perseguibles de oficio. El tiempo dirá si esa visión se mantiene y

trasciende a todos los estadios donde debe manifestarse adecuadamente. Los primeros datos y la experiencia coahuilense indican que la legislación tomó la dirección correcta. La democratización y el cambio en nuestra sociedad requieren de innovaciones racionales, justas y oportunas que permitan el desarrollo individual y comunitario. El delito se debe combatir y las garantías individuales proteger de forma igual. Con toda la energía posible al alcance del Estado y a través de medios eficaces que tiendan a la seguridad individual y colectiva. Las reformas a la Parte General del CPF, los nuevos CPDF y CPC implican, además, una transformación profunda en la visión contextual y teleológica del delito y de las penas. No sólo en la concepción dogmática; sino en el terreno de la praxis al cual está destinada su aplicación. Proveyendo instrumentos para la búsqueda de la justicia y el bien común en el difícil y doloroso camino del delito y de las penas. Soluciones que se deben dar en un marco de mayor seguridad jurídica. Con respeto a la esencia del ser humano y de sus derechos; de la defensa y asistencia de las víctimas y la salvaguardia del interés social. Aún así, hay signos ominosos en la política criminal mexicana en los últimos años. La seguridad pública frente al delito representa el gran reto de la Nación de cara al siglo XXI. Es un hecho que la sociedad proclama un ¡basta ya! a la delincuencia y a la impunidad. Como también es un hecho que todos toleramos —o al menos permitimos de manera inconsciente— que naciera el punto crítico que enfrentan las instituciones. Y de que los juristas tuvimos y tenemos mucho que ver en esas faltas de permisión y de omisión. Así como paradójicamente toca a los mismos juristas impulsar paradigmas nuevos de solución. Y aún así no parece verse que se esté instrumentando una reforma integral en el ámbito penal.

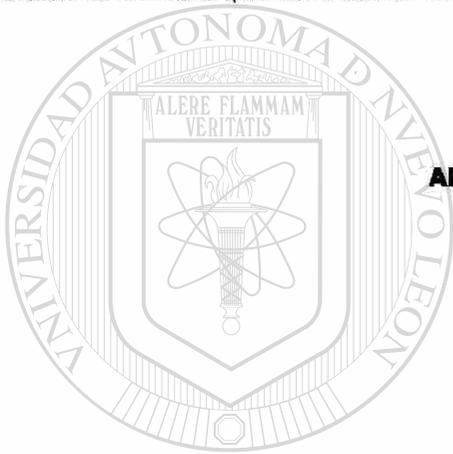
Pero también es un hecho que los mexicanos reflexionamos sobre el sentido real del sistema de seguridad pública y de justicia penal que deseamos tener. Lo que se vio en esta pequeña parcela del sistema penal confirma mi creencia de que algunas de las causas principales de la infuncionalidad en la procuración e impartición de justicia son la serie de espejismos, simulaciones y engaños que empañan a lo largo de la historia el acceso efectivo a la justicia penal. Y la indiferencia, la ignorancia y una gran resistencia para acceder a nuevos paradigmas. El Poder Legislativo con su imprecisión y lagunas, por decir lo menos, y el Poder Judicial con muchos de sus criterios —o con la omisión de los mismos— ayudaron y todavía ayudan al pavimento del camino. Aún creo que los encargados de las instituciones fueron complacientes con la indebida «simulación de justicia» en la investigación y persecución del delito. Pero escapó a los lindes de este trabajo examinar el porqué los intentos de reforma y la resistencia a nuevos rumbos de un Derecho con sentido democrático tienen principalmente en el ámbito procesal penal un contenido autoritario e infuncional. Los que se plantean y se rechazan bajo la propaganda populista de que con los primeros se combatirá a la delincuencia y con los segundos se le facilitará. Cuando con ellos lo único que se puede lograr es empeorar aún más la situación. El flexibilizar los medios para que se accione y administre la justicia, por una parte, y por la otra, el endurecer a aquella de manera ciega, en realidad se traduce en arbitrariedad y relajamiento en la investigación del delito; da motivo a más vengos de corrupción. Y vuelve a plantear espejismos de justicia, en vez de combatir a los primeros y hacer a la segunda realmente eficaz.

