

# Acerca de la teoría del delito y del sujeto responsable\*

*Clara Castillo Lara\*\**

Hasta la década de los setenta, la teoría del delito había sido la principal preocupación de los penalistas, pero comenzaron a criticar las orientaciones intrasistemáticas que hasta entonces habían encauzado el estudio del derecho penal, que se había centrado especialmente en dicha teoría. Y para ese momento se estaba gestionando un cambio que se concentraría en la política criminal. Como resultado, el derecho penal comenzó a vislumbrarse como parte de un sistema de control. Así, el campo de la investigación jurídica se amplió a otras ramas del conocimiento, como por ejemplo, la criminología, la política criminal, la sociología, antropología y estadística criminal, entre otras ramas auxiliares del derecho, en la resolución de las controversias que se presentan.

*Until seventies, the crime theory had been the main concern of penologists. However, the intrasystemic guidelines were criticized although they channeled the criminal law study especially on that theory. At that time, a change that would be focus on crime politics has being managed. As a result, criminal law began to take shape as part of a control system. Thus, the legal research was extended to other knowledge branches, such as criminology, criminal politics, sociology, anthropology and criminal statistics, including other law's auxiliary branches, to resolve the presented disputes.*

**SUMARIO:** Introducción / I. La teoría del delito y su evolución / II. La teoría político-criminal del delito / III. Sujeto responsable / IV. Conclusiones / Bibliografía

---

\* Fundamentado en la obra de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée.

\*\* Profesora Investigadora del área de Derechos Humanos y Alternatividad Jurídica Social, UAM-A.

## Introducción

La teoría del delito y la teoría del sujeto responsable,<sup>1</sup> tratan sobre una propuesta analítica que resulta útil para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea responsabilidad penal para su autor. Por lo mismo, es importante subrayar que ambas teorías pertenecen al método dogmático, de tal manera que la primera, está ordenada y sistematizada bajo las categorías de *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*; y la segunda, con las categorías de *tipicidad*, *antijuridicidad* y *sujeto responsable*, ambas, con las reglas jurídicas que condicionan la responsabilidad penal. En tal sentido, la sistematización resulta doblemente garantista, porque asegura que todo lo jurídico penalmente relevante del hecho probado será objeto de estricto análisis, y además, porque ofrece la seguridad de que la ley será interpretada siempre igual, posibilitando así la aplicación racional del derecho.

Consecuentemente, las dos teorías referidas, constituyen un obstáculo a la arbitrariedad en la interpretación de la ley. Pues cada una de las categorías (*tipicidad*, *antijuridicidad* y *sujeto responsable*), contienen argumentos que sostienen la interpretación de la ley penal, acorde con los postulados básicos de un Estado de derecho, expresados en principios político-criminales<sup>2</sup> que condicionan la creación y la aplicación de las normas penales.

Lo anterior es así porque la arbitrariedad puede darse en la interpretación de la ley, así como en el establecimiento de los hechos probados, pues la selección arbitraria de estos puede dejar de lado aspectos fácticos de relevancia jurídica, al buscar la oportunidad de inferir las intenciones del autor del hecho, jurídicamente relevantes. Por eso es tan importante el establecimiento de los hechos probados, pues de esa forma se condiciona la aplicación de la ley. Además, la obligación a la motivación de las sentencias, implica que el juez debe explicar el proceso intelectual a través del cual llegó al convencimiento del fallo en un sentido y no en otro. El artículo 72 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,<sup>3</sup> deja en manos del

---

<sup>1</sup> Cf. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal I*, Madrid, Trotta, 1997, p. 127.

<sup>2</sup> *Ibidem.*, pp. 134-136.

<sup>3</sup> Artículo 72.- Toda resolución judicial expresará la fecha en que se pronuncie. Los decretos se reducirán a expresar el trámite.

Los autos contendrán una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de sus fundamentos legales.

Las sentencias contendrán:

I. El lugar en que se pronuncien;

II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación oficio o profesión;

III. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias;

IV. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y

V. La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutive.

tribunal la apreciación de las pruebas presentadas en juicio y no exime de la obligación de motivación. Y en opinión de Bustos y Hormazábal,<sup>4</sup> nada se obtiene con una teoría del delito que garantice una aplicación segura y racional de la ley penal si el juez tiene discrecionalidad para fijar los hechos probados.

Ahora bien, el proceso de argumentación distingue dos ámbitos. El primero, es el de la dogmática jurídica cuya función principal es suministrar criterios para la aplicación del derecho y, el segundo, es, precisamente, el de los órganos que aplican ese derecho. Entre ambos procesos se observan diferencias, pues mientras los operadores jurídicos tienen la misión de resolver los casos concretos, como por ejemplo, si se debe o no transfundir al enfermo que no desea ser transfundido, porque su religión no se lo permite; el dogmático, en cambio, se ocupa de los casos abstractos y genéricos, tales como los límites del derecho a la vida y a la libertad personal, para lo cual busca argumentar, objetivamente, cuál de estos derechos debe prevalecer.<sup>5</sup>

Es de gran relevancia subrayar que en la evolución de la teoría del delito<sup>6</sup> y del sujeto responsable, existen diversos estadios que constituyen un modelo de análisis diferente que se fue construyendo sobre la base del modelo anterior, esto, con la perspectiva de superar sus carencias. Por lo mismo, se han vuelto más complejos y también más exactos y eficaces en la práctica. De tal manera que es la *acción*<sup>7</sup> la piedra angular del sistema y los elementos de *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*, se repiten en cada una de las propuestas pero con contenidos diferentes, y siempre condicionados por los fundamentos ideológicos que la origina, volcándose, después, en el concepto de *acción* en las posturas causalista y finalista,<sup>8</sup> o en objetivos político-criminales, como los fines preventivos generales de la pena, así como la afirmación de los valores del sistema.<sup>9</sup>

## I. La teoría del delito y su evolución

En la teoría del delito, Bustos y Hormazábal establecen la distinción entre la teoría del delito y una teoría del sujeto responsable,<sup>10</sup> donde, esta última ostenta fundamentos distintos al injusto,<sup>11</sup> referidos exclusivamente al sujeto y al concepto de *culpa*-

<sup>4</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, p. 129.

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> *Ibidem.*, p. 127.

<sup>7</sup> Cf. Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 25 y ss.

<sup>8</sup> Cf. Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*, vol. II, Buenos Aires, De Palma, 1995, pp. 1 y ss.

<sup>9</sup> Cf. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, p. 63.

<sup>10</sup> *Ibidem.*, p. 125.

<sup>11</sup> Entendida como aquel “[...] sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica, lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma”. “En derecho penal se emplea

*bilidad* de las teorías tradicionales. Entonces, al referir la evolución de la teoría del delito debe distinguirse entre el causalismo naturalista, el causalismo valorativo, la teoría finalista de la acción y los planteamientos político-criminales.<sup>12</sup> Igualmente, en la historia de la teoría del delito se incluye la teoría social de la acción.<sup>13</sup>

Para explicar lo anterior, se cuenta con el causalismo naturalista, conocido también como sistema Liszt-Beling,<sup>14</sup> el cual se identifica como un modelo cuya base positivista naturalista marca el inicio de la dogmática moderna y, a partir de él, se pretende configurar una teoría científica del delito, precisándolo como una acción equivalente a un hecho de la naturaleza que produce un cambio en el mundo social. Luego, el delito guarda relación de causalidad entre esa acción y la modificación del mundo. En el entendido de que las funciones de los elementos del delito se definen de la siguiente manera:

a) La tipicidad,<sup>15</sup> es *descriptiva* del proceso causal de la relación de necesidad entre un antecedente que es la acción, y un consecuente que es la modificación que esa acción produce en el mundo social. Entonces, la determinación de la tipicidad se realiza comprobando la relación de causalidad entre la acción y el resultado, por tanto, tiene un carácter *objetivo*. Un ejemplo suficiente para determinar la tipicidad de la acción de Ricardo, sería saber que disparó su arco contra Jaime, atravesándolo con la flecha y privándolo de la vida, y así, desde el causalismo naturalista, bastaría sólo con comprobar la relación de causalidad entre la acción y la muerte de Jaime.

