



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Ciencias Jurídicas

Las excluyentes de responsabilidad penal en el sistema acusatorio adversarial

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Maestría en Ciencias Jurídicas.

Presenta:

Oscar Jaramillo Rosillo.

Dirigido por:

Dra. Gabriela Aguado Romero.

Dra. Gabriela Aguado Romero
Presidente

Dr. Norberto Alvarado Alegría
Secretario

Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
Vocal

Dr. José Fernando Vázquez Avedillo
Suplente

Mtro. Juan Antonio Flores Hernández
Suplente

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad

Firma

Firma

Firma

Firma

Firma

Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca
Piña
Director de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Abril 2018

Resumen.

El presente trabajo de investigación intenta dar una mirada desde el punto de vista dogmático, sobre cómo se presentan las Excluyentes de Responsabilidad Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial; abordándolo desde tres puntos de vista los cuales son: el Legislativo, el Jurisprudencial, así como del punto de vista dogmático, con mayor énfasis en una teoría Realista

También se describen los elementos establecidos como excluyentes de Responsabilidad Penal en el Sistema Penal Acusatorio y como se interrelacionan dentro del espectro de apreciación tanto del especialista como de la autoridad que resuelva respecto de estos.

Se divide en cuatro apartados, el primero de ellos da una visión amplia y general de las etapas, principios y participantes del Sistema Acusatorio Adversarial, así como el cúmulo de factores que dieron lugar a la Reforma Constitucional de 2008 en materia de Seguridad Pública que sienta los precedentes, para la instauración de un nuevo sistema procesal para la Procuración y Administración de Justicia en México.

En un segundo apartado, revisamos lo referente a la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial, debido a que la manera de valoración de ésta, incide directamente en la objetivización de las excluyentes de responsabilidad pena.

En el tercer Apartado se resalta la confusión lingüística y terminológica que existe en Nuestro sistema Jurídico, respecto de las Excluyentes de Responsabilidad Penal, por lo que, se plantea un concepto.

Por último, se hace un recorrido epistemológico respecto de la Excluyentes de responsabilidad Penal y todos los elementos que se interrelacionan entre sí, dentro del marco del Sistema Acusatorio Adversarial.

Abstract.

The present research work tries to give a view from the dogmatic point of view, about how the Eximent of Criminal Responsibility are presented in the Adversarial Accusatory System; addressing it from three points of view which are: the Legislative, the Jurisprudential, as well as the dogmatic point of view, with greater emphasis on a Realistic theory

It also describes the elements established as excluding Criminal Liability in the Accusatory Penal System and how they are interrelated within the spectrum of appreciation of both the specialist and the authority that resolves with respect to these.

It is divided into four sections, the first of which gives a broad and general view of the stages, principles and participants of the accusatory, adversarial system, as well as the accumulation of factors that led to the 2008 Constitutional Reform on Public Security that feel the precedents, for the establishment of a new procedural system for the Procurator and Administration of Justice in Mexico.

In a second section, we review what refers to the Test in the Adversarial Accusatory System, because the manner in which it is assessed directly affects the objectification of the exclusion factors of penalty liability.

In the third section highlights the linguistic and terminological confusion that exists in our legal system, regarding the exclusion of criminal responsibility, so, a concept is raised.

Finally, an epistemological journey is made regarding the Exclusion of Criminal responsibility and all the elements that interrelate among themselves, within the framework of the Adversarial Accusatory System.

AGRADECIMIENTOS.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, (CONACYT), a todos mis maestros, que me acompañaron durante este recorrido académico, en especial al Dr. Norberto Alvarado Alegría, y a la Dra. Gabriela Aguado Romero, por sus atinados comentarios respecto de este trabajo.

A mi familia, y a todos los que hicieron posible este trabajo de investigación.

INDICE

INTRODUCCION.....	8
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

Sistema Acusatorio Adversarial

1.-Introducción.....	10
1.2.- Generalidades del Sistema Acusatorio.....	12
1.2.1.- Principio de Publicidad.....	12
1.2.3. Principio de Contradicción.....	14
1.2.3.- Principio de Concentración.....	15
1.2.4.-Principio de Inmediación.....	17
1.2.5.- Principio de Continuidad.....	20
1.2.6.-Principio de Presunción de Inocencia.....	20
1.3.- Etapas del Procedimiento Acusatorio Adversarial.....	23
1.3.1.- Etapa Inicial.....	23
1.3.2.-Etapa Intermedia.....	25
1.3.3.- Etapa de Juicio Oral.....	27
1.4.- Antecedentes previos a la Reforma Constitucional de 2008.....	27
1.5.- Problemas que dieron pie a la Reforma Penal del 2008.....	29
1.6.-El Código Nacional de Procedimientos Penales.....	33

CAPITULO SEGUNDO

El Problema Dogmático de la Valoración de la Prueba

en las Excluyentes de Responsabilidad Penal.

2.1.- Qué es la Prueba.....	35
2.2.-El concepto de verdad como coherencia jurídica.....	37
2.3.- Las Limitaciones del Conocimiento a partir de la producción de la Prueba.....	40

2.4- El Principio <i>In dubio pro reo</i> y la presunción de inocencia.....	42
2.5.-Esquemas de Valoración de la Prueba.....	50
2.5.1 El sistema de valoración de la prueba Tasada.....	50
2.5.2.- El Sistema de Libre valoración de la Prueba.....	51
2.6.- Epistemología de la Prueba.....	52

CAPITULO TERCERO.

Construyendo un concepto.

3.1.- El Concepto de Las Excluyentes de Responsabilidad Penal.....	56
3.2. Consideraciones respecto del Concepto.....	57
3.2.1 .- Circunstancia.....	58
3.2.2.-Cometida Materialmente.....	60
3.2.2.1.- Responsabilidad Civil.....	61
3.2.3.- Conducta Antisocial.....	63
3.2.4. Excluyente.....	64
3.2.5 .-Modifican o exentan.....	66
3.2.6.- Responsabilidad Penal.....	67
3.2.6.1 Modelos de imputación de responsabilidad penal.....	68
3.2.6.1.1.-Modelo de Imputación por causalidad.....	72
3.2.6.1.2.-Modelo de imputación por equivalencia de causas.....	73
3.2.6.1.3.-Modelo de imputación basado en la teoría de la Causa más próxima / eficiente.....	74
3.2.6.1.4.-Modelo de Imputación Objetiva.....	75
3.3.- La Confusión Conceptual.....	76

CAPITULO CUARTO

Las excluyentes de Responsabilidad Penal

4.1.- La teoría negativa del tipo Penal.....	86
4.2.- Taxonomía de las Excluyentes de Responsabilidad Penal.....	88
4.2.1.- Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Conducta.....	90
4.2.2 Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de tipicidad.....	95
4.2.2.1- Concepción Filosófico del delito.....	96
4.2.2.2- Concepción Jurídico sociológica.....	96
4.2.2.3.-Concepción Dogmática.	96
4.2.3.-Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Antijuricidad.....	99
4.2.4.- Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Culpabilidad.....	106
4.2.6.-Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad.....	106
CONCLUSIONES.	
Conclusiones.....	122
BIBLIOGRAFIA.....	127

INTRODUCCION.

El presente trabajo de investigación intenta dar una mirada desde el punto de vista dogmático, sobre cómo se presentan las Excluyentes de Responsabilidad Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial.

Por lo que para el estudio trascendental de la investigación, nos ocuparemos de abordar la siguiente pregunta: ¿Que son las Excluyentes de Responsabilidad Penal?

Para tratar de contestar esta pregunta, consideramos necesario abordarlo desde tres puntos de vista los cuales son : el legislativo, el jurisprudencial, así como del punto de vista dogmático, con mayor énfasis en una teoría Realista o Iusociológica, específicamente la escuela escandinava, utilizando herramientas metodológicas documentales como lo son el uso de legisgrafía, y Jurisprudencial, por lo que se utilizaran, como herramientas epistemológicas el usos de leyes sustantivas de orden Local y Federal.

Debemos hacer un énfasis en la tipología de Investigación en la que se limita la presente investigación, la cual es del tipo básica, documental, descriptiva

Haciendo esta aclaración pertinente se debe entonces centrar en que el propósito de la presente, tiene como objeto de estudio Las Excluyentes de Responsabilidad Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial

Por lo que se describirán los elementos establecidos como excluyentes de Responsabilidad Penal en el Sistema Penal Acusatorio y como se interrelacionan dentro del espectro de apreciación tanto del especialista como de la autoridad que resuelva respecto de estos

Para mayor comprensión del lector, el presente trabajo de Investigación, se divide en cuatro apartados, el primero de ellos da una visión amplia y general de las etapas, principios y participantes del sistema acusatorio, adversarial, así como el cúmulo de factores que dieron lugar a la Reforma Constitucional de 2008 en materia de Seguridad Publica que sienta los precedentes, para la instauración de un nuevo sistema procesal para la Procuración y Administración de Justicia en México.

En un segundo apartado, revisamos lo referente a la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial, debido a que la manera de valoración de ésta, incide directamente en la objetivización de las excluyentes de responsabilidad penal, toda vez que el sistema de libre valoración tiene cargas epistemológicas de cómo

acceder a la “Verdad” en un proceso penal, dentro de este nuevo paradigma, debiendo remarcar que hemos optado por coincidir con la corriente de tratadistas como Tarsky o Ribeiro, en donde la “verdad” no existe si no que se construye, de esta manera en concordancia con lo que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos establecer que no existe el concepto de acceder a dicha verdad, por el contrario lo que se busca es esclarecer los hechos y procurar que el culpable no quede impune, protegiendo de manera integral a la víctima. Precisamente respecto de dicho postulado epistemológico es en el que coincidimos el presente trabajo para, poder establecer los modelos de imputación, así como la forma de valoración de la prueba, que inciden directamente en el establecimiento o no de alguna circunstancia eximente de responsabilidad penal.

En el tercer apartado del presente trabajo de investigación, se subdivide en dos apartados los cuales son: proponer un concepto general respecto de las Excluyentes de Responsabilidad Penal, haciendo un trabajo de Derecho Comparado, recurriendo a herramientas metodológicas, como lo es la micro comparación, así como el denominado Fact & Cause, desde el punto de vista lingüístico y legislativo, revisando el concepto que las diversas legislaciones de las Entidades Federativas en México refieren respecto las Excluyentes de Responsabilidad Penal, para después contrastarlo con lo establecido en diversos criterios emitidos respecto del tema por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, logrando con esto, resaltar la confusión lingüística y terminológica que existe en Nuestro sistema Jurídico, respecto de las Excluyentes de Responsabilidad Penal, por lo que en la subdivisión anteriormente mencionada , planteamos un concepto, que como todo concepto, es susceptible de crítica para propulsar y evolucionar en el conocimiento de dicha institución.

Por último el cuarto apartado hace un recorrido epistemológico respecto de la Excluyentes de responsabilidad Penal y todos los elementos que se interrelacionan entre sí, dentro del marco del Sistema Acusatorio Adversarial.

La importancia del presente trabajo de investigación recae en que si bien es una figura jurídica, estudiada por múltiples tratadistas del Derecho Penal, en el sistema jurídico mexicano entendiéndolo como un todo, existe una confusión terminológica y epistemológica respecto de las Excluyentes de Responsabilidad Penal, por lo que pretendemos abordar epistemológicamente, los elementos que intervienen dentro de dicha figura, en el marco del Sistema Acusatorio Adversarial.

CAPITULO PRIMERO

Sistema Acusatorio Adversarial.

1.-Introducción.

En el presente capítulo trataremos los diferentes sistemas procesales en materia penal dentro de México, haciendo énfasis en el sistema tradicional o también conocido como mixto que estuvo vigente hasta antes de la Reforma Constitucional en 2008.

Dentro de las generalidades de las que vamos a hablar, sin ánimo de exhaustividad, describiremos brevemente las fases del sistema acusatorio adversarial y sus particularidades, así como sus principios más representativos, es en este punto en donde a la luz de la dogmática penal analizaremos las figuras novedosas.

Para dar coherencia lógica y epistémica, debemos de comenzar dando un recorrido a los antecedentes que dieron lugar a la Reforma Constitucional que tuvo lugar en el año de 2008, es decir todos las particularidades que el sistema tradicional aportaba y que dieron lugar a un cambio de paradigma procesal penal, existen innumerables textos que han hablado de las peculiaridades que se fueron promoviendo dentro del sistema Mixto, por lo que dentro de este trabajo es nuestro propósito analizarlo desde la Sociología Jurídica, es decir las prácticas (legales y extralegales) que se daban en el marco de un sistema penal ya superado por los cambios en los paradigmas jurídicos y sociales en el Mexico contemporáneo.

Una vez hecho esto, haremos un recorrido dogmático sobre la reforma Constitucional que se dio en materia de Seguridad y sistema procesal penal, únicamente desde los puntos más relevantes puesto que dar cuenta de la Reforma Constitucional, llevaría un trabajo más exhaustivo, y es nuestro afán

el que el lector conozca a grandes rasgos la citada reforma, puesto que posteriormente daremos cuenta de uno de los grandes logros de la Reforma Penal en México de 2008, es el Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual describiendo sus problemáticas, que representan nuevos retos dentro de la dogmática jurídica penal, como también en la práctica.

Dentro de la epistemología jurídica, trataremos de dar cuenta de la manera en que se sitúa el citado Código Nacional de Procedimientos Penales, puesto que sus raíces epistemológicas obedecen más a un campo pragmático que a uno dogmático, en el sentido más amplio que el concepto pueda comprender.

Como nota aclaratoria debemos de mencionar que los análisis dogmáticos que pretendemos analizar provienen del sistema procesal de enjuiciamiento proveniente del Common Law , y el más próximo que tenemos a la mano es el sistema que adoptó Chile, es por eso por lo que no debemos de confundir la adaptación que se hará de los elementos dogmáticos adoptados en el presente trabajo, pues para dar cuenta de esto sería necesario el transcurrir del tiempo y considerar los resultados y prácticas que se haga con este cambio de paradigma en el sistema procesal penal Mexicano, por lo que este trabajo es precisamente de manera exploratoria.

Una vez hecho lo anterior, de manera ilustrativa haremos un comparativo de las principales diferencias que se pueden apreciar, dentro de ambos sistemas procesales, bajo la teoría del *ius Sociologismo*.

1.2.- Generalidades del Sistema Acusatorio Adversarial.

Para comenzar el presente trabajo, es necesario dar una aproximación al Sistema Acusatorio Adversarial, en la cual abordaremos únicamente dos aspectos fundamentales dentro del citado sistema procesal que son: a) los principios y b) las etapas del procedimiento; intentando asomarnos de manera dogmática a los modelos que nos menciona.

Para situar al lector en una perspectiva general, respecto del sistema procesal, que se instaura en México en el año 2008, debemos de plantearnos el siguiente cuestionamiento: ¿Qué es el Sistema Acusatorio Adversarial?

Debe entenderse como un modelo de procesamiento penal que es la parte opuesta del sistema inquisitivo o mixto, en el cual se caracteriza por identificar a los actos que intervienen en el mismo y las funciones que deben cumplir cada uno de ellos, así se pone énfasis en la separación de funciones entre el Órgano que se encargará de formular la acusación y el que emitirá una decisión.

De este modo el Ministerio Público será el encargado de accionar el sistema de justicia penal, y en algunos casos un particular, quienes deberán expresar sus pretensiones y las pruebas con lo que lo acreditarán; todos son vistos en un plano de igualdad por el Órgano juzgador y se entiende que no existe ventaja para ninguno de ellos; sistema que está regido por los siguientes Principios

1.2.1.- Principio de publicidad:

Este principio nos menciona que no solo las partes que intervienen en el procedimiento pueden acceder a las audiencias, por el contrario, es el público en general quien puede tener acceso a las audiencias que por su nombre, son de carácter públicas, existiendo con esto la posibilidad de conocer el desarrollo de las audiencias y los debates que se dan en un caso específico.