Sin embargo, primero era preciso sentar las bases de la política criminal dentro del propio Derecho Penal. Pues así como no se pueden comprender bien las instituciones penales sin su correspondiente lectura

procesal. Los principios del proceso penal mexicano que enuncia la Constitución tampoco se comprenderían bien sin la correspondiente lectura sustantiva penal. Aún así, dentro de los confines de este trabajo creo que demostré el porqué es necesario desterrar de la legislación y de la práctica los vicios que envenenan el sentido real de la justicia penal que programa la norma fundamental. Todo ello para que se sienten las bases sobre las que se construya un «sistema penal integral» con principios seguros y democráticos y con el auxilio de una política criminal sistémicamente coherente con los postulados de un estado de derecho que recoge nuestra Constitución. Con base en ella es posible diseñar un sistema jurídico del mismo modo completo que armonice las garantías de las personas con el beneficio de la comunidad. Lo cual involucra al Derecho Penal, al Procesal Penal y al Ejecutivo Penal. Deben así reconocerse los avances ya logrados, éstos abren una puerta al optimismo y renuevan la fe en que el cambio se pueda seguir dando. A los problemas ancestrales sólo les superan las oportunidades más grandes para superarlos. Paradójicamente, toca a los mismos juristas que hemos consentido o tolerado el punto actual, el proponer e iniciar los rumbos nuevos hacia los ideales de un estado de derecho que se hallan en nuestra C.

**Saltillo, Coahuila; abril de 2003**

**ANTONIO BERCHELMANN ARIZPE**



UANL

---

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, *Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno*, Criminalia, año LXVI, N° 2; Editorial Porrúa, México, D. F., 2000.

ADATO, Victoria, *Cuerpo del delito*, Dinámica del Derecho Mexicano, Procuraduría General de la República, 1973.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Prólogo" a *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, S. A., Madrid, España.

ALTAVILLA, Enrico, *Sicología Judicial*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1970.

BACIGALUPO, Enrique, *Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*, primera reimpression, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1999.

BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1994.

BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988.

—, "Algunas Reflexiones sobre la resocialización", Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, año XLVI, N° 1-12, Editorial Porrúa, S. A., México D. F., enero-diciembre, 1980.

BELOFF, Mary, *Teorías de la pena, La justificación imposible*, en Determinación Judicial de la Pena, compilación de Julio B. J. Mayer, Editores del Puerto, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1993.

BERCHELMANN ARIZPE Antonio, *El Sistema de Readaptación Social en Coahuila*, Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coah. , México, 1977.

—, *Tesis Penales*, Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coah. , México, 1995.

BERCHELMANN ARIZPE, Antonio y RÍOS VEGA, Luis Efrén, *Tesis Penales, Actualización I*, Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coah. , México, 1998, Tomos I y II.

BETTIOL G, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.

BOLEA BARDON, Carolina, *Autoría Mediata en el Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000.

BORJA OSORNO, Guillermo: *Derecho Procesal Penal*, 1a. reimpression, Editorial Cajica, Puebla, Pue. , Méx. , 1977.

BUSCH, Richard, *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito*, tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1992.

BUNSTER, Álvaro, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, decimocuarta edición, UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999.

BURGOA O., Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 28a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.

—, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1973,

CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1996.

CARDONA ARIZMENDI, Enrique y OJEDA RODRÍGUEZ, Cuahutemoc, *Nuevo Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato*, primera edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1978.

- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código Penal Anotado*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México DF., 1991.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y José Guerrero de las ediciones italianas 5 y 6 de Lucca, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1956.
- CENICEROS, José Ángel y GARRIDO, Luis, *La Ley Penal Mexicana*, Ediciones Botas, México, 1936.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Propuesta de Reforma Legislativa Integral sobre las penas sustitutivas de prisión*, documento preparado por Miguel Sarre, Fernando Coronado Franco, María Alma Pacheco Peña, Sara C. Tapia Rangel, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.
- CÓRDOVA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Ariel, reimpresión 1976, Barcelona-Caracas-México, 1976.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1974.
- CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, *Derecho Penal Mexicano*, Librería de Porrúa Hnos. y CIA, S. A., México 1971.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1990.
- DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo, *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- DE LA GANDARA VALLEJO, BEATRIZ, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Prólogo de Enrique Bacigalupo Zapater, Editorial Colex, Madrid, España, 1995.
- DEL VEECHIO, Georgio, *Sobre el Fundamento de la Justicia Penal*, Editorial Reus, Madrid, España, 1947.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.
- , *Cuerpo Del Delito: Causalismo Y Finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
- , "Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?", en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, en coautoría con Enrique Gimbernat Ordeig, Christian Jäger y Claus Roxin; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
- , "¿Qué acaso es detener, consignar y en el proceso averiguar?", *Criminalia*, año LXV, N° 1, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Editorial Porrúa, S. A., México, enero-abril, 1999.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal Federal (comentado)*, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- DONNA, Eduardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales, El caso de las leyes penales en blanco*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- FELIP I SABORIT, David, *El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Editorial Atelier, Barcelona, España, 2000.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental, Vol. I*, reimpresión de la segunda edición, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Garantías, La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.
- , *Derecho Penal y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayán Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, cuarta edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 2000.
- FERREIRA DELGADO, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, S. A., Bogotá, Colombia, 1988.
- FIX FIERRO, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999.
- FLETCHER, George P., *Principios Básicos de Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1997.
- FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, traducción, Manuel Cancio Melia, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Yesid Reyes Alvarado, Coordinador, Arturo Ventura Püschel, Dirección, Enrique Bacigalupo, Editorial Colex, Madrid, España, 1995.
- FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Editorial Comares, España, Granada, 2001.
- GARCÍA CORDERO, Fernando, *Los Derechos Humanos en los reclusorios (Cárcel de Amoloya de Juárez)*, Criminalia, año LXI, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., mayo-agosto 1995.
- , "La Iniciativa de Reforma Constitucional 1997-98" en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., enero-abril de 1998.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel, *Los delitos especiales federales*, Editorial Trillas, México, 1987.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Manual de Prisiones, La Unificación Penal en México*, Editorial Botas, México, 1970.
- , *Proceso Penal y Derechos Humanos*, 2a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1993.
- , *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Ed. Porrúa, S. A., México, 1999.
- , *La Reforma Penal de 1971*, primera edición, Editorial Botas, México, 1972.
- , *El sistema penal mexicano*, primera edición, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., México, 1993.
- , "Una reforma inquietante", Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, año LXIV, N° 1, enero-abril, 1998, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1998.
- , "La Reforma Procesal Penal en la Constitución: ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?", Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, año LXIV, N° 3, septiembre-diciembre, Editorial Porrúa, S. A., México D. F., 1998.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España, 1996.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1992.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1999.
- , *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Madrid, España, 1999.
- , *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Editorial Reus, Madrid, España, 1966.
- GÓMEZ MONT, Fernando, *Causas de exclusión del delito*, Coloquio "Reformas a la Constitución y diversos ordenamientos legales en materia penal", Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, mayo de 1994.

GÓMEZ-REBOLLEDO VERDUZCO, Alfonso, *Extradición en derecho internacional, aspectos y tendencias relevantes*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

GONZÁLEZ BLANCO, Alberto, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *"Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano"*, 3a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1959.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Comentarios al Código Penal*, primera edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1975.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Pereznieto Editores, S.A. de C.V., México, 1995.

—, "¿Reformar la Constitución para combatir la delincuencia?" en este país, *Tendencias y opiniones*, Méx., Núm. 90, septiembre de 1998.

GUERRA AGUILERA, José Carlos, "De una jurisprudencia histórica", en *ABZ, Información y Análisis Jurídicos*, ABZ Editores, Morelia, Mich., Méx., Núm. 58, año III, 2a. quincena de noviembre de 1997.

HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional, Estudio introductorio*, traductor e índices, Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

HASSEMER, Winfred, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1984.

HERRERA LASSO Y G., Eduardo, "Cuerpo del Delito", *Criminalia*, año XXXIX N° 11-12, México, D. F., nov-dic., 1973.

ISLAS GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y RAMÍREZ Elpidio, *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1970.