Por lo cual, en la actualidad, la conducta de Ricardo sería calificada como típica, de comprobarse que dolosamente privó de la vida a Jaime, pues se correspondería con el artículo 123 vigente en el Código Penal para el Distrito Federal (CPDF),<sup>16</sup> siempre y cuando no se encuadre en alguna de las causas de atipicidad que se localizan en el artículo 29<sup>17</sup> del mismo ordenamiento.

b) La antijuridicidad<sup>18</sup> es *valorativa* por lo mismo, valora la relación de contradicción entre el proceso causal con todo el ordenamiento jurídico. Así, la antijuridicidad

---

la expresión de tipo de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hechos de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad". Cf. Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 102.

<sup>12</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 134 y ss.

<sup>13</sup> Cf. Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 54.

<sup>14</sup> Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 298 y 299; y Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>15</sup> Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 59.

<sup>16</sup> CPDF, "Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión."

<sup>17</sup> CPDF, Artículo 29 (*Causas de exclusión*). El delito se excluye cuando:

I. (*Ausencia de conducta*). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. (*Atipicidad*). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate [...]" (Las cursivas son mías.)

<sup>18</sup> Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 101.

es de carácter *objetivo*. Por lo que una vez comprobada la tipicidad de la conducta, se efectúa la valoración desde el ordenamiento jurídico, y una vez que se relaciona el resultado de la acción con el ordenamiento jurídico, si no existe una causa de justificación, se determina entonces la antijuridicidad de la conducta, y por tanto, este hecho típico y antijurídico es de carácter *objetivo*, y pertenece al mundo *natural*.

c) La culpabilidad,<sup>19</sup> en el causalismo naturalista, es una relación psicológica entre el hecho y su autor, tiene carácter *subjetivo* perteneciente al mundo *natural*. Por eso, la culpabilidad se agota en el dolo y la culpa, como formas de tal relación psicológica. Este elemento conocido como culpabilidad, es entendido como la relación psicológica del hecho con el autor, y requiere de éste, condiciones de madurez y de salud psíquica y física para que esa relación tenga lugar. Ambas, son condiciones que determinan la imputabilidad. Pues el modelo conocido como causalismo naturalista, necesariamente contempla la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Por lo referido, se puede afirmar que el delito goza de un ámbito de carácter objetivo, conocido como injusto<sup>20</sup> y otro de carácter subjetivo conocido como culpabilidad. Ambos tienen en común su pertenencia al mundo de lo *natural*, en el sentido de las ciencias de la naturaleza. Sin embargo, a esta propuesta se le objetó que no posee un concepto superior de acción, considerando que tanto la acción como la omisión, son realidades diferentes. También se le criticó la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo, y dentro de lo objetivo, lo descriptivo con lo valorativo. Asimismo, se constató la presencia, en algunos injustos, de ciertos elementos subjetivos, necesarios para su comprensión jurídico-penal.

***Este elemento conocido como culpabilidad, es entendido como la relación psicológica del hecho con el autor, y requiere de éste, condiciones de madurez y de salud psíquica y física para que esa relación tenga lugar.***

En relación con lo descrito, cabe mencionar que en el necesario “ánimo de dominio”, el delito de robo tiene un carácter subjetivo, y se corresponde con el ámbito del tipo penal de robo, contenido en el artículo 220<sup>21</sup> del CPDF. De tal manera que si no hubiera el ánimo de dominio, el robo llegaría a dimensiones intolerables, pues una persona, al tomar una prenda de vestir o de adorno y probársela para verificar si es de su medida o gusto, ya estaría

<sup>19</sup> *Ibidem.*, pp. 141 y ss.

<sup>20</sup> Cf. Hans Welzel, *El nuevo sistema penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964 (2ª reimp. Argentina, I B de F, 2004, pp. 97 y ss); Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 131; Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 294; y Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Manuel Lazón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Barcelona, Civitas, 1997, pp. 356 y 357.

<sup>21</sup> “Artículo 220. Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán [...]”.

realizando el delito. En el supuesto que sirve de ejemplo, se revela que el tipo no es solamente descriptivo, al verificarse la presencia de elementos valorativos.<sup>22</sup> En tal sentido, lo valorativo llega hasta la culpabilidad al no agotarse con el dolo o la culpa, por ser un juicio valorativo de reproche que no despliega sus capacidades para actuar acorde a derecho.

En consecuencia, el resurgimiento del pensamiento kantiano del siglo pasado, es el fundamento para la revisión crítica del positivismo, y la salida de este último que está centrado en el concepto de causalidad. En ese sentido, la ideología neokantiana<sup>23</sup> distingue entre dos ciencias que vienen a ser la de la naturaleza y la de los valores, propia esta última del aspecto social de los hechos. Así, este causalismo valorativo propuso la suma de ambas, porque de esa forma mantendría el concepto de acción causal, y la causalidad pasaría a ser causalidad valorada. Al respecto, se cuenta con la siguiente explicación:

a) La tipicidad es *descriptiva* y *valorativa* del proceso causal. Además, pertenece al ámbito objetivo, y por excepción, puede llegar a contener *elementos* subjetivos,<sup>24</sup> pues ciertos tipos no podrían entenderse sin ellos. Por ejemplo, el tipo legal de robo, sin cuyo elemento subjetivo, conocido como *ánimo de dominio*, no podría entenderse, porque de no existir ése ánimo, el ámbito de aplicación del tipo se extendería a todos los supuestos en que el autor sólo tomara la cosa para verla o probársela.

b) La antijuridicidad es *valorativa* y *objetiva*, y por excepción, contiene algún elemento subjetivo, por ejemplo, el conocimiento, en algunas causas de justificación. Así, el injusto es *objetivo* y pertenece al mundo del *valor*.<sup>25</sup>

c) La culpabilidad es *subjetiva* para el causalismo naturalista, y para el causalismo valorativo es *valorativa*, ello porque es entendida como un reproche al autor. Aunque también es *subjetiva*, porque, según se afirma, la persona posee la capacidad para actuar de otra manera, contraria a delito. Entonces, *dolo* y *culpa*, pasan a ser sólo elementos de la culpabilidad,<sup>26</sup> y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, se integra así como un elemento en ella. Asimismo, algunas veces se incluye como elemento la exigibilidad de la conducta, es decir, la valoración de las circunstancias en que actuó la persona. De esa forma, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo valorativo, o sea, el injusto, y otro de carácter subjetivo valorativo denominado culpabilidad. Si esto es así, entonces la característica común en ambos, es su pertenencia al *mundo del valor*.

---

<sup>22</sup> “A este respecto, y para seguir con el ejemplo del tipo de hurto, cabe mencionar los elementos ‘cosas muebles ajenas’. Es indispensable para el entendimiento de este tipo la comprensión de estos elementos que no son descriptivos. Su inteligencia requiere una consideración normativa o valorativa”. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>23</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 300.

<sup>24</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Idem*.

Sin embargo, también se objetó al causalismo valorativo su incapacidad para proporcionar una explicación coherente para los elementos subjetivos que aparecían en el tipo. Igualmente se le cuestionó la ubicación del dolo. Pues si la culpabilidad es valoración no puede ser también objeto de valoración, porque lo que se valora es justamente la acción dolosa. Por eso, el causalismo valorativo no consigue superar la crítica al concepto de acción.<sup>27</sup> Lo mismo sucede con la revisión crítica al positivismo, agudizado con la teoría finalista al atacar el concepto de *acción*, sobre la base del movimiento cultural, científico y filosófico surgido en los años treinta, y con ello, los principios del finalismo están intrínsecamente relacionados con la afirmación de que el delito es acción final<sup>28</sup> no causal. De esta manera, el actuar humano se determina *desde* el fin perseguido por el autor, surge de su experiencia causal. Con este planteamiento, la causalidad queda *integrada*, no sumada, como en el causalismo valorativo, en la tipicidad. Luego:

- a) La tipicidad conlleva un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo del proceso causal, además de un aspecto subjetivo que acopia, valorativamente, el proceso desde el fin. Por lo que dolo y culpa, pertenecen a la tipicidad.
- b) La antijuridicidad es objetiva y valorativa, pero las causas de justificación contienen elementos subjetivos, esto es, *conocimiento e intención*.<sup>29</sup> Por eso, para los finalistas, el injusto se integra de distintos caracteres, y el elemento común, es lo subjetivo.
- c) La culpabilidad es reprochabilidad,<sup>30</sup> o sea, es un proceso *valorativo* de la capacidad de motivación de actuar de otra manera, conforme a la norma, y aún así, actuar en contra de ella, lo cual viene a conformarse como el aspecto *subjetivo*. Si esto es así, los elementos de la culpabilidad son, la imputabilidad y la conciencia del injusto. Y para la teoría finalista, la exigibilidad de la conducta no es elemento de la culpabilidad, pues la persona podía actuar de otra manera.<sup>31</sup>

En consecuencia, para la teoría finalista, dentro de sus procesos de integración, está siempre lo subjetivo valorado éticamente. Por eso, esta teoría considera que es punible la tentativa de un delito imposible, pues en ello, existe ya una subjetividad desvalorada que se ha objetivado. La posibilidad del delito imposible se plantea en los supuestos donde la realización delictiva no puede llevarse a cabo por inidoneidad en el objeto o en el medio.<sup>32</sup> Por ejemplo, el supuesto donde alguien intenta privar de la

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> Hans Welzel, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

<sup>29</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>30</sup> *Cf.* Hans Welzel, *Derecho penal*, trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956, p. 168.

<sup>31</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>32</sup> *Ibidem.*, pp. 133 y 134.

vida a otro que ya esta muerto e ignorándolo le dispara.<sup>33</sup> Otro caso es intentar privar de la vida a una persona con una barra de chocolate, sin que sea alérgica al mismo.

Las críticas respecto a que en la omisión no hay finalidad y, por tanto, tampoco causalidad, y de que en el delito culposos no hay un proceso valorado desde el fin, y que la culpabilidad guarda relación directa con el sujeto y no con la acción, llevó a un cambio total en la teoría. De tal manera que delito es ahora injusto y culpabilidad.

Al respecto, el finalismo habría de reconocer estructuras diferentes para la acción y la omisión, así como también aceptar que los injustos de acción y omisión pueden ser dolosos o culposos, y con ello plantea cuatro propuestas metodológicas diferentes: *a)* para los delitos de acción dolosos; *b)* para los delitos de acción culposos,<sup>34</sup> *c)* para los delitos de omisión dolosos, y *d)* para los delitos de omisión culposos. Con todo, el finalismo logró superar las críticas que le habían hecho a la propuesta causalista, consiguiendo una mayor precisión conceptual y sistemática. No obstante, se le criticaría la acentuación en la valoración del acto, y su tendencia a la eticización y subjetivización del delito al prescindir del resultado, esto es, de la afectación al bien jurídico.<sup>35</sup>

Posteriormente, con los planteamientos político-criminales de los años sesenta, se producen cambios en las teorías anteriores al dejar de lado las posiciones con categorías ontológicas como la causalidad, la finalidad y el libre albedrío, lo que significa que el delito es una categoría del ser, y sostiene que el punto de partida es el fin de la pena. Con eso, el planteamiento preventivo especial no consigue construir una teoría del delito por cuanto se centra en la resocialización, lo que le impide crear las bases necesarias para ello.

Al contrario, el pensamiento preventivo general, sí puede reconstruir una teoría del delito desde el fin de la pena. Sin embargo, la posición preventiva general negativa, con el efecto intimidante de la norma, niega la culpabilidad por estar fundamentada en la fe, esto es, en el libre albedrío, más aún, sobre la capacidad de la persona de actuar de otra forma, lo que resulta indemostrable, pues es muy difícil determinar, y más demostrar, la manera en que actuará una persona cualquiera ante un hecho concreto. De tal suerte que el delito está formado por el injusto, pues cuenta con una estructura similar a la de los finalistas y a la necesidad de la pena. Sin embargo, la crítica de este planteamiento es que omitió el valor garantista de la culpabilidad que había conseguido limitar la intervención punitiva del Estado. Pero entonces, sin la culpabilidad, la pena carecía de fundamento, por lo que dicho vacío se intentó llenar desplazando el contenido de la culpabilidad al injusto o a la pena, lo que produjo graves distorsiones conceptuales.

---

<sup>33</sup> “En definitiva, para los finalistas, dentro de sus procesos de integración prima siempre lo subjetivo valorado éticamente. Por eso consecuentemente es para ellos punible la tentativa de delito imposible, pues ya en ello hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado”. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>34</sup> Hans Welzel, *El nuevo...*, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

<sup>35</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo...*, *op. cit.*, p. 32; y Claus Roxin, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

Surgieron las posiciones moderadas, la crítica a la posición radical que ignoró el carácter garantista de la culpabilidad y trajo consigo otra visión del problema, el cual se fundamentó sobre otra visión de la prevención general, conocida como prevención general positiva. De tal manera que ahora la norma penal carece del efecto de coacción y sólo contiene la consecuencia teórica de reconfirmación de la conciencia jurídica del sistema en los sujetos.<sup>36</sup>

En relación con lo anterior, surgieron otras posiciones cuyo común denominador es el injusto, con una estructura similar a los finalistas, y por la otra, la culpabilidad. En ese sentido, el injusto trata de la motivación de la norma respecto de los sujetos a la reconfirmación de la conciencia jurídica, en la culpabilidad habrá que constatar que los sujetos cuentan con la capacidad de motivación. Aunque esto no es diferente con las posiciones ontológicas, porque también se parte de un dogma. Por eso, la culpabilidad será motivabilidad<sup>37</sup> para algunos, y para otros abordabilidad normativa.<sup>38</sup>

### Con los planteamientos político-criminales críticos surgen:

- a) *El abolicionismo*,<sup>39</sup> el cual no es capaz de elaborar una teoría del delito, porque parte esencialmente de la abolición del derecho penal, con lo cual parece escapar a la realidad, pues el Estado siempre intervendrá coactivamente sobre las personas y eso es precisamente el derecho penal, no otra cosa, pues, si el Estado tiene injerencia en el ámbito personal de los gobernados, será, siempre, derecho penal, aunque le cambien el nombre.
- b) *En las posiciones moderadas*,<sup>40</sup> se incluye el derecho penal mínimo,<sup>41</sup> así como el derecho penal alternativo. Al respecto, es conveniente señalar que lo que ambas tienen en común es la búsqueda de la descriminalización y la desjudicialización, y en ése sentido, la pretensión de ésta última es que el sistema penal se abra a opciones diferentes, no penales, como por ejemplo las formas reparatorias y la mediación. Es relevante mencionar que en México, se ha llevado a la realidad con cierto éxito, lo cual denota su utilidad, pero no se sabe aún, si también su eficacia, en un sentido sociojurídico.

Ahora bien, respecto a las formas reparatorias y de mediación, el derecho penal mínimo<sup>42</sup> propone que se efectúe una revisión del sistema penal y de la despenalización, para reducir la intervención penal y su violencia, además de que se incorporen otras formas de criminalidad, tales como los delitos económicos y de criminali-

<sup>36</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>37</sup> Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 147.

<sup>38</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>39</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 278.

<sup>40</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>41</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 276

<sup>42</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 103 y ss.

dad organizada de agentes privados y estatales. En este caso, la postura referida sí cuenta con capacidad para elaborar una teoría del delito. Y sobre la base del bien jurídico, como fin de protección de la norma, se construye el injusto. Así, mediante el concepto de responsabilidad, Bustos y Hormazábal establecen una alternativa a la culpabilidad.<sup>43</sup>

En el sentido anterior, Bustos y Hormazábal,<sup>44</sup> plantean una posición político-criminal que conduce a la distinción, planteamiento y estudio de las siguientes teorías: *a)* del delito, *b)* del sujeto responsable, y *c)* de la determinación de la pena. Esto guarda relación con el planteamiento de que los fundamentos político-criminales de cada teoría son distintos, y en consecuencia, también lo son sus estructuras. Lo cual constituye un planteamiento constructivo y no del ser, lo que implica que *el principio de necesidad* estará siempre presente.