Este principio de publicidad no solo queda en que se pueda acceder a las audiencias públicas y con esto evitar las actuaciones en secreto, siendo que el alcance de este principio va más allá, pues el principio de publicidad permite que los asistentes de una audiencia pública puedan reproducir o divulgar lo que han visto y escuchado sin ser sujetos de alguna sanción, así mismo este principio permite conocer a la población en general lo que pasa en determinado asunto por medios de comunicación masivos.

Es necesario aclarar que existen límites y existen excepciones, a este principio los cuales tienen que ver cuando pongan en peligro un bien jurídico más relevante que el derecho a estar informado, las excepciones a este principio son: a) por

razones de seguridad nacional, b) Seguridad Pública, c) Protección a víctimas, testigos o menores, entre otros.

El Código Nacional de Procedimientos Penales lo determina de la siguiente Manera:

“Artículo 5o. Principio de publicidad

Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código.

Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo”¹

Como comentamos preliminarmente, el análisis dogmático de este principio va dirigido a analizar la apertura en el actuar del poder público ante los gobernados, de esta manera, intenta generar un clima de legitimización en su actuar puesto que la apertura que se da a las audiencias elimina prácticas como la corrupción y el desequilibrio del poder, generando una especie de autenticación ante los gobernados que sirve en dos direcciones:

La primera que es una circunstancia de prevención general, pues sirve de ejemplaridad el caso en específico del inculpado, siendo que al ser juzgado ante una audiencia pública es depositario de un inconsciente colectivo que se replica tanto en espectadores como en el inculpado, es decir la sociedad al presenciar una audiencia percibe al inculpado y genera un sentimiento de no estar en su lugar.

El otro sentido que el principio de publicidad nos da, es más conocida como gestión del conflicto jurídico, término que utiliza Herbert Benavente² quien nos dice que el Estado interviene a través de un juez “todo poderoso “(concepto muy similar al de Juez Hércules de Ronald Dworkin) quien nos dice lo siguiente:

“usa la conocida metáfora del Juez Hércules, un juzgador ideal, inmensamente sabio, conocedor de todo el Derecho pasado y presente, de todas las fuentes, y capaz de rastrear toda esa información en un tiempo limitado. Con ese conocimiento, Hércules traerá a cada caso los antecedentes, los principios, y los

¹ Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2016., Artículo 5

² Benavente Chorres, H., & Hidalgo Murillo, J. (2014). Código Nacional de Procedimientos Penales, Guía práctica y Comentarios desde el Sistema Acusatorio Mexicano México D.F.: Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V.

*argumentos legales más pertinentes, y los integrará dentro de un razonamiento coherente con la tradición de ese sistema jurídico*³

En ese sentido que, Hesbert Benavente le da al principio de publicidad, obedece a el pensamiento epistemológico del idealismo en el que el encargado de dictar una sentencia no es un emisario de la justicia en su concepción filosófica, por el contrario; se espera del juzgador un gestor del conflicto que permita llegar a soluciones, que den certeza a la sociedad, y mediante audiencia pública, se satisfaga la sed de certeza en las instituciones que procuran y administran la Justicia, (aunque este no sea el termino que se deba de dar).

Aunque como lo veremos más adelante, consideramos que este principio tiene matices de realismo que Alff Ross sostiene, puesto que los hechos sociales que dieron lugar a un juicio (en el cual puede acceder cualquier persona) se presenta como una expresión que refleja actitudes, pero sin ser un contenido ideal objetivo que requiere un contenido normativo específico y es precisamente la materialización de la audiencia en público lo que se refleja en este hecho.

1.2.2.- Principio de contradicción.

Aunque este principio es de carácter más procesal, también tiene características de alcance dogmático, pues sostiene que todos los hechos que sean parte de un proceso, podrán ser conocidos, discutidos, refutados y ser objetos de debate por las partes del sistema acusatorio adversarial.

Este principio lo encontramos definido en la Reforma Constitucional y en el Código Nacional de procedimientos Penales:

“...IV...El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral...

VI. Ningún jugador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución...”⁴

“Artículo 6o. Principio de contradicción

³Perfil, V. (2017). La Teoría y Hércules en Ronald Dworkin. Argumentarelinea.blogspot.mx. Revisado en Septiembre 2017, desde <http://argumentarelinea.blogspot.mx/2011/05/la-teoria-y-hercules-en-ronald-dworkin.html>.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., México , 2016, Artículo 20, Inciso A, fracción IV y VI

Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código”⁵

La relevancia dogmática de este principio reside en una posición realista con matices argumentativos, puesto que la valoración de la prueba que sea sujeta a debate, tanto en su admisión, o desahogo puede ser sujeta de contradicción, debate y refutación por parte de cualquiera de las partes, debemos de hacer un énfasis en esto puesto que, la valoración que el juez haga será en base al resultado de estas contradicciones, por lo que los papeles de las partes que intervienen dentro del proceso cobran un papel principal, contrario del sistema tradicional mixto antes de la reforma Constitucional de 2008.

Es importante remarcar este principio para al presente trabajo ya que las Excluyentes de Responsabilidad Penal, son sujetas de prueba, y por lo tanto la libre valoración que haga el juzgador debe de estar basado en el resultado de un debate y contradicción apegadas a un umbral de lealtad procesal, que debe de regir a las partes que intervengan en el proceso, por lo que se debe remarcar la importancia argumentativa de las partes, para que, con esto permitan hacer notar lo que se quiere de cada prueba, es decir que permitan la identificación o no de alguna circunstancia excluyente de responsabilidad penal.

Es decir, el órgano jurisdiccional al valorar libremente las pruebas que incidan en una circunstancia excluyente de responsabilidad penal, se sale de un formalismo constructivo formal, para integrarse en una expresión de realidad social, en palabras de Alf Ross.

1.2.3.-Principio de concentración.

Es un principio eminentemente que atañe al proceso, pues este principio indica que el mayor número de actos procesales que se desahoguen lo sean en una misma audiencia, con respeto de las etapas del proceso, nos dice Hesbert Benavente al Respecto:

“Es un principio que en el ámbito procesal encuentra mayor potencia en la etapa del juzgamiento... impone la necesidad de que lo que se haga en presencia de los que intervienen en forma sucesiva, sin perder de vista la debida continuidad”⁶

⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales. ,México 2016; Artículo 6

⁶ Benavente Chorres, H., & Hidalgo Murillo, J. (2014). Código Nacional de Procedimientos Penales, Guía práctica y Comentarios desde el Sistema Acusatorio Mexicano . México D.F.: Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V.

Esto a la luz del realismo jurídico lo observamos de dos vértices:

El primero de ellos, atendiendo al ideal epistemológico que se busca, lo es que los aspectos susceptibles de valoración, como puede ser las pruebas o las circunstancias de hecho que se vierten en las audiencias las cuales deben de ser ininterrumpidas deliberadamente y se desahoguen la mayor parte en una sola audiencia permite dar continuidad y con esto no perder la idea o el hilo de lo que se está debatiendo y/o argumentando para con esto fortalecer la hipótesis que intenten hacer valer cada una de las partes.

Por otro lado, en las prácticas judiciales que se dan en este recién instaurado sistema, existen vicios que aún quedan por subsanar, sin embargo el principio de continuidad permite por su celeridad, en algunas ocasiones algunos descuidos, que como repito, son deficiencias propias de la práctica, que se espera que sean subsanadas, con el trascurso del tiempo en la práctica judicial.

Para evidenciar lo anterior podemos rescatar lo arrojado en un informe que realizó la asociación civil denominada México Unido contra la delincuencia en la cual se realizó a partir de un monitoreo de 912 audiencias del Sistema Acusatorio Adversarial, en la Ciudad de México, durante el periodo Marzo a Diciembre del año 2015, y donde se advirtió de esta problemática que hemos comentado anteriormente:

“El monitoreo consiste en la verificación de la legalidad de las actuaciones de los servidores públicos intervinientes, así como el grado de aplicación de los principios del Sistema Procesal Penal Acusatorio, de acuerdo con la Reforma Constitucional en Materia de Seguridad y Justicia publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Los monitores de MUCD, capacitados en Cultura de la Legalidad, Derecho Penal y el Nuevo Sistema de Justicia Penal, estuvieron presentes en 912 audiencias y con base en guías de observación, recabaron datos en función de 4 ejes de evaluación: 1. Actuaciones judiciales, 2. Actuaciones del Ministerio Público de Judicialización, 3. Actuaciones del Defensor público y, 4. Actuaciones del Asesor jurídico público.

Las principales áreas de oportunidad y deficiencias identificadas durante el período de evaluación, se enlistan a continuación:

- En el 37.3 % de las audiencias monitoreadas, el Juez no verificó la legalidad de las actuaciones previas, antes de convalidar en audiencias de incompetencia, siendo que tiene la obligación de valorar que aquellas actuaciones que se hubieran realizado en el sistema anterior hayan sido apegadas a derecho, para evitar convalidar situaciones revestidas de ilegalidad.*
- En el 64.4 % de las audiencias monitoreadas, el Juez no analizó los datos de prueba para determinar la imposición de medidas cautelares, siendo que tiene la obligación de analizar que la medida cautelar a fijar sea proporcional, adecuada y la que menos afecte al imputado. El incumplimiento trae como consecuencia que*

el imputado se encuentre frente a actos de autoridad que afecten su libertad y sus bienes.

- *En el 42.1 % de las audiencias monitoreadas, el Ministerio Público no ofreció datos de prueba ni los vinculó para solicitar medidas cautelares, limitándose a ofrecer escasos datos de prueba, además de vincularlos deficientemente, toda vez que no cuenta con capacidad técnica para fundamentar y motivar sus actuaciones y no obtiene un mayor cúmulo de conocimientos científicamente afianzados.*
- *En el 99.13 % de las audiencias monitoreadas, el Defensor público no ofreció datos de prueba para desvirtuar la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado. El Defensor tiene la oportunidad de desvirtuar datos de prueba notoriamente ilegales y así cumplir con su obligación de buscar y solicitar lo más benéfico para el imputado; situación que en escasas ocasiones se lleva a cabo.*
- *En el 27.5 % de las audiencias monitoreadas el Defensor no tuvo comunicación previa con el imputado, siendo que todo imputado tiene derecho a estar informado del estado procesal, medios y estrategias que el Defensor público tenga para su defensa; si no existe una comunicación entre ambos, los derechos del imputado pueden verse afectados por una mala decisión que el Defensor tome sin su consentimiento.*
- *Los resultados reflejan que en el 72.5 % de los casos sí hubo una comunicación previa con el imputado. A partir de la observación de los monitores MUCD se detectó que únicamente se cumple con el requisito de conocer al imputado, desatendiendo la obligación de entrevistarlo previamente lo que impide a la defensa ofrecer los datos de prueba pertinentes desde la audiencia inicial.*
- *En el 100% de las audiencias monitoreadas, el Asesor jurídico público no realizó manifestaciones diversas a las del Ministerio Público, siendo que debe velar por los intereses de la víctima e intervenir cuando se percate de una omisión por parte del Ministerio Público. Al no hacerlo, incumple con sus funciones de asesoría y representación establecidas en el acuerdo A/017/2015 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.”⁷*

Con esto queda de manifiesto que por la reciente instauración del sistema procesal Acusatorio Adversarial, existen fallas que a través de una mejora constante en la práctica, y dogmática puedan ser perfeccionadas.

1.2.4.- Principio de intermediación.

El principio de intermediación es el más relevante para entender el Sistema Acusatorio Adversarial, pues se trata de que las personas en encargadas de dictar una resolución ante un tribunal, perciba a través de los sentidos, de forma directa, sin que medie alguna persona, todo tipo de información que proviene de datos de prueba que se estén desahogando enfrente de él y no permita interpretaciones más allá que las propias, y en base a ellas provea una resolución.

⁷"México Unido Contra La Delincuencia. Informe Sobre Monitoreo Ciudadano En Salas De Oralidad Penal En La CDMX". 2017. revisado Octubre 2017 desde <http://www.mucd.org.mx/Informe-sobre-monitoreo-ciudadano-en-Salas-de-Oralidad-Penal-en-la-CDMX>.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 20, mismo que fue objeto de la Reforma del 2008, nos dice en uno de sus apartados:

“...Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica...”⁸

Es en ese sentido que el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo noveno, recoge la ordenanza constitucional y lo establece de la siguiente manera:

...”Artículo 9. Principio de inmediación

Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.”⁹

Este principio es de fundamental precisión para discurso realista, pues el juez realiza la tarea de extraer epistemológicamente, datos o medios de prueba,(esto de acuerdo al estado procesal en que se encuentre como lo veremos mas adelante en el capítulo II) que son propuestas y desahogadas, sujetas a debate y controversia por las partes, ésta actividad epistemológica la debe de realizar el juez de manera individual, siendo personal e indelegable la función de juzgar aplicando la ley, esta labor juzgadora reviste una importancia epistemológica importantísima y a la vez laboriosa, al momento de emitir una resolución pues antes que nada el juez es un ciudadano y aunque su deber es ser objetivo, se encuentra antropológicamente determinado, pudiendo ser incapaz de abstraerse de su idiosincrasia y con este un cumulo de valores filtrar el desempeño de la valoración, de lo que ha sido vertido por las partes que intervienen en cada una de las audiencias.

Conviene para ilustrar lo anterior revisar lo que nos dice un artículo de Mauricio Decape Fernández respecto que el principio de inmediación tiene dos vertientes o dos dimensiones: La subjetiva y la objetiva, también, resulta importante de destacar respecto de lo relacionado con la inmediación de la prueba el juez también cuenta con restricciones que en sus palabras nos dice:

“...que el principio de inmediación tiene una doble dimensión:

1. Dimensión formal o subjetiva: percepción por sus propios sentidos, sin intermediarios; y 2. Dimensión objetiva o material: de la fuente directa donde se encuentra la información acerca del hecho acaecido. Esto significa que, si a su vez

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., México 2016, Artículo 20

⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales, Mexico,2016, Artículo 9

entendemos que el juicio penal consiste en la determinación judicial acerca de hechos del pasado que en la sentencia se estima han sido debidamente probados, el principio de inmediación está tutelando o garantizando que el juez que decidirá cuáles son los hechos que se deben dar por probados debe percibir a través de sus propios sentidos la fuente directa donde el suceso quedó registrado al momento en que éste acaeció, con la finalidad de que conozca esos hechos del pasado sin otras mediaciones más que las propias del soporte donde se contiene dicha información. En concreto, si estamos en presencia de una fuente personal de prueba, se trata de presenciar al testigo y escuchar el relato de hechos que éste ha vivenciado, con todas las posibilidades que ofrece la percepción directa por el juez de ese testimonio de un testigo presencial. Cabe recordar que, por la propia naturaleza de la fuente de prueba, ésta estará supeditada a las siguientes restricciones: a) relativas a las capacidades de percepción del hecho, tanto subjetivas como objetivas, que tenía la persona en el momento que ocurrió el suceso; b) relativas a las capacidades de interpretación del hecho observado, que interfieren la sola descripción del hecho observado; c) de las capacidades de memoria de los detalles jurídicamente relevantes del testigo; y d) de las capacidades narrativas para expresar de modo certero aquello que efectivamente fue presenciado por éste.¹⁰

Por lo que resulta importante resaltar lo que nos menciona Decap Fernández pues dentro del tema de las excluyentes de responsabilidad penal, el principio de inmediación cobra una importancia trascendental ya que es a través de los sentidos y directamente que el juez podrá valorar si existen las circunstancias excluyentes de las que hablaremos más adelante, pues dentro del lenguaje que se utilice para absorber la información va implícito un sistema de símbolos, signos y rituales propios del proceso judicial, acusatorio, y esto debe de tenerlo en cuenta el juez al emitir una resolución.

La realidad sensible cobra un factor fundamental pues el juez lo que hace es absorber la realidad a través de los medios de prueba que se le presente, teniendo la difícil tarea de extraer los jugos de la verdad por medio del lenguaje, y la controversia.

¹⁰ Decap Fernández, M. (2014). El Juicio Oral y los Principios de Inmediación y Contradicción. Instituto de la Judicatura Federal.. Revisado Septiembre 2017, desde <http://www.ijf.cjf.gob.mx/valorpruebapresencial/>

*Nota: Concepción de verdad de Rorty, en tanto como uso del lenguaje simbólico que lo hace propio.