—, "El delito en el derecho de procedimientos penales", *Revista Jurídica de Escuela de Derecho de la UJAT*, N° 1, 1975.

ISLAS, Olga, "Comentarios a la Iniciativa de Decreto que reforma los artículos 16, 19, 20, 22 y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., enero-abril de 1998.

—, "El dolo en el Derecho Penal" en *Jus Semper* (revista del Tribunal de Justicia del Estado) Oaxaca, México, Editado por Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 1990.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del Derecho Penal*, 5, cuadernos "Luis Jimenés de Asúa", Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, España, 1999.

JÄGER, Christian, *La pena de muerte y política criminal*, traducción de Miguel Ontiveros Alonso (México) y Minor Enrique (Costa Rica), conferencia dictada los días 6 y 8 de septiembre de 2000 en la UNAM (México) y en la Universidad de Baja California (Tijuana), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 2001.

JAKOBS, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997.

—, *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones y Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Reforma del Derecho Penal en Alemania, Parte General*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tercera edición, actualizada, Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1964.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, Ed. Porrúa, S. A., México, 1970.  
—, *La Antijuricidad*, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.
- LARA ESPINOZA, Saúl, *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1999.
- LOMBROSO, Rafael, *La criminología. Estudio sobre el delicto y sobre la teoría de la represión*, traducción Pedro Dorado Montero, Editorial La España Moderna, Madrid, España, 1890.
- LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto del tipo penal en México, un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1999.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, tercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000.
- MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, "El tipo penal", Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, año LXIII, N° 1, enero-abril, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1997.
- MARINNUCCI, Giorgio, *El delito como 'acción'*, Prólogo del Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós, Madrid-Barcelona, España, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, "La estética de la teoría finalista de la acción penal", Revista de la Facultad de Derecho de México, T. LXII, N° 183-184, mayo-agosto, México, DF., Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.  
—, "La reforma del artículo noveno del Código Penal del Distrito Federal", *Ars iuris*, N° 1, México, DF., Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana, 1989.
- MESTRE DELGADO, Esteban, *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Ed. Edisofer, SL, Madrid, España, 2001.
- MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1957.
- MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, primera edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1994.  
—, "Función fundamentadora y limitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control, Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, N° 0, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1995.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Prólogo de González Rodríguez Mourullo, José María Bosch editor, Barcelona, España, 2001.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999.  
—, *Algunos comentarios sobre el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2001)*, en *Proyectos legislativos y otros temas penales, Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.  
—, "Penalización y despenalización en la reforma penal, Importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales", *Criminalia*, año LIX, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Ed. Porrúa S. A., México, D. F., mayo-agosto 1993.

—, *"Análisis de la Iniciativa de Reformas Constitucionales en Materia Penal (artículos 16 y 19)"* en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., enero-abril de 1998.

—, *"El combate a la delincuencia"* en *El Universal, Bucareli Ocho*, Méx. , domingo 6 de septiembre de 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*, 4ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

NAUCKE Wolfgang, OTTO Harro, JAKOBS Günter y ROXIN Claus, *La prohibición de regreso en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera reimpression, Bogota, Colombia, 2001.

NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la invencibilidad del error de prohibición*, Editorial Atelier, Barcelona, España, 1999.

RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, *"Sistemas de justicia y criminalidad, Funciones del sistema de justicia"*, *Jus Semper*, Revista del Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca, Oax. , Méx. , núm. 19, enero-marzo, 1998.

REGINO, Gabriel, *"Reflexiones sobre la Iniciativa de reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo"* en *Lex. Difusión y Análisis*, Méx. , Tercera época, año IV, núm. 34, abril de 1988.

R.H.S. GROSSMAN, *Biografía del Estado moderno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

REQUEJO CONDE, Carmen, *La Legítima defensa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.

RESEÑA DEL CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMÉRICA, Procuraduría General de la Republica-Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967.

RÍOS VEGA, Luis Efrén, *"Hacia un sistema penal autoritario"*, ABZ, Información y Análisis Jurídicos, ABZ Editores, Morelia, Mich. , Méx. , Núm. 90, año IV, 2a. quincena de marzo de 1997.