Como se sabe, en la teoría del delito, la norma penal aparece como *necesaria*, porque su finalidad es la protección de los bienes jurídicos, por lo mismo, su principio básico es de lesividad, así pues, es delito aquello que afecta un bien jurídico. En consecuencia, el bien jurídico es la base de la teoría del delito y no la acción, como se le ha considerado hasta ahora. Si eso es así, entonces la acción es solamente un elemento objetivo más del tipo que singulariza una vinculación entre los sujetos.<sup>45</sup>

***Como se sabe, en la teoría del delito, la norma penal aparece como necesaria, porque su finalidad es la protección de los bienes jurídicos, por lo mismo, su principio básico es de lesividad, así pues, es delito aquello que afecta un bien jurídico.***

Ahora bien, son los procesos valorativos los que realmente cobran importancia al estar fundamentados en el bien jurídico. Así, la causalidad<sup>46</sup> es sólo un dato más, considerado por el intérprete, en el *juicio de atribución* que implica la determinación de la tipicidad. De esta forma, en el tipo legal abstracto, y también genérico, se encuentra una descripción de acción u omisión, doloso o culposo, con capacidad para conflictuarse con cualquier bien jurídico protegido por la norma. Por tanto, la tipicidad,<sup>47</sup> es el resultado de un proceso valorativo de *atribución* de un ámbito si-

tuacional concreto a un tipo legal abstracto y genérico. Así, al contemplarse desde la perspectiva de los procesos de criminalización, la determinación de la tipicidad de una conducta, implica un primer paso en la incriminación secundaria, esto es, de la aplicación de la norma.

<sup>43</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>44</sup> *Ibidem.*, p. 138.

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 388.

<sup>47</sup> *Ibidem.*, pp. 412 y ss.

En relación con la antijuridicidad,<sup>48</sup> ésta implica dos procesos. El primero, determina si ese ámbito situacional típico realmente ha producido una afectación a un bien jurídico específico, y si es posible *imputar*, objetivamente, la afectación a ese ámbito situacional de comunicación social que es la tipicidad. Al respecto, la no consideración de la afectación al bien jurídico, lleva a deshacer la teoría penal del sistema jurídico. Históricamente, la desvinculación del derecho penal de resultado lesivo del bien jurídico, ha fructificado como fundamentación del derecho penal, desde la subjetividad de valores ético-sociales, considerándolo como un recurso de *prima ratio*, cuando en realidad es de *extrema ratio*. El segundo está relacionado con que en la antijuridicidad, es necesario considerar el aspecto negativo, en el sentido de que no existan causas de justificación en el ordenamiento jurídico, las llamadas normas permisivas de la afectación al bien jurídico. Se tiene, entonces, que la teoría del delito, se construye a partir de una finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos, por lo mismo, no cuenta con legitimación al fundamentarse en *la necesidad*, y de ahí la crítica.

Ahora bien, la teoría del sujeto responsable tiene un planteamiento político-jurídico, en relación con el reconocimiento de la autonomía ética de la persona que no está sometida al tutelaje del Estado, sino que es autónoma ante él y por tanto, el Estado se revela como lo que es, una construcción al servicio de la persona y no al contrario. Si eso es así, entonces el reconocer la autonomía ética de la persona implica también reconocer su responsabilidad y capacidad de respuesta frente al otro. Luego, ese otro le puede exigir respuestas, por lo que acorde con Bustos y Hormazábal, *la responsabilidad es igual a exigibilidad*.<sup>49</sup>

Pero, al considerar el planteamiento anterior desde el Estado y su intervención punitiva, la exigibilidad implica examinar si ese Estado tiene *capacidad* de exigir una respuesta determinada a la persona. Porque dicha capacidad requiere que el Estado le haya proporcionado las condiciones para exigirle después respuestas, porque de otra forma sería arbitraria la exigencia. Así, pues, la relación entre la persona y el Estado es un concepto político de interrelación y organización social. Entonces, la responsabilidad, en cuanto a la exigibilidad, implica *exigibilidad sistémica*, y la interrogante se centraría en determinar si el sistema está en condiciones de exigir respuestas. Por eso, la exigencia de la respuesta específica no debe *vulnerar* el principio de igualdad, porque el Estado está obligado a considerar las diferentes culturas y economías existentes en el sistema, entre otros.

De esta manera, la exigibilidad sistémica es un planteamiento político-criminal vinculado al Estado y a su capacidad para exigir respuestas a las personas declaradas inimputables, reconociendo, así, su desigualdad. Es por eso que los conceptos de *imputabilidad o inimputabilidad*, resultan inapropiados en el concepto de culpabilidad, pues se fundamentan en una característica del *ser* y no del sistema que exige respuestas. Así, *la exigibilidad de la conciencia del injusto*, surge al darse las

<sup>48</sup> Cf. Santiago Mir Puig, *Derecho penal*. Parte General, 5ª ed., Barcelona, Corregrafic, 1998, pp. 120 y ss.

<sup>49</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 139.

condiciones para un efectivo proceso de internalización de valores en el sujeto. Con la consideración de que esto no es un problema de conocimiento sino más bien de significación. Asimismo, se tiene la *exigibilidad de la conducta*, relacionada ésta con las circunstancias, para que a la persona se le pueda exigir un determinado comportamiento.<sup>50</sup>

Por lo expuesto, la dignidad de la *persona*, tiene como principio básico la autonomía y su *indemnidad* como persona. Por lo mismo, la pena ha de ser determinada de forma que no afecte a la persona, como en el caso de la tortura, la pena privativa de libertad, la cadena perpetua y la pena de muerte (éstas dos últimas ya no existen en México). Pues todo lo que afecte a la indemnidad de la persona aflora como terror estatal, lo cual altera el principio de *absoluta necesidad de la intervención punitiva del Estado*. Por eso, la necesidad de la pena obliga a considerar sus consecuencias sobre la persona y a evitar que esté vinculada con el daño causado.

De ahí también que, aunque haya delito y un sujeto responsable, pueda llegarse a la conclusión en la determinación de la pena de que no ha de aplicarse, ya sea porque siempre va a implicar afectar a la indemnidad de la persona, o bien porque no resulta necesaria.<sup>51</sup>

Por lo cual, la teoría de la determinación de la pena es ineludible y no se agota el problema sólo en la teoría del delito. Consecuentemente, la determinación de la pena es precisamente lo que afectará a la persona y a sus derechos, y por lo mismo, aparece como el aspecto más significativo de la teoría penal.

## II. La teoría político-criminal del delito

En la teoría político-criminal del delito se encuentra el bien jurídico, referido al concreto objeto de protección de una norma penal, relacionada con la vida, la salud, la libertad o el medio ambiente, por ejemplo. En ese sentido, los bienes jurídicos designan relaciones sociales<sup>52</sup> concretas de carácter normativo, en tanto están confirmados por el ordenamiento jurídico de una sociedad específica.

El ordenamiento jurídico específico, a través de las normas prohibitivas o de mandato, selecciona del complejo de relaciones sociales aquellas que político-criminalmente le interesa proteger. Por eso, el bien jurídico<sup>53</sup> aparece como un principio

---

<sup>50</sup> Así, en el supuesto donde dos personas a punto de caer en un precipicio no tienen lugar para sostenerse ambos en la cuerda de donde cuelgan, por el exceso de peso, y una de ellas expulsa a la otra, el Estado no estaría en condiciones de exigir como respuesta que la persona que expulsa actuase como héroe, pues no están dadas las condiciones y nadie espera ni exige una respuesta así. Entonces no es una dispensa del Estado, sino algo que no tiene la posibilidad de exigir.

<sup>51</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, op. cit., p. 141.

<sup>52</sup> *Ibidem.*, p. 32.

<sup>53</sup> *Ibidem.*, p. 73.

garantizador, cuyo carácter cognoscitivo permite saber qué es lo que se está protegiendo y las bases sobre las cuales se sustenta esa protección, expuestas a la revisión crítica. En consecuencia, el delito o injusto, gira alrededor del bien jurídico. Es el criterio determinante del contenido de los dos elementos que lo integran, esto es, de la tipicidad y de la antijuridicidad.