1.2.5.- Principio de Continuidad.

El principio de continuidad, es un principio procesal por el cual las audiencias deben detener una secuencia lógica y que no dilaten más de lo debido, pues esta continuidad a las audiencias permite que las atención, de los actores tanto del juzgador no se vean afectadas y no se vean disminuidas por espacios de tiempo prolongados, en palabras de Hesbert Benavente nos dice :

“por la misma necesidad de los requisitos de la percepción no puede haber espacios considerables entre los diversos actos producidos durante la audiencia”¹¹.

Es decir el principio de continuidad es una herramienta epistemológica que permite a las partes tener una concentración en cada una de las actuaciones que se desarrollen durante el procedimiento permitiendo con esto un adecuado entendimiento de lo sucedido, con las menores interrupciones de tiempo.

Hasta ahora los principios enunciados son los que se encuentran plasmados dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con mayor precisión en su artículo 20, por tratarse de lineamientos muy específicos por los cuales debe sustentarse el proceso penal Acusatorio y Oral, sin embargo debe comentarse que no son los únicos principio, sino que son los que consideramos los más relevantes para esta investigación.

Conviene enfatizar, que, existe una serie de principios que obedecen a epistemologías más complejas, que su concepción se encuentra inmersos en el terreno de los Derechos Humanos; como ejemplo de ellos, tenemos el principio de presunción de inocencia

1.2.6.- Principio de presunción de inocencia:

Para el estudio de los excluyentes de responsabilidad penal, como es el propósito de este trabajo este principio es de vital importancia toda vez que el principio de inocencia lo entendemos de la siguiente manera:

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como el pacto de San José Costa Rica se describe de la siguiente manera:

“Artículo 8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad...”¹²

¹¹Benavente Chorres, H., & Hidalgo Murillo, J. (2014). Código Nacional de Procedimientos Penales, Guía práctica y Comentarios desde el Sistema Acusatorio Mexicano. México D.F.: Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V.p 34

Debemos de remarcar que dentro de la Carta Magna, el principio de inocencia no se le da el reconocimiento como un principio general del procedimiento, por el contrario se le considera un derecho propio de inculpado.

Para efectos de esta investigación entendemos el concepto de principio como aquellas guías claras, evidentes y válidas en un sistema determinado, mientras que un derecho lo entendemos como el ejercicio de una garantía plasmada en una norma jurídica que es parte de un sistema normativo, una vez hecha esta aclaración la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acopla lo establecido en el Pacto de San José y lo establece a manera de derecho de la siguiente manera:

“ Artículo 20

A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”¹³

Hecha entonces la aclaración entre principio y derecho el Código Nacional de Procedimiento Penales, va más allá de lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo establece como un principio, que a saber nos dice:

“Artículo 13. Principio de presunción de inocencia

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código”¹⁴

De este modo es que el principio de presunción de inocencia se convierte objetivamente de un principio general que sirve como guía y que para materializarse en la ficción jurídica como un derecho exigible y accionable, para ser más precisos, se construye con una plenitud deóntica, objetivizable ante una autoridad con herramientas de razonabilidad en caso de su vulneración,

Para ser claro, el principio de presunción de inocencia se convierte en un derecho del inculpado analicémoslo, desde el lenguaje y simbolismo utilizado, en el sistema tradicional o mixto (es decir Antes del año 2016) a la persona remitida ante un Ministerio Público (hubiere o no cometido un delito) se le denominaba “Probable Responsable” el cual lingüísticamente pretendía dar el sentido de que

¹²Biblioteca Jurídica de Derechos Humanos revisado Septiembre 2017 desde <http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=legislaciones/ConvAmericanaDerechosHumanosPactoSanJose.html>

¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Mexico, 2016, Artículo 20

¹⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, Mexico, 2016, Artículo 13

se trataba de “probar” es decir acreditar la comisión o la no comisión, de un delito así como su participación o grado de participación, esto por medio de un sistema valoratorio de pruebas reglamentado por la ley.

Por lo tanto objetivo de la defensa, era desestimar esas pruebas, es decir, la categoría que se le da al concepto de la probabilidad no se encuentra semánticamente dentro del campo del azar, sino que atiende a un sistema de pruebas que la defensa debería de desestimar o excluir, para que dejase de ser responsable o participe, de la comisión de un delito.

Ahora bien, en el Sistema Acusatorio Adversarial, a toda persona que se le atribuye un delito se le denomina como imputado, semánticamente se debe de decir que la palabra imputado no hace referencia a que se es culpable, por el contrario únicamente se le hace del conocimiento, que se le atribuye, es decir se le imputa, un hecho considerado por la ley como delito,

En numerosas ocasiones, se confunde el concepto de imputación con la culpabilidad y por ello debemos aclararlo. Una imputación es solamente la atribución de un delito a alguien o la participación en él, como ya se mencionó. Esa imputación es a cargo de un fiscal, quien la promueve cuando sospecha de la comisión del delito, en tanto, a partir de esa imputación se iniciará un proceso de investigación, de recolección de pruebas, para determinar si el imputado incurrió en delito o no. Claramente entonces debemos decir que estar imputado no es ser culpable de algo ni mucho menos, solamente hay una sospecha que debe investigarse y luego la investigación determinará si lo es o no; pues se le denomina así desde la primera actuación hasta que se formalice la acusación es decir dependiendo el momento procesal en que se esté la denominación del imputado cambiará en su caso.

Una vez analizados los principios rectores que operan en el sistema acusatorio adversarial, para tener un breve panorama de lo que es en sí dicho sistema debemos de dar generalidades de las etapas en las que se han dividido este sistema, siendo estas, la etapa inicial, (en sus dos fases), la etapa intermedia y la etapa de debate o denominada de Juicio oral.

1.3.- Etapas del Procedimiento Acusatorio Adversarial.

El sistema penal acusatorio consta de tres fases o etapas, en las cuales se deben de respetar todos y cada uno de los principios que hemos visto con anterioridad; estas tres fases son a) fase inicial b) etapa intermedia c) etapa de Juicio.

Como nos establece el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 211 a saber.

“ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación,

b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme¹⁵.

1.3.1.- Etapa Inicial:

Lo primero a destacar en esta fase del Sistema Acusatorio Adversarial es que se subdivide en dos fases, que son: la fase de investigación preliminar y la fase de investigación complementaria.

La primera etapa del proceso corresponde a la investigación inicial, comienza con el conocimiento del hecho, a través de una denuncia o querrela, y abarca hasta el momento en que el juez fija la fecha y hora para la audiencia Inicial, es una

¹⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2016, Artículo 211

investigación preliminar que permite al fiscal emitir decisiones, que depura elementos tanto negativos como positivos del ilícito investigado.

Algunos aspectos destacados de esta etapa son los siguientes:

- Si no hay detenido, éste es el momento para reunir pruebas que lleven a conceder una orden de aprehensión.
- El control de detención es un paso fundamental, puesto que en ese momento puede determinar la liberación de la persona si el proceso no se llevó a cabo en total legalidad.
- En esta etapa, en caso necesario, se deben iniciar los mecanismos de protección a víctimas.

Hesbert Benavente Chorres, nos dice al respecto de la etapa inicial de investigación:

“ la etapa de investigación para que sea eficaz debe de cumplir con las siguientes características:

Presenta una finalidad o un objetivo, la finalidad de la investigación es la de establecer, por parte del fiscal , si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o los móviles de la perpetración del autor o partícipe y del ofendido la víctima , así como la existencia del daño causado.

Presenta un director o responsable de su realización. La dirección de la investigación debe estar a cargo del Fiscal.

Debe de observar un plazo procesal. Dentro de la Garantía de un debido proceso

El fiscal debe de contar con una estrategia. La dinámica del proceso penal exige el pasar por cada una de las etapas procesales con una estrategia, diseño o planteamiento metodológico .

Es reservada de la investigación solo podrán enterarse las partes de manera directa o a través de sus abogados.

Las defensas deben de contar con una estrategia durante una investigación, desde que la defensa toma conocimiento de los hechos que se le atribuyen al imputado o indiciado, tiene la obligación de ir desarrollando una estrategia.

La defensa puede participar en las diligencias de investigación. En ejercicio del derecho a la defensa el abogado defensor puede participar en todas las diligencias de investigación incluso puede aportar sus propias investigaciones, además se le puede facultar en solicitar al agente del Ministerio Público todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, es en ese sentido, el ministerio publico ordenara aquellas que considere conducentes”¹⁶.

^oOp.Cit

A la segunda fase de la etapa Inicial del proceso penal se le denomina: investigación complementaria; esta tiene la finalidad de que el Fiscal refuerce sus elementos de convicción a fin de decidir si emite una acusación o solicita el sobreseimiento del procedimiento.

En este momento es importante notar que:

- El Juez debe declarar respecto la legalidad de la detención o dejar al individuo en libertad.
- Se formula la imputación y el Juez debe cerciorarse que el detenido conoce sus derechos y cuenta con representación.
- El imputado puede decidir si quiere que se resuelvan las pretensiones de manera inmediata o dentro de las 72 a 144 horas siguientes, que en su caso, se resolverá en una audiencia.

Una vez resuelto el auto de vinculación o no vinculación, el Ministerio Público puede solicitar al Juez de Control que se resuelva prisión preventiva y/u otras medidas cautelares.

1.3.2.-Etapa intermedia.

La finalidad de la etapa intermedia es el control de la acusación y la delimitación, en su caso, de los hechos que serán debatidos en el Juicio Oral, así como de las pruebas que deban desahogarse.

Álex Carocca A, refiere que la finalidad de esta fase es:

“el control de los requerimientos conclusivos del Ministerio Público que hacen mérito del procedimiento preliminar. Allí se examina el fundamento de la acusación o del requerimiento de cierre del procedimiento y liberación de persecución al imputado o cierre provisional del procedimiento, decidiéndose si debe abrirse o cerrarse el procedimiento principal y aún más, existe la posibilidad de ordenar que se complementen las diligencias de la instrucción jurisdiccional.”¹⁷

Así mismo el tratadista y también Juez Reyes Loaeza nos dice que otra de las finalidades que persigue la audiencia o etapa intermedia es que el Ministerio Público o fiscal, dará a conocer su decisión acerca de llevar o no llevar a una persona a Juicio Oral o, en otro caso, que se ponga fin al procedimiento, y dentro de las finalidades concomitantes podemos mencionar que, en un primer término, se concluye la fase preliminar y se fija en esta nueva etapa el *thema decidendum* y el *thema probandum*, es decir, que se establece cuál será el contenido del debate,

¹⁷ Reyes Loaeza, J. (2017). La etapa intermedia o de preparación del juicio oral. vLex. Revisado 23 Octubre 2017, desde <http://vlex.com/vid/etapa-intermedia-preparacion-juicio-oral->

precisamente los hechos presuntamente ilícitos que serán objeto de decisión en la sentencia que originaron la formación de la causa, y segundo, establecer sobre qué hechos deberá recaer la prueba que se desahogará en el debate, así como cuáles de ellos, no serán objeto¹⁸

Como podemos apreciar es importante insistir que la etapa intermedia es en donde se preparan fases posteriores, esta etapa es de vital importancia para la valoración de la prueba, por lo que debe de ponerse especial atención, pues los medios de prueba que sean admitidos o desechados, serán sujetos de valoración en la etapa posterior es decir la etapa de juicio oral.

Terminológicamente resulta importante clarificar los conceptos de prueba en cuanto a la fase del procedimiento en que se encuentre es decir:

Si nos encontramos en la etapa inicial, (en cualquiera de sus dos fases) se le denomina dato de prueba, sin embargo en la etapa de intermedia pasa de ser dato de prueba a medio de prueba, para la etapa de juicio oral se le llamará prueba una vez que haya sido desahogada con los procedimientos establecidos ante una autoridad juzgadora, al respecto debemos de decir que así lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales , en su artículo 261

“Artículo 261. Datos de prueba, medios de prueba y pruebas

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.”¹⁹

Puede abundarse más sobre la etapa intermedia, pero todos nuestros esfuerzos en este apartado los enfocamos a que el lector alcance a tener un breve esbozo del Sistema Acusatorio Adversarial diciendo por último, respecto de esta etapa que se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral.

La fase escrita, iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia

¹⁸ : Idem

¹⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2016, Artículo 261

intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

1.4.- Etapa del Juicio Oral.

En esta etapa se desahogan todos los medios probatorios ante un tribunal de enjuiciamiento, en nuestra legislación se compone de un juez o de tres dependiendo de multiplicidad de factores, en donde conforme a los principios que hemos visto en apartados anteriores, así como con las reglas del debido proceso se controvierten todos los aspectos esenciales de la causa penal, y por ende culmina con el dictado de una sentencia. Al respecto nuestra legislación nos dice:

“El juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad”²⁰.

Faltarían bastantes tomos para describir todo lo que conlleva la etapa de juicio, en el Sistema Acusatorio Adversarial, por lo que consideramos que para finalidades del presente trabajo, es únicamente necesario que el lector pueda distinguir las etapas del sistema procesal acusatorio

1.4.- Antecedentes previos a la Reforma Constitucional del 2008.

Una vez explicados los principios y etapas del Sistema Acusatorio Adversarial, conviene dar una fugaz, mirada hacia los antecedentes de este sistema, si bien como lo menciona Manuel Atienza en su ensayo titulado “No me venga con el Código de Hammurabi”, refiere que no es necesario ahondar hasta los antecedentes más remotos de una institución jurídica (véase nota al pie)²¹ por lo que en el presente trabajo, analizaremos de manera breve las principales fuentes que dieron lugar al Sistema Acusatorio Adversarial

Diferentes escritores encuentran su antecedente del juicio oral en la antigua Grecia en el denominado Tribunal de Heliastas, en donde se constituía un jurado popular en la Helia (una especie de plaza pública), dentro del Helia, se comparecía de manera pública y se exponía el caso ante los magistrados Heliastas, los cuales dentro de sus atribuciones se reducían a la interpretación de las leyes, a la decisión de las causas civiles de entidad, y al conocimiento de

²⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2016, Artículo 348

²¹ Nota : Observar la ley : ensayos sobre metodología de la investigación jurídica / coord. por Christian Courtis; Manuel Atienza Rodríguez (pr.), 2006, ISBN 84-8164-862-0, págs. 277-298

ciertas especies de delitos que afectaban a la sociedad, como el robo, el rapto y el ..

Durante el desarrollo del Derecho en Roma, la presencia de la oralidad y la publicidad se presentó con mayor fuerza en el periodo de la Monarquía a través de las *legis actionis*, las cuales duraron hasta mediados del Siglo II A.C.

Los procedimientos en materia criminal se desarrollaban ante la presencia de los Magistrados, se basaban generalmente en la costumbre y el fallo se tenía que dictar de manera pública, debe mencionarse que cuando la pena se trataba de una proporcionalidad superior a las ya establecidas (pena de muerte o pena patrimonial) se necesitaba que fuera confirmada por los comicios. institución conocida como *Provocatio ad Populum*

En el proceso romano como nos dice Manzini comprendían cinco etapas que eran: el emplazamiento (*diei dictio*), la instrucción (*adquisitio*) la sentencia (*iudicatio*) la casación (*provocatio ad populum*) y la sentencia de los comicios (*iudicium populi*).²².

Ahora bien, lo que respecta a los dos restantes periodos, podemos decir que, durante la República el sistema formulario desplazó al sistema de las *legis actionis*, por ser considerado un sistema más flexible, el cual consistía en redactar una fórmula en la que se resumía los términos en que quedaba fijada la controversia, y que remitida al juez servía como punta de actuación.

Durante la época del Imperio, las formas del procedimiento penal fueron la *cognitio* y la *accusatio*.