—, *"Hacia un sistema penal autoritario"*, ABZ, Información y Análisis Jurídicos, ABZ Editores, Morelia, Mich. , Méx. , Núm. 91, año IV, 1a. quincena de abril de 1997.

RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 5a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.

—, *"Apuntes sobre el cuerpo del delito"*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, *Criminalia*, año XXI, sep.-dic. , Editorial Porrúa, S. A, México, D. F., 1968.

—, *Derecho Penal Fiscal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge, *"La prevención general positiva"*, *Criminalia*, año LXI, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., septiembre-diciembre 1995.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

ROMERO APIS, José Elías, *"Comentarios del Proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales"*, en *Proyectos legislativos y otros temas penales, Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.

ROXIN, Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Ed. Reus, S. A, Madrid, España, 1976.

—, *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción por Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.

—, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2.ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal; reimpression, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999.

- , *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, 7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, España, 2000.
- ROXIN, Claus; JAKOBS, Günter; SHÜNEMAN, Frisch; BERND Wolfgang y KÖLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, Civitas Ediciones S. L., Madrid, España, año de 2000.
- RUDOLPHI, Hans-Jaschim, *Causalidad e imputación objetiva*, traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Colombia, 1998.
- RUIZ VADILLO, Enrique, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Editorial Colex, Madrid, España, 1997.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro, *Sistema Penal y criminología crítica*, Ed. Temis, Bogota, Colombia, 1989.
- SARRE INÍGUEZ, Miguel, *"Improcedencia de la prisión preventiva en los procesos por delitos cuya penalidad contempla un sustitutivo de prisión"*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, LIX, N° 3, sep.-dic. , México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 1993.
- SEELIG, Ernesto, *Traatado de Criminología*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1958.
- STRATENWERTH, Günter, *Acción y resultado en derecho penal*, traducción de Marcel A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1991.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, octava reimpresión total, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina, 1978.
- , *Reseña del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Procuraduría General de la República-Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1974.
- SOSA ORTIZ, Alejandro, *Los Elementos del Tipo Penal, la problemática en su acreditación*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1999.
- OBANDO M. L., Víctor, *"Apuntes sobre la culpabilidad con intención a la reforma"*, en *Criminalia*, año XLVII, N° 1-6, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Ed. Porrúa, S.A., México, enero-junio 1981.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.
- PALAZZO, Giuseppe, *"Principi costituzionale, bene guiricidi e scelte di discriminizzazione"*, en *Studi In Memoria Di Pietro Nuvolone*, Vol. I, Milán, 1995.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.
- , *La Tentativa, Breve Ensayo sobre la Tentativa*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1974.
- , *Procuración y Administración de Justicia Penal*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, año LXVI, N° 2; Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 2000.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *Código Penal de Michoacán Comentado, (Parte General)*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1976.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1984.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *"La Iniciativa de Reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la Propuesta de Reformas al Código Penal"* en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., enero-abril de 1998.

PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA-ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, México, 1967, p. 494.

PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.

VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito, primera edición*, Editorial Trillas, México, 1977.

—, *"El principio de legalidad y los tipos abiertos"*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, abril-junio, Editorial Porrúa, S. A., México, 1978.

VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983.

VILLARREAL PALOS, Arturo, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pare General, 11° reimpresión, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1976.

WHALEN J., Charles, *'It's about jobs, stupid'*, Economic Trends, en Business Week, Latin American Edition, august 21-28, 2000.

ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 5a. edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.

—, *"El juicio penal en rebeldía"*, Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 1, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., enero-abril de 1998.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *"Cuerpo del delito y tipo penal"*, tercera reimpresión, Ángel Editor, México, DF., 2001.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomos I y III, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1981 y *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

—, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1984.

ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo, *La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, segunda edición comentada, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992.

ZEPEDA LUCONA, Guillermo, *"Delincuencia: fachada reformadora y los sótanos de la impunidad"*, Revista del Senado de la República, V. 4, no. 11, abril-junio, México, 1998.

—, *"Expectativas de justicia defraudadas: la actuación de las procuradurías de justicia en el esclarecimiento y la persecución de los delitos"*, en Diálogo y Debate, N° 12, Centro de Estudios para la Reforma del Estado, México, junio de 2000.