## II.1. Tipo y tipicidad

Respecto del tipo y la tipicidad,<sup>54</sup> es conveniente subrayar que cuando una conducta es típica, significa que según el principio de legalidad, ha de estar previamente definida como delito en un tipo penal. Cabe mencionar que el tipo penal no se agota con la conducta, pues más allá de la misma, existen vinculaciones entre personas y hechos concretos en la vida real. Por lo mismo, no son simples conductas sino acontecimientos complejos en los que confluyen voluntades, motivaciones, cuestiones circunstanciales de tiempo y de lugar, entre otros. De tal manera que las situaciones sociales son tipificadas por el legislador con elementos descriptivos, valorativos y subjetivos, para regular hechos futuros, y por eso, la tipicidad cumple una *función garantizadora*.

En el sentido de lo expresado, la tipicidad se establece cuando a una situación concreta se le da el carácter de típica, al corresponderse con la forma abstracta y genérica que se encuentra en el tipo penal. Por lo cual, la tipicidad resulta de un *juicio valorativo de atribución*, por medio del cual el intérprete valora, desde el bien jurídico, si una situación puede ser atribuida a la contenida en el tipo penal. Sin embargo, el proceso valorativo de atribución, no se agota con la constatación formal de la concurrencia de los elementos típicos como la acción, las circunstancias de tiempo, lugar, vinculaciones personales y demás condicionamientos que contenga el tipo, sino que además es necesario verificar, valorativamente, si la realización típica entra en conflicto con el bien jurídico protegido por la respectiva norma. De esta manera, es el bien jurídico el que le da significación material a la realización típica.

Respecto de lo anterior, cabe mencionar que existen situaciones consideradas atípicas, a pesar de concurrir todos los elementos del tipo, lo que sucede cuando no existe conflicto con el bien jurídico, aun si se verifica una tipicidad formal pero no material. Los tipos penales se caracterizan por contener elementos objetivos y subjetivos, y con ellos, el legislador configura formas de vinculación entre los sujetos, y cuando estos entran en conflicto con un bien jurídico, adquieren su significación jurídica penal. En tales elementos objetivos están, el comportamiento, la acción y la omisión.

Por lo mencionado, el comportamiento es un elemento importante al ser un vehículo de comunicación. De tal manera que la norma penal, prohibitiva o de mandato, está dirigida a esas acciones u omisiones.<sup>55</sup> Y con la norma prohibitiva o de manda-

<sup>54</sup> Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 59.

<sup>55</sup> *Ibidem.*, p. 37 y 47.

to, se señala qué acción u omisión no debe tener lugar, para evitar la reacción estatal. Esto permite afirmar que la tipicidad cumple una *función de instrucción*. Por eso, la tipicidad aparece en dos estructuras diferentes. En ese sentido, están la significación social de la acción y de la omisión, como formas de comunicación distintas, así como de su estructura. Lo cual es necesario en la distinción entre delitos de acción y de omisión, así como también, en las formas de vinculación que esa acción u omisión pueda tener con el sujeto.

Al respecto, en algunas ocasiones, el ordenamiento jurídico pone el acento en la dirección de la comunicación que le da el sujeto a su comportamiento, por ejemplo, si el sujeto quería la lesión del bien jurídico y por eso dirige su acción en ese sentido. O bien, en los riesgos que puede entrañar su comportamiento para los bienes jurídicos. De tal manera que si el sujeto no deseaba la lesión del bien jurídico, debió preverlo y actuado en consecuencia. En el primer caso, se está ante el dolo, y en el segundo, ante la imprudencia o culpa. Consecuentemente, se deben distinguir cuatro propuestas metodológicas diferentes, que corresponde a dos propuestas para los delitos de acción, (acción dolosa e imprudente o culposa) y dos para los delitos de omisión (omisión dolosa e imprudente o culposa).

***Consecuentemente, se deben distinguir cuatro propuestas metodológicas diferentes, que corresponde a dos propuestas para los delitos de acción, (acción dolosa e imprudente o culposa) y dos para los delitos de omisión (omisión dolosa e imprudente o culposa).***

La determinación de la tipicidad, implica comprobar la contravención de la norma prohibitiva o de mandato: 1) Una desvaloración del hecho, indicio de la existencia de un delito; 2) La tipicidad, es *ratio cognoscendi* del segundo momento valorativo, el de la antijuridicidad; y 3) la tercera función de la tipicidad es la *función indiciaria* de la antijuridicidad. Como una situación social concreta, resulta de una segunda valoración de la misma. Sólo que ahora, la valoración se hace desde todo ordenamiento jurídico.

## II. 2. Antijuridicidad

La antijuridicidad implica afección del bien jurídico (antijuridicidad material),<sup>56</sup> y contrariedad de la conducta típica con todo el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal).<sup>57</sup> El punto de partida de la *antijuridicidad material*,<sup>58</sup> es lo que se desvalora socialmente, y la concreción de esa desvaloración, surge desde el bien jurídico protegido. Así, para que se concrete la antijuridicidad de una realización típica, es pues necesario que afecte a un bien jurídico, y produzca un resultado de lesión, o puesta

<sup>56</sup> *Ibidem.*, p. 102.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, p. 103.

<sup>58</sup> *Idem.*

en peligro del bien jurídico protegido. Así, al *desvalor social de acto*, que significa la realización típica, ha de seguir el *desvalor social de resultado*, que significa la afectación al bien jurídico.

Y derivado de lo anterior, una afectación del bien jurídico puede consistir en una lesión del mismo, como privar de la vida, lesionar o en una puesta en peligro, como por ejemplo: tentativa de homicidio o abandono de un menor. Este problema ha de ser resuelto con una valoración que establezca si la afectación del bien jurídico es concreción de una realización típica. Y al producirse el desvalor social de resultado, o sea, la afectación al bien jurídico, se conforma un problema valorativo que se resuelve a través de un *juicio de imputación*. Con este juicio y la confirmación de la afectación al bien jurídico protegido se estudia todo el ordenamiento jurídico.

Asimismo, a la comprobación de la antijuridicidad material ha de seguir la de la *antijuridicidad formal*. De tal manera que, si la tipicidad es una contrariedad con la norma penal, la antijuridicidad viene a ser una contrariedad de la realización típica con todo el ordenamiento jurídico. Por eso se afirma que la tipicidad es una categoría exclusiva del derecho penal. En cambio, la antijuridicidad es una categoría de todo el derecho en su conjunto e implica una contrariedad con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Una realización típica puede no ser contraria sino conforme a derecho. Ello ocurre cuando la conducta está amparada con un fundamento legal. Como por ejemplo, cuando se impide coactivamente la entrada en su propiedad de otra persona, su justificación se encuentra en las normas de derecho civil que regulan el derecho de propiedad.

Ahora bien, en el ámbito penal mexicano, el artículo 29 fracción VI del CPDF, expresa, que es causa de exclusión de responsabilidad penal. “La acción o la omisión que realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo, lo cual confirma que la antijuridicidad, implica contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico.”<sup>59</sup>

Se considera que, *una responsabilidad penal sólo puede tener lugar si ha quedado perfectamente delimitado el delito. El delito o injusto, esto es, la realización antijurídica de un tipo penal, es la única fuente de responsabilidad penal a su autor*,<sup>60</sup> por lo que a efectos de responsabilidad no se consideran aspectos ajenos al hecho, como por ejemplo, el carácter del autor, su forma de vida y los antecedentes familiares, entre otros. Al respecto, es importante señalar que los elementos de tipicidad y antijuridicidad, están en orden de precedencia y serán examinados en ese orden. Por eso, el injusto puede desaparecer al apreciarse los supuestos que signifiquen la

<sup>59</sup> CPDF, “Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando [...] VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo [...]”.

<sup>60</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, op. cit., p. 146 y ss.

desaparición de la tipicidad, o de la antijuridicidad. Son causas de exención de la responsabilidad criminal la ausencia de tipicidad o de antijuridicidad.

De tal manera que los supuestos de atipicidad surgen a partir de criterios de no atribución, son argumentos que sostienen que un hecho concreto no se corresponde con el previsto en el tipo penal, hechos jurídico penalmente irrelevantes. Son causas de atipicidad, la falta de alguna de las características del tipo legal de alguno de sus elementos descriptivos, normativos o subjetivos.