La primera de ellas consistía en la carencia de formalidades establecidas en un marco normativo, otorgando poder absoluto sobre la causa al magistrado, quien podía abandonar, sobreseer y abrir en cualquier momento la controversia; mientras que la *accusatio*, consistía en el desempeño de un particular como funcionario público llevando el mismo la instrucción. Con desfortunio, las instituciones republicanas y el procedimiento penal ordinario se corrompieron, implementándose un procedimiento penal extraordinario que se constituía por tribunales que actuaban por órdenes del Emperador, y donde el magistrado de forma discrecional podía resolver la controversia por la vía de la inquisición, teniendo como base la *cognitio*.

Con la invasión de los bárbaros sobre el territorio de Roma, los pueblos bárbaros llevan consigo sus leyes y forma de juzgar, que tenía como base la costumbre, donde el pueblo tenía la facultad de juzgar a través de las asambleas. Durante la

²² Mancini, Vicenzo. 1949. *Tratado De Derecho Penal*.. Santiago de Chile: Ediar. p 225

época merovingia dichas asambleas constituyeron los tribunales del Rey y durante la época carolingia la administración de justicia pierde su característica popular y se convierte en una prerrogativa exclusiva del Rey.

Así fue evolucionando el derecho procesal penal y se menciona que existió un decreto emitido por el Papa Inocencio III en el cual ordenaba que todo lo realizado por el juez en un procedimiento debería quedar plasmado por escrito, dando así la transición formal del procedimiento oral al sistema escrito y todo aquello que no estuviera escrito en las actas del juzgado quedaría sin valor (exclusión de los hechos y pruebas) estábamos ante el inicio del aforismo *quod non est in actis non est in mundo*:

La época medieval y el reconocimiento de la religión cristiana que de manera deliberada y para mantener el control social impusieron el sistema inquisitivo. Fue hasta que el movimiento social y político de la revolución francesa, con sus postulados de democracia y de respeto a los derechos del hombre, como ya hice mención, legisla otorgando garantías procesales de carácter penal al inculcado, retoma la oralidad y la publicidad y el derecho de defensa, sin embargo, la tradición jurídica del procedimiento de carácter inquisitivo fue más fuerte que los nobles ideales e intenciones de aquellos hombres.

1.5.- Principales problemas que dieron pie a la Reforma Penal del 2008

En Latinoamérica y en México específicamente, a partir de los años 80 se ha experimentado altos índices de violencia que laceran a la sociedad en general y que las instituciones de seguridad, administración y procuración de justicia se han visto rebasadas, por lo que a mediados de los años 90 se llegó a plantear la pregunta si el diseño de la Procuración y Administración de justicia era el indicado para los nuevos problemas sociales que acarrearán esos altos índices de inseguridad y violencia.

Pero no solamente se trataba de un sistema de justicia que era ineficaz y costoso, sino que también los actores dentro de ese sistema fueron adoptando ritos, costumbres y valores propios de la práctica en el sistema judicial Mexicano, por lo que se llegaba a preguntarse si era cuestión únicamente de un problema del sistema de justicia o el problema eran los actores que participaban dentro de este complicado sistema judicial; la respuesta siempre se quedaba en los discursos académicos y era la misma: “ es cuestión de cultura”, no se llegaba a reflexionar o si quiera proponer reformas estructurales en un cambio de sistema .

El problema se incrementó con el tiempo, por lo que la Reforma Constitucional obedeció a diferentes factores, en donde los principales problemas que se identificaron fueron los siguientes:

- El incremento de la delincuencia y con ello nuevas formas de cometer delitos que superaban las instituciones como nos dice Juan Mario Solís Delgadillo

“ La creciente delincuencia que ha rebasado al aparato de seguridad del Estado y ha experimentado un fenómeno de patología social que impulsa la violencia en todos los niveles y orilla a los ciudadanos a crear métodos de justicia por propia mano en aquellos espacios en donde el Estado no tiene presencia, o teniéndola, los ciudadanos carecen de voz en sus instituciones”²³.

- La corrupción y las prácticas propias del sistema penal

Existen diversos y muy variados estudios que nos hablan del problema de la corrupción en el sistema penal antes de la Reforma del año 2008, pero en afán de intentar dar conocer la realidad que se vivía, hemos considerado que las notas de carácter hemerográfico nos ayudan a comprender mas la realidad de las prácticas que se desarrollaban, más allá de estudios dogmáticos que pretenden dar cuenta de estadísticas.

A continuación se presentan extractos de una nota que publicó el periódico Excélsior con la única finalidad de dar a conocer la problemática

CIUDAD DE MÉXICO, 1 de octubre.- El sistema de procuración e impartición de justicia en México se encuentra profundamente cuestionado. Muy pocas personas confían en la capacidad y la ética en la actuación de las policías, de los Ministerios Públicos y de los jueces, y los tres ámbitos, es decir, la seguridad pública, la procuración de justicia y la impartición de justicia enfrentan una percepción ciudadana que apunta hacia la ineficiencia y la corrupción.

La pérdida de la confianza

Uno de los elementos clave para el funcionamiento democrático se encuentra en la confianza que tiene la ciudadanía respecto de las instituciones públicas. En nuestro país, dos terceras partes de las personas mayores de 18 años declaran algún grado de desconfianza y se muestran sumamente escépticos respecto del desempeño institucional en el ámbito de la justicia.

Los resultados de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la seguridad Pública, 2013, coordinada por el INEGI, muestran que 65% de quienes tienen 18 años o más cree que los Ministerios Públicos son corruptos y una cifra similar considera que las policías ministeriales también lo son.

Asimismo, 64% de la población cree que los jueces están vinculados constantemente a prácticas de corrupción, lo cual es sumamente grave, pues si dos de cada tres personas desconfían de la imparcialidad de las y los jueces, entonces puede

²³ Delgadillo, Juan. 2017. "La Reforma Penal Mexicana, Espejismos Y Realidades. Los Actores Del Sistema Como Variables De Éxito O Fracaso". *Revistas.Juridicas.Unam.Mx*. revisado Octubre 2017 desde <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial>

sostenerse que las condiciones para construir un verdadero Estado de derecho se encuentran comprometidas.

En el mismo tenor, sólo el 43% de las y los ciudadanos cree que los Ministerios Públicos son eficaces en su trabajo; 44% piensa que las policías ministeriales tienen un buen desempeño, y únicamente 49.4% de la población asume que las y los jueces tienen un buen desempeño en sus responsabilidades.

Investigación deficiente

La debilidad de la cadena de procuración e impartición de justicia en México inicia desde la integración de la averiguación previa. En primer lugar debe destacarse que según la Encuesta Nacional de Victimización y percepción sobre la Seguridad Pública 2012, de todos los delitos que se cometen, en 91% de los casos no se inicia una averiguación por parte de las autoridades ministeriales...

..Adicionalmente, de quienes sí fueron puestos a disposición del MP, 30% declara que pasaron entre una y tres horas antes de ser llevados ante esta instancia; uno de cada cinco declara que pasaron entre 4 y 8 horas antes de ser presentados ante la autoridad; 12% declara que pasaron entre 9 y 12 horas; 13.5% señala un lapso de entre 13 y 24 horas; mientras que 17% sostiene que la policía u otras autoridades los retuvieron entre uno y cuatro días.

Justicia dudosa

De acuerdo con el estudio de Azaola y Pérez-Correa, sólo el 48.3% de quienes se declararon culpables admiten haber cometido un delito; el 30.5% dice haberse declarado culpable porque fue torturada o torturado; el 24.5% lo hizo porque fue presionado o amenazado para hacerlo; 4.7% lo hizo porque el Ministerio Público le indicó "que era lo mejor"; mientras que el 4.4% se declaró culpable porque amenazaron a su familia.

Asimismo, según el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal, únicamente en 24 entidades los Poderes Judiciales cuentan con "Oficinas internas de control" que verifiquen todos sus procedimientos; sólo en 23 hay esquemas de sanción a servidores públicos; y únicamente en 17 existen esquemas de investigación contra servidores públicos"²⁴

Con esta nota periodística nos podemos dar una aproximación sociológica de los niveles de corrupción y percepción de lo que la ciudadanía pensaba acerca de las instituciones de procuración y administración de justicia que se veía rebasados por las prácticas de los actores en el sistema penal .

Ilustra lo anterior lo que comenta muy acertadamente Héctor Fix Fierro:

*"la imagen de la justicia de la prensa, la opinión pública o incluso en el medio de la profesión jurídica es, y ha sido en general desfavorable y pareciera reflejar una crisis persistente y difundida"*²⁵

²⁴"México Social: Un Deficiente Sistema De Justicia". 2017. *Excelsior*. revisado Octubre 2017 desde <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2013/10/01/921213>.

²⁵ La eficiencia de la Justicia (una aproximación y una propuesta), México , UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas ,1995,p 11 y 12 ,

- La deficiencia en la práctica Jurídica.

El sistema que el procedimiento judicial penal requería en el sistema Mixto era de alguna manera formulista, es decir, de derecho formulario que se utilizaba desde la época romana como ya vimos en el apartado de los antecedentes, así mismo este sistema mixto, permitía que los actores del sistema procesal penal cayeran en prácticas y ritos propios de los actores en el sistema procesal, en donde el aspecto argumentativo se dejaba de lado en el ejercicio profesional puesto que los escritos en los que se tenía que dar impulso al procedimiento judicial penal, era escasamente jurídico y únicamente se mantenía en una línea postergamiento del proceso en base al planteamiento de incidentes (conocido dentro del simbolismo y la jerga jurídica como “el chicaneo”/“Huizacheo”) y con esto entorpeciendo el proceso, siendo el derecho positivo una especie de tablero en donde las piezas ya se encontraban dichas y únicamente sería el trabajo de los actores jurídicos estar bajo las reglas ya establecidas rígidamente

Al respecto, el propio Binder explica :

...“El ejercicio de una profesión en la que “todo está escrito” y no hay nada más que hacer que supeditarse a las normas, degrada tanto la calidad del profesional que la ejerce como la de la justicia a la que dice auxiliar..

:

.los abogados poseen conocimientos jurídicos débiles o insuficientes; para procurar sus ingresos, atienden muchos casos y prestan poca atención profesional a cada uno de ellos; carecen de una estrategia procesal para el caso en el que participan; están más atentos a complicar o frustrar el proceso, según el interés que defiendan, que a llevarlo adelante; a menudo, inflan las expectativas del cliente ofreciéndoles resultados jurídicamente improbables... este sector profesional practica un ejercicio degradado de la profesión, que colinda con diversas formas de corrupción

...De esta manera, la conjugación del saber técnico y el saber relacional ha creado una forma particular de ejercicio profesional que combina el ritualismo y las formas reverenciales de tratamiento y la informalidad que acecha las deficiencias del sistema para sacar una ventaja a expensas de las reglas procesales escritas.”²⁶

Es en ese sentido en que se refleja la práctica jurídica del día a día que se daba en el marco del sistema, la institucionalización de ciertas conductas nos traduce una fractura entre el dogma y el ritual en el cual los actores jurídicos se veían inmersos en este sistema y normalizaban esta conducta con el ejercicio de su profesión, pues en insuficientes casos nos encontramos ante la figura de algún organismo que investigara, regulara y sancionara estas conductas, o por lo menos que las exhibiera ante una población, para que moralmente fueran sancionados, a estas prácticas, debemos de agregar el sistema de “burocratización de la administración de justicia” puesto que para acceder a los datos en donde se encontraban los expedientes, era necesario activar una inmensa máquina burocrática.

²⁶ Solis Delgadillo, J. (2010). La reforma entrampada: la de- formación Jurídica y Perjuicio de la Justicia en México. Cuestiones Jurídicas, Revisado Octubre 2017 desde <http://www.redalyc.org/html/1275/127514959002/>

No pasa por desapercibido que el establecimiento de un Sistema Acusatorio Adversarial en México tiene un trasfondo obscuro que los tratadistas no les gusta mencionar, pues este trasfondo se encuentra semi-oculto en la política internacional, esto es de manera que para estar en concordancia con los países más desarrollados, sus sistemas de procuración y administración de justicia deberán de estar apegados a los mismos principios para así facilitar la exportación e importación de productos de estos países, además de que existe una marcada tendencia a nivel mundial en donde los sistemas de administración de justicia lo es de manera acusatoria adversarial, lo cual hace día con día un sistema procesal penal de manera más global y cada vez menos local, en concordancia con el respeto a los Derechos Humanos que los países más desarrollados han suscrito convenios para su garantía, por lo tanto no debe de pensarse que el Sistema Acusatorio Adversarial es únicamente una creación que viene a solucionar problemas con los que lidiaba México en el pasado, sino que es producto de una imposición global, no vinculante, que los países más desarrollados están imponiendo a países en vías de desarrollo con problemas de administración y procuración de Justicia..

Estos son algunos de muchos problemas que bajo una mirada sociológica, podemos alcanzar a comprender la situación que hacían insostenible un modelo de justicia mixto, basado en un esquema inquisitorial, esto únicamente por cuanto ve al sistema jurídico pero existían otros de carácter político y sobre todo económico, que no permitían un sano desarrollo de un sistema procesal, y con esto no se quiere decir que el Sistema Acusatorio Adversarial va a resolver todos y cada uno de los nuevos problemas que el antiguo paradigma de justicia contaba; pero puede decirse que el nuevo sistema aporta un nuevo paradigma para hacer frente a las nuevas maneras de la administración de justicia penal.

1.6.- El Código Nacional de Procedimientos Penales.

A partir de la reforma que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sufrió en Junio de 2008, en materia de seguridad y Justicia, se estableció positivamente los lineamientos o principios que permitirían transitar de una justicia Mixta de carácter inquisitorial, hacia una Justicia Oral de carácter mixta, se consideró necesario establecer un sistema procesal de normas que permitieran unificar criterios en cuanto a el procedimiento de carácter penal, en todo el territorio mexicano.

La temporalidad para hacer estos cambios según el Segundo Transitorio de la reforma a la Constitución en comento, fué de ocho años, por lo que en el presente trabajo se expondrá de manera breve los tres proyectos de Código Nacional de Procedimientos Penales que se presentaron a través de estos ocho años; debe decirse que nuestra posición es que la promulgación y aplicación de este Código en todo el Territorio lo consideramos que es violatorio de la soberanía de las entidades federativas de erigir su propio cuerpo normativo

procesal pero en un sentido que va mas allá del análisis legisgráfico, debemos también decir a favor del Código Nacional de Procedimientos Penales era un elemento necesario para la instauración del sistema procesal penal acusatorio y con esto dar una transición de paradigmas.

El primer Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Penales fue presentado por el Poder ejecutivo en el año 2011, es decir tres años después de la Reforma Constitucional, los otros dos proyectos que correspondieron a diferentes empeños de diputados se dieron en los años 2012 y 2013.

Solo uno de los tres ante proyectos recabaron el sentir social y reconocieron que se encontraba superado el sistema mixto:

“Son muestras de la crisis del actual sistema de justicia penal el incremento de la inseguridad pública provocada por el delito y la impunidad propiciada por la falta de funcionalidad de los órganos encargados de investigar y perseguir el delito, de procurar y administrar justicia

Considerar la realidad socio-cultural, política, económica y jurídica de la nación mexicana y de cada una de las entidades federativas en particular, para que la reforma sea una respuesta a sus necesidades. Si bien el legislador mexicano debe tomar en cuenta las experiencias del derecho penal y procesal penal comparado, no debe simplemente trasplantar algún modelo procesal ajeno; debe esforzarse en autogenerar un modelo nacional partiendo de la base constitucional”²⁷

Es así, que el 18 de Junio de 2016, inicia en vigencia el Código nacional de Procedimientos penales, que tenemos hasta la fecha en que se escriben estas líneas, la mencionada, legislación es un presente que nos da las pautas de carácter de manera adjetiva, para proceder en el Sistema Acusatorio Adversarial.

Como hemos analizado previamente dentro de este Primer capítulo, la finalidad es que el lector se aproxime brevemente las fases del Sistema Acusatorio Adversarial y sus particularidades, así como sus principios más representativos, los antecedentes que dieron pie a la instauración del mencionado sistema procesal.

²⁷Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Penales revisado en Agosto 2017, desde http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Iniciativa_Diaz_Gastelum_Flores.pdf

CAPITULO SEGUNDO

El Problema dogmático de la valoración de la prueba en las Excluyentes de Responsabilidad penal

2.1- Qué es la prueba.