Es esencial conocer el proceso de tipificación que lleva a cabo el legislador con el recurso de los siguientes elementos: 1) Los elementos descriptivos son los que pueden ser aprehendidos o comprendidos por los sentidos; Por ejemplo: niño, árbol, música, entre otros, muy sencillo, por eso su comprensión no reviste mayores problemas. 2) Los elementos normativos son aquellos que pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo, como por ejemplo *documento, mueble, inmueble*, entre otros. 3) Los elementos subjetivos, estos guardan relación con una disposición o tendencia anímica del sujeto, como por ejemplo, *ánimo de lucro, imprudencia, dolo*, entre otros. La ausencia de uno de estos elementos en la realización típica significa la atipicidad de la conducta y, por lo mismo, su ausencia, por lo que no podrá ser atribuida al tipo penal.

Al respecto, en el artículo 220 del CPDF<sup>61</sup> se exige que el autor tenga el “ánimo de dominio” cuando sustraiga la cosa ajena. Luego, si realiza la sustracción con la intención simplemente de usar la cosa, no de apropiársela, la conducta será atípica respecto de este concreto tipo penal, puesto que faltaría el elemento subjetivo. En otros supuestos, la falta del elemento típico puede estar referida a la acción. Como ejemplo, en los supuestos de fuerza irresistible,<sup>62</sup> los actos reflejos, el sonambulismo y el hipnotismo.<sup>63</sup> El sujeto que se encuentre en esas condiciones y afecte un bien jurídico, en realidad no realiza una acción, como tal, porque para eso se requiere el despliegue de su voluntad, y al sujeto en cuestión, le faltaría el necesario contenido de esa voluntad.

Cuando el autor de la conducta no comprende algún elemento típico con existencia objetiva, o su aprehensión subjetiva es diferente a la de la realidad, entonces se está ante supuestos de error.<sup>64</sup> Lo que se conforma como una causa general de atipicidad, pues para el autor, la realidad se configura subjetivamente de manera distinta

---

<sup>61</sup> CPDF, “Artículo 220. Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán [...]”.

<sup>62</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 326 y 327.

<sup>63</sup> Santiago Mir Puig, *op. cit.*, p. 192.

<sup>64</sup> CPDF, “Artículo 29 (*Causas de exclusión*). El delito se excluye cuando [...] VIII. (*Error de tipo y error de prohibición*). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código [...]”. (Las cursivas son mías).

y entiende las *cosas* de otra *manera*, y al ser esto así, el elemento típico no existe, o es percibido de forma diferente. Entonces se afecta el dolo, y en estos casos tal causa de atipicidad es conocida como *error de tipo*,<sup>65</sup> y tiene como efecto excluir el dolo; esto significa la ausencia de un elemento típico de carácter subjetivo. Aunque, cabe aclarar que la ausencia del dolo no necesariamente significa ausencia de responsabilidad penal. Pues con un mayor cuidado, el autor pudo haber superado su error, y así, evitado la lesión del bien jurídico, y aunque el autor no queda vinculado con el hecho por dolo, sí lo es por imprudencia, por culpa.

Ahora bien, de los criterios generales de atipicidad de no atribución, surgen algunos que se plantean desde la valoración de la conducta del autor, como comprendida o no, dentro del ámbito de peligro típico, o bien, si la situación social provocada queda, o no, en el ámbito de protección de la norma. De tal manera que en el primer caso, estarían los supuestos de riesgos permitidos considerados atípicos, pues de no ser así, causarían una paralización de la vida social. Por ejemplo, en el supuesto de la construcción de automóviles, aun cuando suponen riesgos para la vida, su uso es un peligro permitido. Respecto del segundo caso, sobre los límites del ámbito de protección de la norma, esta deja fuera del tipo penal los supuestos, donde la víctima se coloca voluntariamente en situación de riesgo.<sup>66</sup>

Respecto a la ausencia de antijuridicidad o causas de justificación,<sup>67</sup> ocurre con la ausencia de resultado, entendido este como un resultado lesivo del bien jurídico protegido por la norma. Por lo mismo, es un resultado valorativo de lesión, o de puesta en peligro. Así, cuando se produce la lesión al bien jurídico, y dicha lesión no puede ser imputada a la realización típica, la conducta no es punible por no ser antijurídica. En tal contexto, se trata de determinar si se ha cumplido, o no, el principio de lesividad. Y no habría antijuridicidad material, si se comprueba que la lesión del bien jurídico vida, por ejemplo, se ha producido por una causa ajena a la realización típica del sujeto.

Por ejemplo, en el supuesto donde un sujeto arroja a una persona al río, sin que éste tenga suficiente agua para que se ahogue en él, pero se produce la muerte por frío, no es imputable objetivamente a la realización típica. Aclarando que las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, por cuanto son reglas permisivas que valoran positivamente algunas circunstancias que pueden ocurrir socialmente. En tal sentido, la regla permisiva autoriza la realización típica bajo determinadas circunstancias. Son los supuestos de legítima defensa y de estado de necesidad, por ejemplo, y tanto uno como otro, están establecidos como causas de exclusión del delito, contenidas en el artículo 29 del CPDF,<sup>68</sup> donde se especifican las condiciones

<sup>65</sup> Santiago Mir Puig, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

<sup>66</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>67</sup> Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 119 y ss.

<sup>68</sup> CPDF, "Artículo 29 [...] IV. (*Legítima defensa*). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

a cumplir para que pueda operar. Si ocurren las circunstancias referidas, entonces, el hecho típico, que en principio era antijurídico, será valorado conforme a derecho.

El error resulta significativo en cuanto que las causas de justificación<sup>69</sup> presuponen el conocimiento de sus supuestos. Y un sujeto puede tener un error inevitable sobre dichas causas de justificación, pero también puede ocurrir un error inevitable que deje subsistente la imprudencia. Así, en el supuesto donde alguien se siente amenazado por una persona que levanta el brazo, y sin previo aviso le da un golpe lesionándolo sin querer, pues esa otra persona sólo quería rascarse la cabeza, pero el autor de las lesiones creyó que estaba siendo objeto de una agresión ilegítima. Esto se define como error sobre el presupuesto de una causa de justificación, concretamente el contenido de la legítima defensa,<sup>70</sup> regulada en el CPDF.

Por eso es tan importante que el sistema penal distinga entre el ámbito del delito o del injusto y el del sujeto responsable, y en ese sentido, al lado de la teoría del delito o del injusto, se debe colocar la teoría del sujeto responsable.<sup>71</sup> Aclarando que en el injusto ha quedado determinado el hecho del autor, mismo que refleja su personalidad social por ser *su* hecho, vinculado con el dolo o la culpa,<sup>72</sup> donde estos expresan lo subjetivo, referido al actuar del sujeto.

### III. Sujeto responsable

En el sujeto responsable, lo subjetivo se refiere al sujeto reconocido como el autor en el injusto. Así, la teoría del sujeto responsable cumple una función garantista, formulada como principio de culpabilidad por el hecho. Y acorde con este principio, el autor no puede responder más allá de su hecho cometido, esto es, sólo de aquello que se le puede atribuir por dolo o por culpa. Y precisamente, es respecto del he-

---

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

*V. (Estado de necesidad)*. Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo [...]. (Las cursivas son mías)

<sup>69</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit. p. 109.

<sup>70</sup> CPDF, “Artículo 29 [...] IV. (Legítima defensa) [...]”. *V. nota 68 supra*.

<sup>71</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, op. cit., p. 152.

<sup>72</sup> CPDF, “Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

cho doloso o culposo del cual se le hace responsable, y por eso, la responsabilidad del sujeto se rige por principios diferentes a los del injusto, es *per se*, el fundamento de la teoría *del sujeto responsable*.<sup>73</sup>

Por lo referido, *los fundamentos de una teoría del sujeto responsable*, deben partir del individuo en sociedad, pues la persona sólo puede ser comprendida en cuanto vive en sociedad, donde su comportamiento lo vincula con otras personas al cumplir con un papel asignado por la relación social, a la que, precisamente, se encuentra relacionada. Así, la intervención de la persona conlleva todas sus potencialidades, en una interacción y vinculación entre los demás actores y circunstancias.<sup>74</sup> Por eso, la característica de esa persona en la sociedad y en sus vinculaciones sociales, es la *toma de conciencia de su papel* y sus vínculos con actos sociales conscientes. La conciencia, implica que las características físicas, biológicas o psíquicas, deben ser consideradas desde su dimensión social. Se trata de un individuo concreto que actúa dentro del proceso social, consciente del papel asignado en su calidad de actor, al interior de un ámbito social que debe responder de su actuación.

***La conciencia de la persona surge del proceso social en sus relaciones sociales, y la sociedad responde por esa conciencia. En ése sentido, la conciencia viene a ser una cuestión histórico-social y psíquica, donde la persona responde por su comportamiento.***

Por eso, al establecerse la responsabilidad del individuo, se plantea, asimismo, la responsabilidad de la sociedad por el papel que le asignó y los controles a los que lo sometió. La conciencia de la persona surge del proceso social en sus relaciones sociales, y la sociedad responde por esa conciencia. En ése sentido, la conciencia viene a ser una cuestión histórico-social y psíquica, donde la persona responde por su comportamiento. Aclarando que el fundamento y el límite de ésa responsabilidad del sujeto, y de la reacción social del fundamento, se encuentra en su conciencia, misma que le es proporcionada socialmente. Por lo mismo, deberá responder también a toda la sociedad.<sup>75</sup>

Consecuentemente, una teoría sobre la responsabilidad del sujeto, necesariamente debe partir de la persona, esto es, de una visión antropológica que condiciona su contenido. Por ejemplo, la concepción de la persona con *libre albedrío* ha de constituir, como eje de la culpabilidad, la supuesta capacidad de la persona para elegir entre la realización, o no, del injusto. En tal sentido, la culpabilidad ha de entenderse como un *juicio de reproche* al sujeto, quien pudiendo optar por la no realización del delito, decide efectuarlo. Y como resultado, surge un reproche al individuo, porque

<sup>73</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>74</sup> *Ibidem.*, p. 153.

<sup>75</sup> *Idem.*

pudo haber actuado de otra manera, acorde con su *libre albedrío*, según el planteamiento de la teoría normativa de la culpabilidad.<sup>76</sup>

Pues bien, relacionada con la responsabilidad se encuentra el concepto político-jurídico que relaciona a la persona con el Estado, e implica el reconocimiento de su autonomía frente a éste, como algo inherente a su dignidad. Por eso, lo relevante aquí es si una persona puede responder a las tareas que le impone el sistema, por lo que desde esta perspectiva, la responsabilidad es *exigibilidad*, esto es, lo que el sistema puede exigir a una persona ante una situación concreta. Por eso, la responsabilidad sólo puede hacerse efectiva desde la exigibilidad. Y si el sistema no está en condiciones de exigir, no puede pretender responsabilidad, y no puede exigir, porque no ha proporcionado las condiciones para que la persona, asuma sus tareas asignadas desde el sistema.<sup>77</sup> En el sistema normativo local, la responsabilidad y la exigibilidad se fundamentan en, los artículos 1º,<sup>78</sup> 2º,<sup>79</sup> y 4º,<sup>80</sup> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, los *elementos de la responsabilidad es igual a exigibilidad*, por tanto, la exigencia de responsabilidad, se fundamenta en tres elementos: 1) exigibilidad sistémica, 2) exigibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, y 3) exigibilidad de

---

<sup>76</sup> *Ibidem.*, pp. 153 y 154.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

<sup>79</sup> *Ibidem.*, “Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

<sup>80</sup> *Ibidem.*, “Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia [...]”.

otra conducta. Por eso, la conciencia social de una persona, es un producto histórico social que se vincula con la imputabilidad, misma que guarda relación con la incompatibilidad o compatibilidad de la conciencia social del sujeto, en su actuar frente al ordenamiento jurídico.<sup>81</sup> Debido a esto, a la persona se le puede exigir responsabilidad sólo cuando el acto realizado sea incompatible con el ordenamiento jurídico, es decir, cuando dicho acto afecte a los valores aceptados por la sociedad, como parte de la conciencia social del sujeto. Por el contrario, la inimputabilidad, surgirá de la compatibilidad de la conciencia social del sujeto, expresada en un acto frente al ordenamiento jurídico, porque éste mismo ordenamiento acepta su diversidad, con un trato desigual que lo declara exento de responsabilidad criminal. Lo contrario, significaría una vulneración del principio de igualdad.<sup>82</sup>

Respecto del juicio de valoración, compatibilidad o incompatibilidad de la conciencia social del sujeto, expresada en su actuar, efectivamente, se realiza con el ordenamiento jurídico, donde subyace *el principio de igualdad*, reconocido constitucionalmente en el artículo 4.<sup>83</sup> En tal sentido, la igualdad se realiza aceptando las situaciones desiguales que se corresponden con un tratamiento también desigual. De tal forma que el código penal contempla, como exentos de responsabilidad criminal, a los menores<sup>84</sup> y también a los que sufren alteraciones psíquicas o físicas.<sup>85</sup> Así, las realizaciones típicas son compatibles con el ordenamiento jurídico que reconoce la desigualdad de tales personas, y al declararlos inimputables, no puede exigirle respuestas, porque presenta problemas en los procesos de comunicación, no así la imputabilidad.

En el sentido anterior, la exigibilidad de la conciencia del injusto,<sup>86</sup> tiene que ver con la exigencia de responsabilidad, también implica exigencia de conciencia del

<sup>81</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>82</sup> *Idem.*

<sup>83</sup> *Idem.*

<sup>84</sup> Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, "Artículo 4o.- Se crea el Consejo de Menores como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, el cual contará con autonomía técnica y tendrá a su cargo la aplicación de las disposiciones de la presente Ley.

Respecto de los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales, podrán conocer los consejos o tribunales locales para menores del lugar donde se hubieren realizado, conforme a los convenios que al efecto celebren la Federación y los gobiernos de los Estados. Se promoverá que en todo lo relativo al procedimiento, medidas de orientación, de protección y de tratamiento, los consejos y tribunales para menores de cada entidad federativa se ajusten a lo previsto en la presente Ley, conforme a las reglas de competencia establecidas en la ley local respectiva".

<sup>85</sup> CPDF, Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: "[...] VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). 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 sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código".

<sup>86</sup> Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 155.

injusto al autor. Si no hay tal conciencia no puede exigirse responsabilidad, pues no queda afirmada la exigibilidad sistémica, esto es, la llamada imputabilidad. Se trata de la posibilidad de exigirle al autor, la conciencia de los valores que configuran el injusto realizado. Tal nivel de exigibilidad, sólo se puede plantear respecto de un sujeto concreto que internalice, o tenga la posibilidad de internalizar los valores del sistema, por lo cual es una conciencia exigida.

Consecuentemente, la exigibilidad de la conducta afirmada, tiene que ver con la imputabilidad y la conciencia del injusto concreto, por lo que se debe examinar si ése sujeto social concreto, está en situación de responder de sus actos en contra del derecho, considerando las circunstancias concretas que lo llevaron a actuar. El sujeto, estará en situación de responder de su hecho, si, siendo imputable, es posible exigirle conciencia del injusto y, en la situación concreta, se le puede exigir que actuase de otra forma.

De manera que *las causas de exclusión de la responsabilidad*,<sup>87</sup> son supuestos que implican la ausencia de algún elemento de la responsabilidad y, por lo tanto, la exclusión de la exigibilidad de responsabilidad. El sujeto, queda al margen de una responsabilidad que no le puede ser exigida por ser inimputable, por no ser exigible la conciencia del injusto o por no serle exigible otra conducta.

Por lo anterior, Bustos y Hormazábal opinan que existen tres causas de inimputabilidad<sup>88</sup> que pueden ser reducidas a supuestos de falta de madurez mental, de salud psíquica y de salud física. En México, las causas de inimputabilidad están recogidas en la fracción VII del artículo 29 Código Penal para el Distrito Federal<sup>89</sup> que refiere el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado. También el llamado error de prohibición, se encuentra regulado en la fracción VIII del mismo artículo,<sup>90</sup> el cual supone la exclusión o la atenuación de la responsabilidad penal, para las personas que no han internalizado los valores del injusto concreto de que se trate. La exención de responsabilidad penal o la atenuación, tienen que ver con que si el sujeto hubiera podido, o no, vencer esa falta de internalización.