La prueba, en su etimología procede del latín, la palabra *probatio, probationis*, que significa bueno, recto y honrado, pues lo que pase a través del filtro de la prueba, resultaría autentico, bueno y recto, de Acuerdo a la Real Academia de Lengua Española.

Para analizar el concepto de prueba, debemos de resaltar la finalidad que tiene el concepto de prueba En este apartado nos encontramos con distintas posturas dogmáticas, que han debatido respecto del concepto de verdad y de la prueba en ese sentido debemos de establecer que el propósito de la prueba existe para acceder a la verdad de los hechos que están en controversia.

La Prueba tiene condiciones de pretensión de averiguar qué es lo que realmente sucedió, por lo tanto la prueba es un instrumento de conocimiento, es una herramienta epistemológica

Para ilustrar los diversas corrientes que existen de la verdad, y su relación con la prueba describiremos , el sentido en que se asumen dos posturas contradictorias en la prueba así pues tenemos a la corriente realista y en sentido contrario se encuentra la postura Argumentativa. de acuerdo a los siguientes Postulados:

- a) La corriente de la epistemología realista, propone que la prueba permite acceder a la Verdad; es decir concede la posibilidad de conocer un mundo perceptible por los sentidos, para evidenciar algo o para lograr que nuestro

entendimiento lo perciba con la misma claridad que los hechos ocurridos con anterioridad.

b) Para la corriente Argumentativa, la verdad se asienta en la prueba como herramienta, que sirve para la persuasión del conocimiento, es decir la verdad se construye a través de la prueba, que incide directamente en la construcción del pensamiento, esa construcción de pensamiento permite llegar a un nivel de convicción (no importa que sea verdadero o no verdadero) probar consiste en convencer a otros de la existencia o inexistencia de un hecho, a base del discurso.

Siendo esta última la postura que asumiremos a lo largo del presente trabajo de Investigación.

La prueba, en cuanto al sentido procesalista la podemos encontrar en lo expuesto por Sentís Melendo quien nos dice:

*“ la prueba es la verificación de afirmaciones formuladas por las partes relativas en general a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas que se realizan utilizando fuentes las cuales llevan al proceso por determinados medios.”*²⁸

Para enfatizar el segundo enfoque de corte más corroborativo de la argumentación encontramos lo expuesto por Carnelutti quien nos dice:

*“prueba como sustantivo de probar es pues el procedimiento de verificación”*²⁹

Como podemos observar la prueba es una herramienta epistemológica, que tiene condiciones de posibilidad de permitir acceder al conocimiento de hechos pasados, ya sea como verificación o como persuasión.

²⁸ Sentís Melendo, S., Arazi, R., & Morello, A. (1996). *La prueba*. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense p 16 (

²⁹ Carnelutti, F. (1973) instituciones de derecho procesal civil , Buenos Aires , Ed Ejea, T.I 331

2.2.- El Concepto de Verdad como Coherencia Jurídica.

Para intentar clarificar lo expuesto en el apartado anterior debemos de hacernos las siguientes interrogantes: ¿Se puede llegar a la verdad a través de la prueba? ¿Qué es la verdad? para dar respuesta a dichas interrogantes debemos de partir del presente postulado: la verdad está condicionada de los fines que se persiguen con ella, y obedecen al universo de la cultura que se comparte en un tiempo y lugar y determinado.

Tomaremos para el presente trabajo el concepto de verdad como correlativo a la coherencia que existe en el mundo perceptible, si bien es cierto existe la postura filosófica escéptica, que sostiene que es imposible por el ser humano alcanzar la verdad, hemos decidido adoptar dicha hipótesis y establecernos en la postura de la cual nos habla Tarsky , quien nos afirma que la verdad se acepta o se desecha en cuanto mayor relación tenga con el mundo perceptible (coherencia-),

Para poder establecer el sentido de correspondencia, debe de existir un sistema que utilicemos para la corroboración de las afirmaciones supuestas de verdad, esto se hace a través de un metalenguaje en que podemos hablar de las cosas sin que nos refiramos a ellas directamente (precisamente en ese sentido radica su dificultad), por lo cual la verdad no radica en que en tanto es concordante con la verdad empírica (universo sensible), por el contrario la verdad radica en que tanto grado podemos explicar dicha cosa. Esto es en otras palabras el grado en que podemos utilizarla argumentativamente para dar explicación del objeto cognoscible.

Durante la realización de este trabajo de investigación, se propone que existen criterios de referenciación, del órgano valorativo en sus instrumentos de convicción, que dotan a ese metalenguaje que es utilizado por los operadores del sistema y que incide directamente en una resolución.

una vez definida, la postura respecto de la verdad que vamos a utilizar , debemos de analizar dicho concepto de verdad con el concepto de la prueba, pues esta forma parte de ese sistema de referenciación o contexto en el que percibimos , siendo que el órgano decisor y la prueba como elemento objetivo forma parte de ese contexto reverenciador, en el cual lo único que se hace al emitir un fallo es en realidad, aceptar o rechazar valores que verificaron o corroboraron una correlación coherente con el mundo material, como continuación se muestra en la siguiente Diagrama::

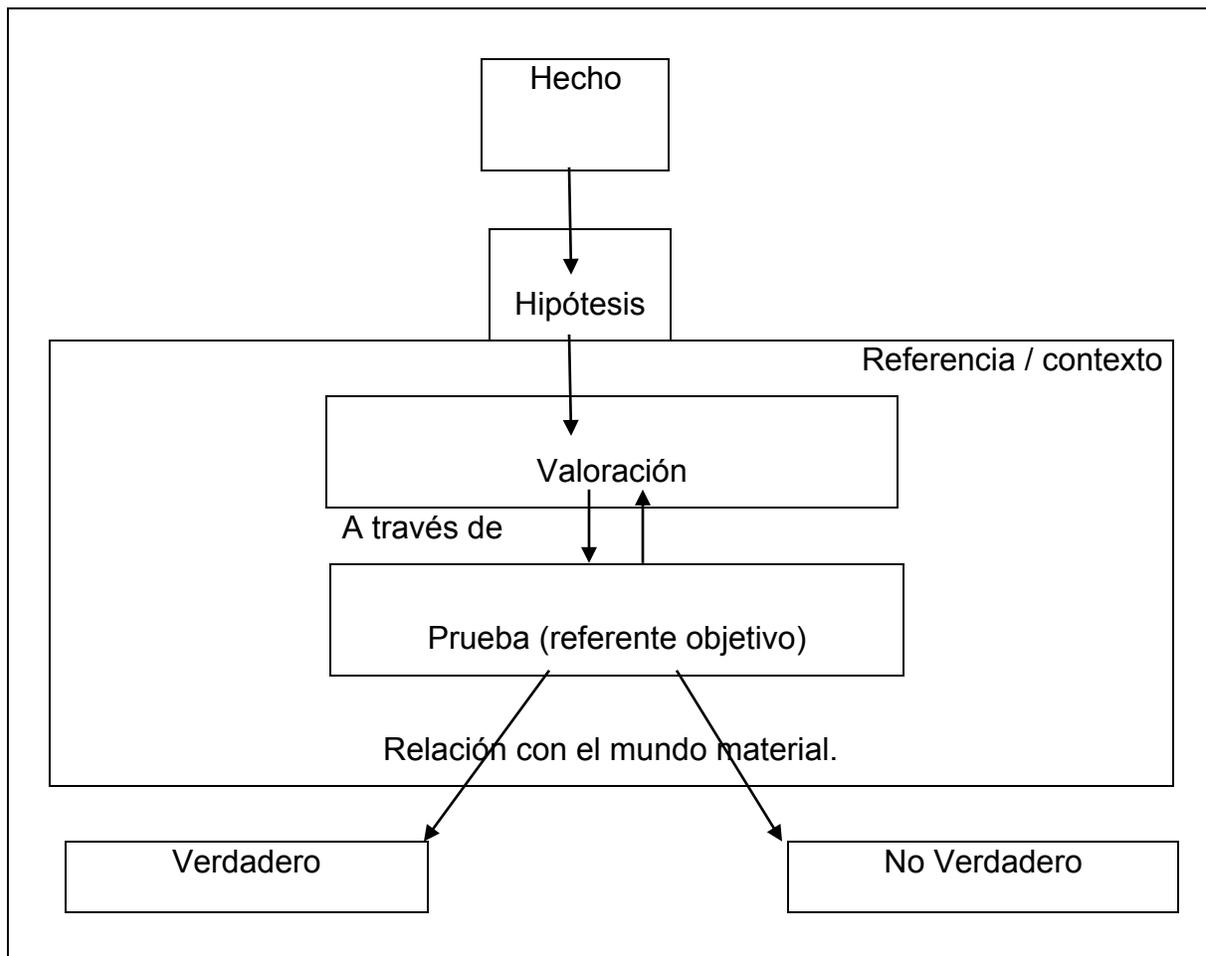


Figura 1.

Para explicar la anterior figura a manera de ejemplo pondremos el caso de un ilícito: un Homicidio.

- Se comete un homicidio,(hecho)
- Por lo que se generan momentáneamente dos enunciados (hipótesis) Juan, privó de la vida a Pedro o Juan no Privó de la vida a Pedro,
- Esta hipótesis cualquiera que sea esta a sujeta a un fallo (valoración)
- Ese fallo esta referenciado por tejidos epistemológicos cualquiera que sean estos (referencia o contextos),
- Estos contextos juegan un papel determinante en la prueba (referente objetivo) pero siempre mermada por esos criterios objetivos,.

En este ejemplo la prueba se ve referenciada por un tamiz de legalidad, por lo tanto el referente objetivo en el caso particular, dichas hipótesis tienen que filtrarse a través de un embudo previamente escogido con coherencia a los (referentes), en este caso solo los medios que la ley acepta y que no son objeto de exclusión particularmente las que han sido obtenidas en contra de los Derechos Humanos, una vez filtrados esos contenidos hipotéticos, la hipótesis que tenga mayor grado de coherencia real, será el que tenga, mayor grado de verificabilidad hacia lo verdadero o hacia lo no verdadero.

Consideramos pertinente, resaltar la distinción entre la proposición de un enunciado es verdadero, a decir que un enunciado está probado, decir que una cosa es verdadero, es que el sujeto cognocente se encuentre justificadamente convencido de que los hechos sucedieron como se afirma; siendo que un hecho probado, es un hecho que ha sido sujeto de valoración a través de instrumentos epistemológicos conocidos como prueba que permitieron la corroboración o verificación a través de los sentidos, y que estos guardan coherencia lógica , con las afirmaciones realizadas, de manera argumentativa, así como guardan coherencia lógica con los referentes objetivos.

Bajo ese Argumento encontramos proposiciones: Verdaderas y Probadas., Verdaderas y no probadas, No verdaderas y Probadas; No verdaderas y No Probadas

Como hemos mencionado a lo largo del presente capítulo, uno de los referentes de los cuales son sujetos la prueba, podemos establecer que se encuentra el referente Legalista respecto de las formas de acceder al instrumento epistemológico conocido como prueba, ahora bien dentro de este referente existen limitaciones materiales, legales y epistemológicas para acceder a la totalidad de las pruebas, para estar en posibilidad de valorarlas a esto se le denomina :la Limitación del conocimiento a partir de la producción de la prueba .

2.3.- La limitación del conocimiento a partir la producción de la prueba:

Si el propósito de la prueba es construir una verdad, se habla de una verdad, puesto que asumimos que existen diferentes tipos y capas de verdad, esta debe de constuirse de acuerdo al mayor número de elementos que puedan permitir al sujeto cognoscente una apreciación de los hechos (hipótesis) y que esta se llegue en base a criterios basados en la inducción (prueba) a un esclarecimiento de los hechos (verdad)

Ahora bien, existen limitaciones formales y no formales respecto a la producción de esas bases de prueba, que no permiten la conformación del universo de pruebas y lo merman desde su producción, limitando con esto un completo entendimiento del universo probatorio respecto de un caso en específico, entre las cuales destacan las siguientes limitaciones:

- Epistemológica: el juez no estuvo presente en el momento en que sucedieran los hechos, por lo que epistemológicamente el conocimiento que se intenta reconstruir es propio de la antropología, historia o ciencias sociales, aunado a la limitación jurídica.

En las fuentes de producción de la prueba, el órgano decisor, se encuentra con diferentes puntos de vista, diferentes ritos y simbologías, con diferentes niveles de descripciones en la producción de la prueba.

- Limitaciones institucionales; la producción de la prueba no es un conocimiento libre, si no que pasa por filtros procesales de exclusión probatorias que limitan la averiguación de la verdad, debe decirse que el sistema jurídico ha protegido y ponderado valores morales propios del sistema jurídico, que limitan la producción de la prueba, "la verdad no puede ser obtenidas a cualquier precio" es más importante dar una protección de los derechos fundamentales en el proceso en el sistema que averiguar la verdad.
- Limitaciones de tiempo, la producción de la prueba esta reglado y limitado por cierto tiempo que protege al acusado y limita temporalmente la aspiración de una producción de una prueba como se debe.

Una vez revisado y precisado lo relativo respecto a la limitación de la producción de la prueba, se torna significativo formular la siguiente interrogante: ¿Por qué es importante revisar aspectos de la valoración de la prueba en un trabajo en donde estamos investigando a las Excluyentes de Responsabilidad Penal?

Para dar una correcta respuesta al interrogante anterior, es importante revisar cuatro aspectos fundamentales, que se han convertido en pilares del sistema de valoración en el Sistema Acusatorio Adversarial Mexicano, que son los siguientes:.

- La figura del *In dubio pro reo*.
- La presunción de inocencia
- La carga de probatoria (el que acusa)

- El estándar de valoración de prueba suficiente.
- El estándar de Valoración de duda Razonable.

Analizar estas cuatro figuras nos darán una amplia concepción de cómo estas figuras que operan al momento de emitir un fallo; respecto de la valoración en cuanto ve a las excluyentes de responsabilidad penal.

2.4.- El principio “*In dubio pro reo*”. y la presunción de Inocencia.

El “*in dubio pro reo*” se traduce como la alocución latina de “en caso de duda, absuelve”, para el sistema procesal acusatorio, resulta un limitante este estado subjetivo de duda en el juzgador, pero, ¿Qué es la duda? y ¿Cómo se produce?, es claro que para que exista una duda debemos de hablar de probabilidad y certeza, toda vez que el grado de duda debe ser porcentualmente mayor al grado de certeza que se tenga , el diccionario de la Lengua Española, la define como:

“indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o acerca de un hecho o noticia”³⁰

Pero, ¿en qué radica esa duda? esa pequeña rendija en donde se puede escapar la convicción, se habla de la “íntima convicción” o de estándares de prueba como el de “la duda razonable”.

Cómo poder estar seguros de que el juez se encuentra cien por ciento seguro de la decisión que toma, porque si la toma en base a un 99% de convicción, existe un 1% de duda, por lo que, en estricto sentido tendría que absolver; es en este punto en donde entran al juego las excluyentes de responsabilidad penal.

³⁰ Real Academia Española de la Lengua. (2014). *Diccionario de la Lengua Española RAE* (23rd ed., p. 854). [s.l.]: planeta pub corp.

Pero existen diferencias conceptuales de ubicar el in dubio pro reo, entre un principio fundamental del derecho sujeto a interpretación o un derecho fundamental constitucionalizado, así mismo existen dogmáticos que ubican al in dubio pro reo como una especie que deriva del principio de presunción de inocencia, justo ahí radica la dificultad de ubicar conceptualmente el in dubio pro reo.

Si bien el in dubio pro reo, encontramos su origen más remoto en el Corpus Iuris Civilis, en donde se otorgaba el beneficio de la duda en caso de que las pruebas de descargo fueran suficientes para absolver al inculcado.

Para mejor comprensión, en el presente trabajo e hilar una coherencia lógica, debemos de hacer una diferenciación teórica respecto al in dubio pro reo y su diferencia con el principio de presunción de inocencia.

Mientras que el in dubio pro reo nace aparece en nuestro sistema normativo como un principio de derecho susceptible de interpretación; a lo largo de la evolución de nuestro sistema se ha constitucionalizado para ser parte de un derecho fundamental que tiene toda persona que es imputada de cometer un delito.

Así, el principio de presunción de inocencia, es un derecho fundamental que se encuentra inmerso en el conjunto de los establecidos como del debido proceso.

El in dubio pro reo, es un derecho fundamental que tiene como garantía de accesibilidad a todos los gobernados y se sitúa en el momento en cuanto ve a la valoración de la prueba; mientras que el principio de presunción de inocencia tiene su accesibilidad en todo momento de proceso y tiene que ver con el tratamiento del inculcado.

El in dubio pro reo recae en cuanto ve a la prueba, sea esta tendiente a la demostración de los elementos integrativos del delito, como de la culpabilidad, antijuricidad o responsabilidad del agente, mientras que el principio de presunción

de inocencia se mantiene únicamente como garantía procesal de ser tratado como no culpable (es decir, incide únicamente en la responsabilidad del agente).

El principio de presunción de inocencia, opera desde la certeza (o presunción de esta), el in dubio pro reo opera desde la incertidumbre, que es precisamente aquella “duda,” (la presunción de inocencia se desvanece, el in dubio pro reo se reafirma); la carga de la prueba es para quien acusa con la finalidad de establecer en el juzgador, la sostenible y racional convicción de que la persona acusada, no es inocente de haber cometido un delito, mientras que la defensa (como estrategia) puede plantear una hipótesis que razonablemente infiera en su ánimo de convicción una duda que se sostenga mediante la valoración racional de las pruebas, independientemente de quién aporte éstas.

El principio de inocencia se encuentra reconocido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocido como el pacto de San José, en su octavo artículo, señala:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas” ...³¹

El in dubio pro reo, no se encuentra constitucionalmente reconocido como tal, aunque jurisprudencialmente esta idea se ha visto superada, y al ser un principio interpretable la Suprema Corte de Justicia de la Nación corte ha emitido la siguiente Tesis Aislada) lo cual sirve como referente , aunque esta tesis fue emitida en el año del 2005, sin que hubiera aun proyecto si quiera de la reforma penal como podemos ver:

³¹Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.,Artículo 8

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribire la absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in idem). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23).³²

Del análisis esta tesis aislada, podemos observar elementos que evidencian la confusión que hemos mencionado, en líneas anteriores; menciona que el in dubio

³² Tesis: 1a. LXXIV/2005, Tesis: Aislada sustentada por la Primera Sala de la SCJN Época: Novena Época Registro: 177538 Instancia: Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXII, Agosto de 2005 Materia(s): Constitucional, Penal Página: 300

pro reo es una derivación del principio de presunción de inocencia, no obstante que dicha Tesis, ubica al In dubio pro reo, como Principio constitucional, por lo que jerárquicamente estarían a la par, pues resulta incongruente en la técnica jurídica que de un principio constitucional, se derive otro principio constitucional subordinado.

También resulta observable el estándar de suficiencia probatoria a la que hace alusión dicha tesis, cuando el in dubio pro reo, se ubica en el plano de la valoración de la prueba en lo que conocemos como el estándar de libre valoración, en concatenación con el estándar probatorio de la superación de la duda razonable (esto es comprensible debido a la temporalidad de la emisión de dicha Tesis).

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana ha emitido dos tesis aisladas en las que nos fija el criterio de lo que debe de observarse, en la valoración de la prueba, apegándose más al estándar de prueba de duda razonable, estableciendo los lineamientos que deben ceñirse para establecer el criterio epistemológico de “duda”, en donde se debe de tomar un fallo en base al material probatorio del juez, véase a continuación:

IN DUBIO PRO REO. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE "DUDA" ASOCIADO A ESTE PRINCIPIO.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el citado principio forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba. Ahora bien, el concepto de "duda" implícito en el principio in dubio pro reo debe entenderse como la existencia de incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, incertidumbre que no sólo está determinada por el grado de confirmación de esa hipótesis, sino también eventualmente por el grado de confirmación de la hipótesis de la defensa, en el supuesto de que existan pruebas de descargo que la apoyen. De esta forma, cuando la hipótesis de la defensa es total o tendencialmente incompatible con la hipótesis de la acusación, el hecho de que aquélla se encuentre confirmada por las pruebas disponibles genera una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis que sustenta el Ministerio Público, lo que se traduce en la

*existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad del imputado. En este orden de ideas, entender la "duda" a la que alude el principio in dubio pro reo como incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, no sólo exige abandonar la idea de que para determinar si se actualiza una duda absoluta el juez requiere hacer una introspección para sondear la intensidad de su convicción, sino también asumir que la duda sólo puede surgir del análisis de las pruebas disponibles. En consecuencia, la satisfacción del estándar de prueba no depende de la existencia de una creencia subjetiva del juez que esté libre de dudas, sino de la ausencia dentro del conjunto del material probatorio de elementos que justifiquen la existencia de una duda.*³³

IN DUBIO PRO REO. OBLIGACIONES QUE ESTABLECE ESTE PRINCIPIO A LOS JUECES DE AMPARO.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país en el marco de cualquier proceso penal, por lo que es indiscutible que los tribunales de amparo deben protegerlo en caso de que los tribunales de instancia no lo respeten. Ahora bien, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio in dubio pro reo forma parte de dicho derecho fundamental en su vertiente de estándar de prueba. De esta manera, si se asume que la "duda" a la que alude el citado principio hace referencia a la incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, es perfectamente posible que para determinar si un tribunal de instancia vulneró la presunción de inocencia, los tribunales de amparo verifiquen si en un caso concreto existían elementos de prueba para considerar que se había actualizado una duda razonable. En este sentido, la presunción de inocencia, y específicamente el principio in dubio pro reo, no exigen a los tribunales de amparo conocer los estados mentales de los jueces de instancia, ni analizar la motivación de la sentencia para determinar si se puso de manifiesto una duda sobre la existencia del delito y/o la responsabilidad del acusado. Cuando se alega una violación al in dubio pro reo o la actualización de una duda absoluta, la presunción de inocencia impone a los tribunales de amparo el deber de analizar el material probatorio valorado por los tribunales de instancia para cerciorarse que de éste no se desprende una duda razonable sobre la culpabilidad del acusado. Si esto es así, lo relevante no es que se haya suscitado la duda, sino la existencia en las pruebas de condiciones que justifican una duda. En otras palabras, lo importante no es que la duda se presente de hecho en el

³³ Tesis: Aislada: 1a. CCXIX/2015 (10a.) sustentada por la : Primera Sala de la SCJN., Época: Décima visible en : Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Página: 589 Libro 19, Junio de 2015, Tomo I

*juzgador, sino que la duda haya debido suscitarse a la luz de la evidencia disponible. Así, la obligación que impone el derecho a la presunción de inocencia a un tribunal de amparo en estos casos consiste en verificar si, a la luz del material probatorio que obra en la causa, el tribunal de instancia tenía que haber dudado de la culpabilidad del acusado, al existir evidencia que permita justificar la existencia de una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, ya sea porque ésta no se encuentre suficientemente confirmada o porque la hipótesis de inocencia planteada por la defensa esté corroborada.*³⁴

Una vez establecido lo anterior es importante recalcar que dentro del Sistema Acusatorio Adversarial, no se deja a interpretaciones el principio de inocencia ni el *in dubio pro reo*, estableciéndolo objetivamente, en donde además establece positivamente que el estándar de valoración probatoria que se utilizara en este sistema es el denominado “ más allá de la duda razonable”, el cual es criticado por algunos teóricos de la prueba, manifestando que es un estándar utilizado en el derecho anglosajón, en el cual no existe un criterio epistemológico razonable de la duda, que impide una verdadera íntima convicción, basado principalmente en cuatro críticas a saber:

- a) Se apela a “certezas “o certezas morales, por lo que ningún razonamiento inductivo puede justificar razonamientos ciertos.
- b) Establece una conexión entre juzgador y prueba conciliando las creencias del juez con el carácter contextual de los enunciados probados., lo que establecimos en el apartado anterior como autoreferencia).
- c) Tienen un carácter intersubjetivo, lo que establecimos en el apartado anterior como autoreferencia.
- d) No indican un umbral o nivel de suficiencia de la prueba que se intersubjetivamente comprobable.

³⁴ Tesis Aislada 1a. CCXX/2015 (10a.): Décima Época, Sustentada por Primera Sala Tipo de la SCJN, visible en la Página: 590 Libro 19, Junio de 2015, Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación con número de Registro: 2009464.

No obstante las críticas que puedan existir, objetivamente tenemos en el Código Nacional de Procedimientos Penales específicamente en su artículo 406 en su conjunto con el establecido en el 359 del mismo ordenamiento, se concluye de su lectura el estándar que se va a utilizar en el Sistema Acusatorio Adversarial, es el de la duda razonable de la siguiente manera:

Artículo 406. Sentencia condenatoria

.....El Tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate.

Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

En ese orden de ideas tenemos que el estándar de valoración de la prueba establecido es el siguiente:

Artículo 359. Valoración de la prueba

El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad

*más allá de toda duda razonable) En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado*³⁵

2.5.-Esquemas de Valoración de la Prueba.

Como lo podemos observar, dentro de los esquemas de valoración de la prueba se ha tenido cambios significativos en el sistema acusatorio adversarial, pero para alcanzar a comprenderlos es necesario hacer una breve revisión de cómo operaba el sistema de valoración probatoria en el sistema tradicional mixto de corte inquisitorial.

2.5.1. El sistema de valoración de prueba tasada.

A este sistema de valoración se le conoce dogmáticamente como sistema de pruebas tasado, tasación de prueba, sistema reglado, sistema normado de la prueba, esto quiere decir que el legislador, en un análisis riguroso de técnica procesal probatorio, establecía cuales eran las pruebas con mayor valor, y en base a esa jerarquización de valor entre las diferentes pruebas, clasificando y preponderando entre unas y otras siendo que con esto podía establecer, de manera cuantitativa una resolución .

En este Sistema Acusatorio, aun se habla sobre “dar valor” a las pruebas presentadas por las partes, esto significa que internamente se clasifican, y preponderan unas sobre otras, en la concepción del órgano decisor y que este utiliza su criterio para emitir un fallo.

Ahora bien, volviendo a la interrogante que nos planteamos al inicio del presente capitulado, se basa la importancia en dos sentidos, el primero por lo que se refiere

³⁵ Idem.

al principio de suficiencia de la prueba para dictar una sentencia condenatoria , no debemos de confundir con el principio general del *in dubio pro reo*

El principio de suficiencia de la prueba tiene que ver con un aspecto de valorativo, por ejemplo si un juez tiene que decidir sobre la responsabilidad penal en base a una sola prueba, esto no quiere decir que con una sola prueba el juez no pueda tomar su decisión libre, racional y justificada, siempre y cuando la prueba de la que estemos hablando sea (suficiente, necesaria y eficaz) si hablamos de términos de eficacia probatoria, aunque esto tenga que ver con otorgarle un elemento cuantitativo, mas no se deja de lado el valor cualitativo de la prueba que sirva de base para la decisión del juez.

2.5.2.-El Sistema de Libre valoración de la Prueba.

El sistema de la libre valoración de la prueba, denominado, también, de apreciación en conciencia o íntima convicción, surge, pues, como reacción frente al sistema de las pruebas legales o tasadas, para paliar los excesos y abusos que a su amparo se habían cometido y, entre otras razones, porque su aplicación práctica, un vez instaurado el jurado popular a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX, se consideraba imposible y absurda”³⁶

El sistema de la libre valoración de la prueba significa, únicamente, que el juzgador no está sometida a las reglas legales de valoración, pero no comporta de ninguna manera que se pueda prescindir de la prueba”³⁷

Esto quiere decir que el juez que dicte una sentencia deberá de estar apoyado en las pruebas admitidas y desahogadas por las partes, no en un entendimiento que se apoye únicamente en su conocimiento subjetivo, en su intención o simplemente en una corazonada; por lo que el Sistema de libertad valoratoria,

³⁶Op. Cit.

³⁷ Op. Cit., p. 269

exige del juez, que en un caso en particular en donde le viertan las mismas pruebas, los mismos hechos, otro juez pueda llegar a la misma conclusión o sentencia, pues de esto se trata de nuestro sistema, (esto en un caso hipotético, pues se sostiene la corriente que ningún caso en particular es similar).

Ahora bien la libertad valoratoria de la que se habla, no quiere decir que el juez por su criterio y su experiencia va a valorar las pruebas como se le venga en gana, por el contrario lo que significa es que únicamente se encuentra liberado de un sistema de tasación o taxonomía valorativa que el legislador le impuso, por lo que puede darle el mismo valor, tanto a un documento como a una pericial.

2.6.- Epistemología de la prueba

Ahora bien conviene hacer un recorrido sobre la manera en que el juez conoce la prueba, que como mencionamos anteriormente se puede ver limitado en su epistemología respecto de la producción de la prueba, así mismo una vez explicado esto debemos de hacer referencia que la valoración de la prueba y la convicción o el convencimiento judicial no son conceptos equivalentes sino distintos. La primera, como actividad intelectual del órgano jurisdiccional, precede siempre a la segunda; y ésta no es más que el resultado de la valoración o apreciación efectuada.

El objetivo de la prueba es la obtención de la verdad, sin embargo en el Código Nacional de Procedimientos Penales, recoge una postura dogmática pragmática, pues en ningún momento habla sobre alcanzar o llegar a acceder la verdad de los hechos , por el contrario el objetivo del proceso penal que menciona únicamente se habla de esclarecer los hechos

Objeto del Código

*Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, **para esclarecer los hechos**, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se*

*repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.*³⁸

Analicemos el postulado epistemológico del Código Nacional de Procedimientos Penales, desde un punto de vista lingüístico, tenemos que el objetivo primordial es el de esclarecer los hechos. La real Academia de Lengua española nos refiere que esclarecer es

Del lat. ex- 'ex-¹' y clarescĕre.

Conjug. c. agradecer.

- 1. tr. Iluminar algo, ponerlo claro y luciente.*
- 2. tr. Ennoblecere o ilustrar a alguien, hacerlo claro y famoso.*
- 3. tr. Iluminar, ilustrar el entendimiento.*
- 4. tr. Poner en claro o dilucidar un asunto o doctrina.*³⁹

Por lo que en ningún momento se habla sobre la obtención de la verdad, lo cual acarrea una serie de consecuencias epistemológicas que se ven materializadas en el campo de lo cognoscible, es decir respecto de la actividad epistemológica, intelectual y valoratoria que realiza el órgano que dicta una resolución; el célebre epistemólogo; Larry Laudan, concuerda con esta concepción que mantiene el Código Nacional de Procedimientos Penales, y advierte que la epistemología de la prueba, no se debe de dar respecto de la suficiencia valoradora, por el contrario agrega un modelo epistemológico el cual nos dice, se debe de encontrarse respecto de la relevancia que la prueba pueda conllevar consigo misma, pues nos menciona que para la valoración, durante la admisión y/ o el desechamiento de una prueba se da epistemológicamente en dos sentidos :

³⁸ Op. Cit..

³⁹ Real Academia Española de la Lengua. (2014). *Diccionario de la Lengua Española RAE* (23rd ed., p. 854). [s.l.]: planeta pub corp

El primero de ellos tiene que ver con si es necesario valorar la relevancia de la prueba, y el segundo de ellos menciona Laudan que si epistemológicamente es válido únicamente valorar la relevancia.