Concretamente, respecto de la no exigibilidad de otra conducta<sup>91</sup> el Código Penal para el Distrito Federal, la contempla como un supuesto genérico de no exigibilidad de otra conducta, en la fracción XI del mismo artículo 29. Así, el primer supuesto,

---

<sup>87</sup> *Ibidem.*, p. 156.

<sup>88</sup> CPDF, “Artículo 29. [...] VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa) [...]”. *V.* nota 85, primer párrafo, *supra*.

<sup>89</sup> CPDF, “Artículo 29. [...] VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa) [...]”. *V.* nota 85, segundo párrafo, *supra*.

<sup>90</sup> CPDF, “Artículo 29. [...] VIII. (*Error de tipo y error de prohibición*). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: *a*) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o *b*) 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”. (Las cursivas son mías).

<sup>91</sup> CPDF, Artículo 29. [...] IX. (*Inexigibilidad de otra conducta*). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

es el estado de necesidad exculpante<sup>92</sup> que se presenta al haber un conflicto entre bienes jurídicos de igual valor, pero se hace necesario sacrificar uno para salvar otro. El segundo, es el del miedo insuperable.

## IV. Conclusiones

Como conclusión, se puede afirmar que la teoría del delito ha ido evolucionado con el paso del tiempo en un intento de los doctrinarios por perfeccionarlo, sin embargo, el camino hasta ahora recorrido, muestra que no ha gozado de la eficacia necesaria para solucionar el problema que lo generó, pues los resultados así lo demuestran, basta con leer los casos que cotidianamente se dan a conocer en los medios de comunicación, para percatarse de que falta mucho por hacer al respecto. La cuestión no es un asunto menor, si se considera el número de casos pendientes de resolución por quejas sobre personas que son detenidas de manera ilegal y arbitraria, para después ser sentenciadas sin que se respete el debido proceso, por ejemplo, violentando así sus derechos.

***En resumen, el sistema penal, en tanto que control social de reacción, se muestra como el medio más eficaz para lograr conformidad o consenso. Por eso, el objetivo de integración, reeducación o resocialización que las teorías preventivas de la pena predicán, con más fe que convencimiento, no pasan de ser sólo expectativas.***

En resumen, el sistema penal, en tanto que control social de reacción, se muestra como el medio más eficaz para lograr conformidad o consenso. Por eso, el objetivo de integración, reeducación o resocialización que las teorías preventivas de la pena predicán, con más fe que convencimiento, no pasan de ser sólo expectativas.

El problema se centra en que el sistema penal ya no responde más a la labor de administrar justicia, pues con el paso del tiempo se ha degenerado, trayendo consigo otras problemáticas que se reflejan en la imposición de penas cada vez más altas, denuncias anónimas, siembra de pruebas inculpatorias, falta de investigación seria y eficaz, tortura, falta de preparación de la policía ministerial, excesiva carga de trabajo de los juzgadores, falta de investigadores y especialistas, en estudio y trato para violaciones en derechos humanos y corrupción a todos los niveles, entre otras cuestiones que influyen negativamente en la tan anhelada eficacia del sistema del derecho penal. Todo esto, se refleja en la sobrepoblación de los centros carcelarios,

---

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código. (Las cursivas son mías)

<sup>92</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *op. cit.*, p. 586.

y lo que trae aparejada dicha situación, especialmente, las violaciones a los derechos humanos de la población carcelaria, en su calidad de reos, mismas que se reflejan en numerosas quejas ante el ombudsman.

Todo lo anterior, es una situación que se ha tratado de corregir con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, calificada como un gran paso en relación al respeto de los derechos humanos en el país, pues ahora, todas las autoridades en sus ámbitos de competencias, están obligadas a respetar los mandatos del artículo 1º constitucional, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, a interpretarse en conjunción con el artículo 133, para determinar el marco en el que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en la materia, a cargo del Poder Judicial, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad en México. Siempre y cuando la falta de autonomía judicial sea superada, y permita la realización ética de la labor del juez, sin intervención alguna, derivada de la línea de mando que perturba dicha autonomía, y mantiene al juez atemorizado de perder su condición de juzgador.

Cabe subrayar que es en la función jurisdiccional, acorde con la última parte del artículo 133 y en relación con el artículo 1º constitucionales, en donde los jueces se obligan a aplicar los derechos humanos contenidos en la Constitución, y en los instrumentos internacionales, aun cuando existan disposiciones contrarias en normas inferiores. Y aunque los jueces carecen de facultad para hacer declaraciones generales sobre la invalidez, o expulsar del orden jurídico a las normas contrarias a los derechos humanos de la Constitución y los tratados, ellos, los jueces, tienen la obligación de no aplicar normas inferiores, y sí dar preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. Falta constatar que esto, efectivamente sea aplicado en la praxis, hasta entonces, dicho logro es visto como un gran avance necesario aunque insuficiente, pero avance al fin.

Es notorio que falta mucho por hacer, pues los cambios sociales muestran un mundo que requiere actualizarse en sus regulaciones, por los resultados que trajo consigo la globalización, por eso, es necesario revisar, analizar y plantear diversas cuestiones relacionadas al derecho en general y al sistema penal en particular, entre otras que están diferenciadas desde los avances científicos, y como ejemplo, están los avances médicos, por ser cuestiones jurídicas derivadas de prácticas biogenéticas y técnicas de reproducción asistida, vinculadas con la producción genética de humanos idénticos, la investigación de la producción de humanos por manipulación genética o partes de genes diferentes, antes de su implantación en el útero, la producción de humanos híbridos, con material genético de otras especies y la manipulación de los óvulos fecundados, con trasplante al útero ajeno a la madre donante, lo cual incluye una serie de situaciones que exigen su regulación penal, porque pueden derivar en una infracción que violente los derechos humanos de la persona. Asimismo, está el asunto de los homosexuales y transexuales que desean ser padres, y por ello, buscan la manera de inseminarse para lograrlo, la cuestión tiene grandes alcances, porque estas personas viven una realidad distinta a la que desean, y les afecta al identificarse con un género diferente al que cotidianamente viven, por lo

cual pueden incurrir en delitos penales de distinta índole. Lo mismo sucede con las clasificaciones jurídicas de los bienes, entre los cuales están los intangibles, tal es el caso de la franquicia, con el control del uso de la marca registrada, la idea y el formato, entre otros,<sup>93</sup> cada vez más socorridos, y nada impide que más tarde caigan en infracciones de tipo penal. En fin, con esto se confirma que el derecho no es, ni será nunca, estático.

## Bibliografía

- Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de derecho penal I*. Madrid [España], Trotta, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid, Trotta, 2004.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.metro.df.gob.mx/transparencia/imagenes/fr1/normaplicable/cppdf0112.pdf>> [con acceso el 15 de abril del 2013].
- Código Penal para el Distrito Federal. México, Porrúa, 2012.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Porrúa, 2012.
- Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*. Vol. II. Buenos Aires [Argentina], De Palma, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid, Trotta, 1995.
- Flores Salgado, Lucerito Ludmila. “Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea”. *IUS*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, AC. Vol. 6, núm. 29. Puebla [México], ene-jun. 2012.
- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/179.pdf>> [con acceso el 15 de abril del 2013].
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed. Barcelona, Corregrafic, 1998.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. 3ª ed. Valencia [España], Tirant lo Blanch, 2004.
- Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego Manuel Lazón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

---

<sup>93</sup> Lucerito Ludmila Flores Salgado, “Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea”, *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, AC, vol. 6, núm. 29. Puebla, ene-jun. 2012.

*Sección Artículos de Investigación*

- \_\_\_\_\_. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- Welzel, Hans. *Derecho penal*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956.
- \_\_\_\_\_. *El nuevo sistema penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. y notas José Cerezo Mir. Barcelona, Ariel, 1964 (2ª Reimpresión, Argentina, I B de F, 2004).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar, 2007.