Nosotros agregaríamos un tercer modelo epistemológico para el desechamiento y o admisión probatorio, el cual no tiene que ver con la relevancia, si no con la obtención de la prueba, puesto que lo que se examina es la manera en la cual se consiguió dejando de lado epistemológicamente la categoría de la prueba

El camino que se adopte trae serias consecuencias epistemológicas jurídicas que a continuación expondré:

a) Si se adopta el modelo, en que si es necesaria la valoración de la relevancia hablamos de un sistema valoratorio que incide en la técnica argumentativa y en la práctica técnica jurídica, puesto que incide la admisión u exclusión directamente en la estrategia que pretenda cada parte.

b) Si se adopta, el sistema epistemológico de valorar únicamente la relevancia incide en la eliminación de la hipótesis y se deja de lado la importancia de las otras pruebas que puedan tener relación con una u otra prueba.

c) aquí no se valora ningún aspecto de la relevancia si no que tiene que ver más con la gestión y administración de la obtención de la prueba que tiene que ver con apego a los derechos fundamentales, aunque en ocasiones la obtención de la prueba puede resultar relevante, pero jurídicamente excluida,

Para la obtención de la verdad en el concepto de Rorty en concatenación con lo expuesto sobre el estándar de prueba suficiente, (íntima convicción) resulta mayormente provechoso estudiar las reglas de exclusión probatoria, puesto que para generar una suficiencia probaría es necesario revisar al sistema político criminal y jurídico procesal de un sistema normativo, toda vez que las reglas de

exclusión probatoria tienen una base epistemológica moral en cada sistema normativo y estas inciden directamente en los estándares de suficiencia probatoria, puesto que a mayor cantidad de pruebas se puede obtener un mayor conocimiento sobre los hechos que se pueden probar.

Sin embargo si solo se estudia la relevancia de la prueba para la admisión de la prueba se pueden dejar de lado datos de prueba que son relevantes pero pueden ser excluidos. pues aún cuando toda prueba admisible debe de ser relevante, no toda prueba relevante es admisible jurídicamente”

En el sistema acusatorio adversarial, los sistemas de exclusión se ven fincados en dos sentidos

- a) por la obtención de la prueba, y que esto se haga en contrario a los derechos fundamentales.
- b) La relevancia de la prueba para el esclarecimiento de los hechos.

De la lectura del texto del Código Nacional de Procedimientos Penales, en concatenación con lo expuesto por Laudan, nuestro sistema adopta el primer camino epistemológico es decir que para el criterio de exclusión probatoria se adoptan ambos criterios epistemológicos diferentes a la de solo la postura de analizar la relevancia. de la prueba, para el esclarecimiento de los hechos que se pretendan probar, así pues el artículo 263 de la legislación ya mencionada nos da la pauta para la obtención de la prueba, es decir hablamos de licitud, en el cual menciona que los datos y las pruebas, deberán de ser obtenidas conforme a derecho, así mismo, nos menciona en el artículo siguiente cuales son las causas de nulidad probatoria, las cuales únicamente menciona, que serán consideradas nulas, los datos y las pruebas que sean obtenidas en contravención con los derechos Humanos, es decir adoptan una postura epistemológica de producción de prueba legalista, sin embargo también el mencionado ordenamiento hace referencia a la relevancia en cuanto ve al momento del desechamiento de las pruebas, en otras palabras,

epistemológicamente podremos hablar de temporalidades procesales, mientras el criterio epistemológico epistemológica referente a la fuente de la prueba se da en el momento de su realización , el otro criterio epistemológico referente a la relevancia, se da en el momento de la admisión o desechamiento .

CAPITULO TERCERO

Construyendo un concepto.

3.1.- El concepto de Las Excluyentes de Responsabilidad Penal

En la Ciencia Jurídica, el lenguaje usado como símbolo que relaciona las ideas valores y sentimientos entre los operadores del mismo, es necesario tener precisión en los términos utilizados, por lo que es importante dar una definición del concepto que vamos a utilizar y que es tema toral en este presente trabajo, por lo que usualmente se usa indiscriminadamente el término “los excluyentes de responsabilidad penal”; nosotros creemos que al tratarse de circunstancias lo más adecuado es denominarlas “las excluyentes de responsabilidad penal” por tratarse de un artículo impersonal en plural femenino que hacen preceder el término de circunstancias.

Así mismo existe una confusión de conceptos, puesto que para referirse a las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se utilizan términos como eximentes, excusas absolutorias, causas de justificación, excluyentes del delito, aunque todas tienen su explicación, el concepto de excluyentes de responsabilidad que nosotros damos, consideramos que, engloba todas estas definiciones.

Así bien tenemos el concepto que nosotros aportamos es el siguiente:

Son ficciones jurídicas, que residen en la negación a la prohibición, consistentes en circunstancias específicas estipuladas por la ley positiva (algunas no se encuentran dentro del marco de la ley), las cuales, una vez cometida materialmente una conducta antisocial, modifican o exentan de la responsabilidad

penal a una persona (física o Jurídica), ante el mundo jurídico y por consiguiente su sanción (en un tiempo y lugar específico).

3.2.-Consideraciones respecto del Concepto:

Consideramos que las Excluyentes de Responsabilidad Penal son una negación a la prohibición, de acuerdo a lo siguiente: visto desde una arista sociológica, la tipificación de un delito es el establecimiento en un cuerpo normativo de una prohibición a la conducta humana, la cual, en un entendido ético y colectivo a la vez, se define cuales son las conductas que el colectivo permite o prohíbe en un tiempo y espacio determinado.

Una vez determinadas colectivamente cuáles son esas conductas prohibitivas, que principalmente buscan la defensa social ó la defensa de las instituciones, pero en un espíritu racionalista proporcional, no se puede establecer que todo aquel que violente la prohibición instaurada, estará cometiendo una infracción, si no que se deben de considerar las características o circunstancias en el por qué se cometió dicha infracción, ese pequeño espacio de permisión, es una negación a la misma negación, por lo que esta solo ocurre en el mundo ficticio del derecho, debido a que materialmente, es que existe una infracción, rompiéndose con esto un criterio de generalidad normativa. Por ejemplo, no se puede decir que todo aquel que priva de la vida ha cometido un delito.

Esto, debido a que existen diversas características ó circunstancias que permiten a la persona que privó de la vida, excluir la responsabilidad, como podría ser los custodios que ejecutan la sentencia de un juez que permite la pena de muerte, o el boxeador que en espectáculo mata a su rival.

En ese sentido, es por lo que decimos , que una excluyente es una ficción jurídica, toda vez que epistemológicamente tenemos dos maneras de acercarnos a las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, pues materialmente en el mundo sensible se producen resultados perceptibles, producto de esa infracción a la prohibición, sin embargo en el pensamiento jurídico, únicamente si esa prohibición de la que hemos hablado anteriormente cuenta con una negación establecida en la ley , esta negación se objetiviza en el momento en alguien (juez) así lo decide, después de haber pasado por el filtro valoratorio de quien está dotado de poder para decidir si se cumplen con los requisitos o no, para ser sujeto de exención a la responsabilidad penal

Como apoyo visual para lo que hemos dicho líneas anteriores sírvase a ver la siguiente figura:

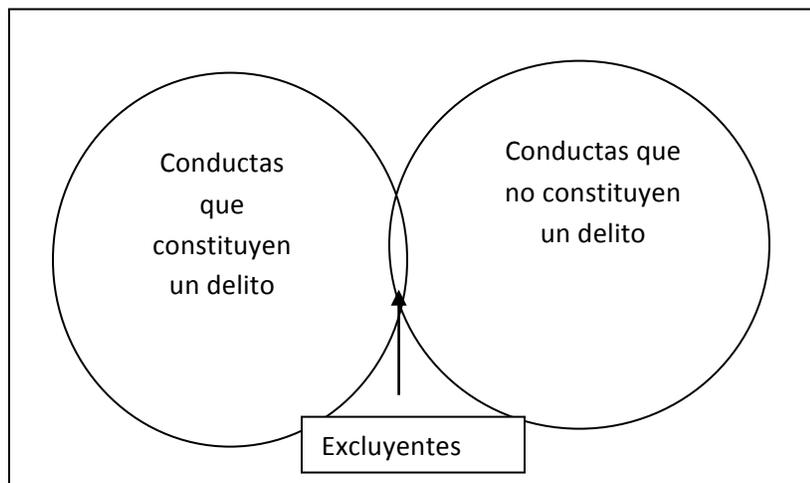


Figura 2.

En otras palabras, existen conductas humanas, que constituyen un delito, siendo que dentro de este campo, existe un pequeño umbral en donde coexisten en una convergencia, entre las conductas que constituyen y las que no constituyen un delito, así las conductas que constituyen delito a través de una ficción jurídica no se consideran como tal, aunque haya existido un resultado en el mundo material.

Continuando con la definición que damos al principio del presente capitulado consideramos que el término adecuado es el de circunstancias debido al análisis lingüístico que se realizó de la siguiente manera:

3.2.1.-Circunstancia (s):

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española las define en tres acepciones como:

“Del lat. Circunstancia.

1. f. Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho.

2. f. Calidad o requisito.

3. f. Conjunto de lo que está en torno a alguien; el mundo en cuanto mundo de alguien.”⁴⁰

La acepción que más nos interesa para la construcción de nuestro concepto es la tercera, siendo que son ese conjunto de cosas, sucesos, eventos u hechos que se encuentran rodeando al sujeto del derecho penal, que precisamente esa naturaleza es la que permite el régimen de excepcionalidad o exclusión, es decir es la particularidad (de carácter positivo-negativa) que influirá objetivamente en el resultado que es indistintamente la exclusión del conjunto.

Ahora bien estas particularidades tienen que darse en un momento y tiempo determinado

Pues la relación entre la imputación penal que influye directamente en la responsabilidad penal se compone tanto de reglas de mandato, como de prohibiciones, así dentro de estas prohibiciones su colateral, serían las permisiones, siendo estas permisiones (o mandatos negativos si así lo quieren considerar) de carácter objetivo las que consideramos como CIRCUNSTANCIAS:

Tomemos por ejemplo el caso abundantemente utilizado como recurso didáctico: El homicidio de un peatón que se da consecuencia de que un conductor de vehículo automotor lo atropelló.

⁴⁰ Op. Cit.

Esta sería la generalidad puesto que las circunstancias, hechos o sucesos que lo rodean es la misma que dentro del marco de jurídico se encuentra sancionada y que como tal el legislador la incluye dentro de la ley positiva como características de generalidad misma de la norma. Para quien es estudioso del derecho así como del que no, inferiría de primer momento que el sujeto de responsabilidad penal es el conductor del vehículo automotor, este juicio de reproche se da sin conocer las características propias que circundaron al hecho.

Ahora, si añadimos circunstancias particulares como, que el conductor venia conduciendo atendiendo las mayores precauciones, a una velocidad permitida, y aun realizando maniobras evasivas para evitar la colisión fue inminente el impacto con el peatón, quien a su vez se encontraba en estado de ebriedad y se atravesó estrepitosamente en un carril donde es exclusivo para la circulación de los vehículos estando prohibido el paso de peatones.

Quedan resaltadas de manera bastante rústica, que, aún y cuando el conductor realizó las acciones que le son exigibles (racionalmente) para evitar el impacto fué inminente la colisión, por lo tanto, al objetivizarse las circunstancias particulares que la ley concede, permite salir del núcleo de la generalidad del tipo hacia el espectro de la exclusión de la responsabilidad penal.

Ahora bien como lo veremos más adelante el sistema acusatorio adversarial está diseñado para que el órgano jurisdiccional Justiprecie (véase nota al pie) de manera libre las circunstancias que envolvieron al hecho, atendiendo el contexto y la etiología de dichos sucesos, es decir se debe de atender a las particularidades de cada caso en especifico, poniendo especial atención a los detalles como dice el periodista Daniel Molina Jiménez

“Hay un refrán anglosajón que dice que el diablo está en los detalles. Con esta contundente frase, se quiere referir que son las pequeñas cosas que, a primera vista, nos parecen anecdóticas, lo que hace funcionar bien cualquier actividad humana.”⁴¹

⁴¹ Molina Jiménez, D. (2013). El diablo esta en los detalles. Nueva Tribuna

Ahora bien continuando con los elementos de nuestro concepto tenemos lo siguiente:

3.2.2.-Cometida Materialmente

Para analizar esta parte del concepto que intentamos construir conviene analizar lo que dice Emiliano Sandoval Delgado, pues nos hace énfasis en que las excluyentes de responsabilidad penal (aunque las denomina eximentes) su objetivo es que el agente que cometió la conducta antisocial no sea reprochable ante la ley (penal), no obstante que se haya objetivizando una acción una omisión en donde se lesionara un bien, por lo que nos dice lo siguiente:

“en sentido dogmatico no es lo mismo la exclusión de la responsabilidad penal que exclusión del delito. La primera hace referencia a la posibilidad de responsabilizar penalmente el agente por la comisión del delito. Lo que naturalmente es independiente de la existencia misma del delito. Una cosa es que no exista el delito y otra cosa es que no puede ser penalmente responsabilizado el agente”⁴²

Decimos que únicamente la reprochabilidad o sanción que permiten exentar las excluyentes de responsabilidad penal, son las penas que se encuentran establecidas en la ley penal, puesto que dentro del sistema acusatorio adversarial, permite que la conducta antisocial pueden ser sancionadas por otras materias como la responsabilidad civil o la responsabilidad reparadora del daño, así también el existen tratadistas que dividen la responsabilidad de un acto en responsabilidad moral , responsabilidad política y responsabilidad jurídica, de esta última se desprenden cuatro: la responsabilidad civil, la responsabilidad disciplinaria, y responsabilidad sancionatoria (penal o administrativa) para mayor información respecto de la distinción véase: Lecciones de responsabilidad Civil extracontractual , del Profesor Hernan Corral Talciani,

Por lo que nos interesa en este apartado es dar a conocer la diferencia entre responsabilidad Penal y responsabilidad Civil, por lo que

3.2.2.1.-Responsabilidad Civil:

Nota al pie: * Justipreciar se considera valorar o tasar una cosa de forma rigurosa.

⁴² Sandoval Delgado, Emiliano, *Circunstancias eximentes de responsabilidad penal en el derecho penal Mexicano*, Angel Editor, Mex.2000. p 19.

Revisando tratadistas sobre la responsabilidad civil, quien más fácil hace lo que intentamos diferenciar en este trabajo es el tratadista Philippe Le Torneau quien nos dice que la Responsabilidad Civil es

“la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima⁴³”.

Antes de proseguir en otros aspectos, es preciso señalar que los requisitos objetivos básicos de la responsabilidad civil son tres:

“un perjuicio, una culpa, un vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio. Debe existir un perjuicio o daño,⁴⁴”

Con estos tres básicos se configura una responsabilidad civil de cualquier tipo, los tres son suficientes y necesarios.

La responsabilidad civil, es generalmente una respuesta pecuniaria a los daños causados a otro, mediante una indemnización de perjuicios, es decir, generalmente se traduce en un pago de dinero, sin embargo, a través de una estipulación se puede obtener un objeto diferente, tal como, la realización o destrucción de un hecho.

Si lo traducimos en términos “penalistas” tenemos que la responsabilidad Civil tiene como elementos:

- Una persona que causa el daño o perjuicio (sujeto Activo)
- Una persona que lo resiente (sujeto pasivo)
- Un daño o perjuicio (laceración al bien jurídico tutelado)
- Un vinculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio (nexo causal /modelo de imputación)
- Una respuesta pecuniaria (sanción reparadora del daño)
-

⁴³ Philippe Le Tourneau, *“La responsabilidad civil”*, Legis editores, Bogotá, Colombia, 2004, p. 21.

⁴⁴ “Requisitos y fundamentos de la responsabilidad civil”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1983, p.12.

No debemos de olvidar que, la responsabilidad civil únicamente responde respecto de los perjuicios de manera pecuniaria cuantificable en bienes o dinero, lo cual lo distingue de la Responsabilidad penal.

Así mismo, conviene decir que los romanos encontraban el origen de la responsabilidad civil en todos aquellos actos que por su naturaleza fueran ilegítimos mas no ilícitos, dicho de otra manera acciones que por sí mismas no constituyeran delitos pero que fueran sancionadas, así el origen de la responsabilidad civil en el derecho romano estuvo dividida en dos *obligatioenes ex contractu y obligationes ex delictu* , debe de rearcarse que en la época de Justiniano , considera como el origen de la responsabilidad civil cuatro ; que son *Obligatio ex contractu, Obligatio ex delictu, Obligatio ex cuasicontractu, y Obligatio ex cuasideictu* por lo que se diferenciaban de esta manera de la responsabilidad penal desde ese momento.

Continuando con nuestro análisis del concepto aportado al inicio del presente capítulo, corresponde analizar lo respectivo a la Conducta Antisocial, para lo cual tenemos lo siguiente:

3.2.3.-Conducta Antisocial

Decidimos utilizar el término de conducta antisocial, debido a que el termino de delito lo consideramos como un todo que se conforma de partes, y que sin una de estas no podría denominarse de esta manera, enfatizando que esta concepción del lenguaje normativo puesto que para denominarse delito debe de ser una conducta, típica antijurídica y culpable, siendo que al encontrarse la exclusión de la responsabilidad penal, no se cumpliría la unión de esas partes para que se conforme el delito como tal, no sin que esto signifique que el delito (Acción ilícita) no se halla objetivizado materialmente, es por esto que la definición que nos da Luis Rodríguez Manzanera en su obra denominada Criminología nos puede dar un fácil acceso a lo que intentamos trasmitir, por lo que nos dice:

“Conducta antisocial es todo aquel comportamiento humano que va contra el bien común (aquí me refiero a un concepto del bien común en su estricta aceptación tomista, es decir, aquel que siendo bien de cada uno de los miembros de la

comunidad es al mismo tiempo bien de todos); mientras que delito es la acción u omisión que castigan las Leyes Penales, es la conducta definida por la ley...

.. Ni todo delito es una Conducta antisocial ni toda conducta antisocial es delito”⁴⁵

Son conductas antisociales, puesto que hay una excluyente que menciona el error de hecho y error de tipo puesto que aunque exista una conducta antisocial, pueden ser lacerantes de bienes sociales pero esta excluyente permite que la moral que impere en el derecho penal en un tiempo y espacio determinado no sea sancionable.

Ahora bien de la definición de Excluyentes de Responsabilidad Penal que acabamos de dar resulta una enunciación poco clara, pues podemos encontrar conceptos claves los cuales debemos de analizar:

3.2.4.-Excluyente:

El término de excluyente se encuentra definido por la real Academia de la Lengua Española de la siguiente manera:

“El término excluyente es un adjetivo que sirve para definir que algo se deja fuera, se aparta o se rechaza de un conjunto o un todo. Pese a tratarse de una palabra que puede tener una connotación positiva en algunos contextos, generalmente suele usarse como un calificativo negativo”⁴⁶

Por lo tanto, nos encontramos ante una régimen de excepción, es decir, una anomalía, una irregularidad y por lo tanto la alteración ante una generalidad, que dentro del terreno del derecho Penal esta generalidad sería el resultado material de la comisión de un delito propiamente hablando y por lo tanto su atribución a una persona resultando la penalización de este delito es decir en términos del derecho penal, nos encontramos ante circunstancias, hechos y posibilidades, que el legislador previo casuísticamente para evitar la represión de un delito hacia una persona en particular.

Pero, ¿por qué utilizar el término excluyente? en lugar de utilizar el concepto de eximente, excusa, o causa de justificación?

⁴⁵ Rodríguez Manzanera, L. (2003). Criminología, (18va ed.). México: Porrúa pp.21,21.

⁴⁶ Op. Cit. p. 427.

Analicemos por separado y de una manera tentativa mediante el análisis semántico los siguientes conceptos:

CONCEPTO	ETIMOLOGIA	SIGNIFICADO	Forma Gramatical
Excluyente	Ex	Algo que se deja fuera	Adjetivo.
Eximente	Ex	Sacar	Adjetivo.
Excusa	Ex	Separar	
Excepción	Ex	Apartar	Sustantiva femenino
Causa de Justificación	iustus	Efecto de hacer algo justo	Verbo

- Excluyente:

Adjetivo que sirve para definir que algo se deja fuera, se aparta o se rechaza de un conjunto o un todo. Pese a tratarse de una palabra que puede tener una connotación positiva en algunos contextos, generalmente suele usarse como un calificativo negativo⁴⁷

- Eximente.

Que exime.

Proviene del verbo Eximir que a su vez proviene del latín *Ex* (preposición) *ere* (coger), es decir etimológicamente, significa: sustraer, sacar, extraer, suprimir eliminar o deshacerse de algo⁴⁸

- Excepción.

Sustantivo femenino. Es un vocablo se define como la acción y resultado de exceptuar o exceptuarse, en excluir o apartar de alguien de una persona o elemento de la regla común o la generalidad. Cualquier cosa que se separa o aparta de la condición o regla general que las demás de su especie.⁴⁹

- Excusa.

Razón o argumento que se da para justificar una cosa, en especial una falla, un error o una falta o para demostrar que alguien no es culpable o responsable de algo

⁴⁷ Op. Cit.p. 372

⁴⁸ Op Cit.. p.398

⁴⁹ idem p.654

La excusa, por lo tanto, constituye un pretexto que se aprovecha para evitar obligaciones o disculpar alguna omisión⁵⁰

- Justificación.

Procede de la palabra “iustificatio”, que puede traducirse como “acción y efecto de hacer algo justo” y que se encuentra compuesta por las siguientes partes:

El vocablo “iustus”, que es sinónimo de “justo”.

El verbo “facere”, que es equivalente a “hacer”.

El sufijo “-cion”, que se emplea para indicar “acción y efecto”.

En el latín es donde encontramos el origen etimológico del término justificación que ahora nos ocupa. Procede de la palabra “iustificatio”, que puede traducirse como “acción y efecto de hacer algo justo” y que se encuentra compuesta por las siguientes partes:

El vocablo “iustus”, que es sinónimo de “justo”.

El verbo “facere”, que es equivalente a “hacer”.

El sufijo “cion”, que se emplea para indicar “acción y efecto”.

Este verbo, está vinculado a demostrar una cosa con pruebas; a explicar un accionar o un comportamiento en base a ciertos motivos; o a probar que una persona es inocente de aquello que se le atribuye.⁵¹

3.2.5.-Modifican, o exentan,

Son las excluyentes de responsabilidad penal las que alteran el contenido programático de la norma, esa alteración consiste en modificar como su significado literal nos dice :”*Transformar respecto de un estado inicial, alterando algunas características pero sin modificar la esencia*”⁵²

Es decir la norma establece una serie de especificaciones que de darse el camino natural del delito (es decir el iter criminis) atrae una serie de consecuencias en el campo del derecho y en el campo de la realidad, por lo que la aparición en el campo factico o jurídico de alguna de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal modifican esas consecuencias , como por ejemplo el trastorno mental, o desarrollo mental retardado , si bien es cierto que la conducta

⁵⁰ Ibidem p.711

⁵² Op. Cit.pag 563

antisocial se cometió, se tiene que demostrar que fue en un estado psíquico mental que disocia la realidad y por consiguiente altera la comprensión del hecho, pero sin embargo las consecuencias que acarrea no son las de poner en un supuesto a la persona que lo cometió de exención de sus consecuencias naturales por así llamarlas la cual sería (dependiendo del delito) una pena corporal, pero al tratarse de una circunstancia excluyente de responsabilidad penal las consecuencias que conlleva son la imposición de medidas de seguridad.

3.2.6.-Responsabilidad penal.

En el campo del derecho se han construido ficciones establecidas y socialmente aceptada para establecer a un sujeto distintas responsabilidades por la comisión (por acción u omisión) de un hecho, pues entonces tenemos que la responsabilidad es la coherencia correlativa entre hecho y consecuencia, es decir sigue la ley de Newton de a cada acción le corresponde una reacción, desde una postura epistemológica podría decirse que la responsabilidad es concebida desde el ser humano como un sujeto que transforma la realidad, con su conocimiento, su forma de aprehender el mundo y como se relaciona con este, ahora bien en el campo de lo jurídico existen como ya vimos diferentes tipos de responsabilidad estas van desde la responsabilidad civil, la responsabilidad reparadora del daño, responsabilidad, moral y la que nos interesa es la responsabilidad penal.

Pero, ¿Cómo se hace atribuible la responsabilidad penal de una persona?

Existen diversas teorías o modelos de imputación que permiten establecer la responsabilidad de una persona, esta es atribuible en todo momento por un órgano jurisdiccional epistemológicamente podemos diagramar el momento de la imputación de la siguiente manera (continuando con el esquema como lo muestra la figura 3.

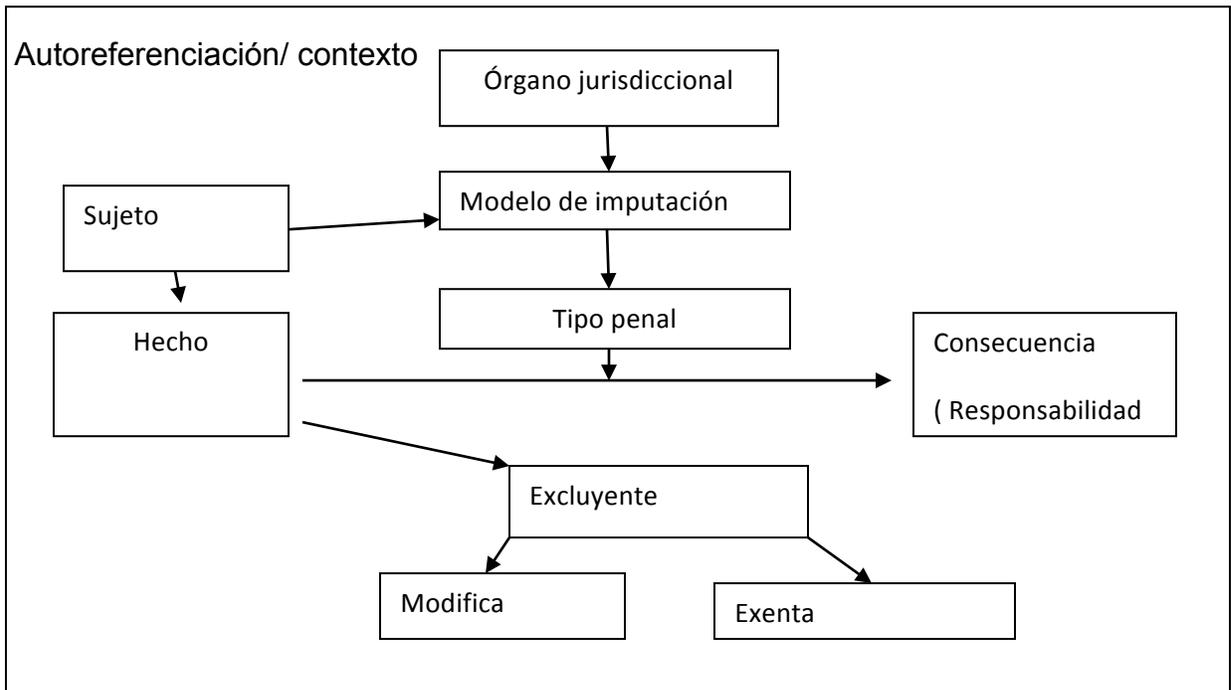


Figura 3

3.2.6.1 Modelos de imputación de responsabilidad penal.

A lo largo de la historia, en la dogmática penal han existido diversos pensamientos para atribuirle la responsabilidad penal a una persona, esto es, que tiene que hacer o que tiene que pasar para que un juez decida que una persona es responsable de una conducta tipificada como delito y por ende el nexo causal entre acción y resultado le es imputable a una persona.

Como es necesario apuntar que el fenómeno psíquico no es reprochable o sancionable jurídicamente, esto es decir que si pienso en cometer un delito, no es una conducta sancionada por la ley penal, así en la dogmática jurídico penal se ha aceptado el término o concepto de *Iter Criminis*. Este consta de dos fases: la interna y la externa, la importancia de las fases reside en que algunos de estos actos son punibles, en tanto que otros no lo son.

Para efectos pedagógicos se resume de una manera bastante sintética sin dejar de lado lo que tratadistas dogmáticos han desarrollado al momento de explicar las fases del *Iter Criminis*, (para mayor información véase nota al pie)⁵³

El *Iter criminis* se puede establecer de la siguiente manera

Fase Interna. Conjunto de actos voluntarios del fuero interno de la persona que no entran en el campo sancionatorio del Derecho Penal.

Pertencen a esta fase interna la:

La Concepción o ideación: Es el momento en que surge en el espíritu y mente del sujeto la idea o propósito de delinquir.

La Deliberación: Es el momento de estudio y apreciación de los motivos para realizar el delito.

La Resolución o determinación: Es el momento de decisión para realizar el delito sobre la base de uno de los motivos de la fase anterior. Se resuelve en el fuero interno “el ejecutar la infracción penal”.

Estas conductas si bien constituyen una conducta parasocial, no se considera un delito esto debido al respeto al Principio “*cogitationem poenam nemo patitur*”, que quiere decir que nadie puede ser penado por sus pensamientos pues debe tenerse presente que el delito es, antes que nada, acción.

⁵³Nota al pie: Machicado, J. (2009). *Iter Criminis o fases de realización del delito*. Apuntes Jurídicos, (3).

Si esta en el fuero interno aun no hay acción, y para que haya acción, no bastan los actos internos (elemento psíquico de la acción), sino que se requiere también la exteriorización (elemento físico de la acción).

la Fase Intermedia la describe como actos intermedios que no causan daño objetivo y que se expresan en la determinación de cometer un delito o resolución manifestada. Es la resolución manifestada que se expresa en forma de: conspiración, instigación y amenazas.

Instigación. Es el acto de determinar a otra persona a cometer un hecho punible, del cual será considerado autor plenamente responsable.

A esta fase también pertenecen el delito putativo (véase nota al pie) ⁵⁴ y la apología del delito.

Corresponde a la Fase externa del Iter criminis Manifestación la idea delictiva y comienza a realizarse objetivamente.

Va desde la simple manifestación de que el delito se realizará, hasta la consumación del mismo

Es en esta fase en que el delito cobra vida, y está compuesta por:

Los Actos Preparatorios , y La Proposición, La Conspiración, La Provocación,
La Incitación, Inducción, Las Amenazas, Los Actos De Ejecución.La Tentativa
El Delito Frustrado o tentativa acabada
El Delito Consumado
El Delito Agotado

⁵⁴ Nota al pie: Delito putativo o delito Imaginario. Acto en el cual el autor cree, por error, que está cometiendo un hecho punible y delictivo, pero en realidad no lo es..

Los Actos Preparatorios por lo general no son punibles, los Actos De Ejecución pueden dan lugar a la tentativa, y por lo tanto, son punibles.

Actos preparatorios

Son actos para proveerse de instrumentos adecuados y medios para cometer un delito.

Cuando no son adecuados se presenta la preparación putativa. En este momento no hay univocidad, es decir, los actos preparativos no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir, no hay aún violación de la norma penal y revelan escasa peligrosidad.

Son actos preparatorios:

La proposición, la conspiración, la provocación, la incitación, inducción: el sujeto busca coordinarse con otros para poder llevar a cabo la acción delictiva.

Las amenazas: es un caso especial de la manifestación verbal de la intención delictuosa en que se da a entender que se producirá un cierto daño en contra de una persona determinada, y las

Punibilidad de los Actos preparatorios

Los clásicos dicen que los Actos Preparatorios no son punibles porque no siempre reflejan la intención del autor.

*Antes de ejecutar es necesario realizar acciones preparatorias. Así, el que piensa robar, prepara antes los instrumentos con los cuales ha de forzar la puerta; el que piensa falsificar un documento, ensaya antes la imitación de la letra o estudia la calidad de los reactivos a emplear. He aquí actos preparatorios. Ninguno de ellos importa comenzar la ejecución del delito; tienen con la consumación del delito solamente una relación remota, subjetiva y equívoca*⁵⁵

⁵⁵ SOLER, Sebastián, Derecho Penal argentino, Bs., As., Argentina., De Palma, 1970 T. II, página 208

A raíz de que estos actos guardan, con la consumación del delito, una relación muy remota, y sólo de carácter subjetivo ya que sólo el autor conoce que sus preparativos son para consumir el delito, la ley, por lo general, no los considera punibles.

Por excepción, la ley castiga la tenencia de instrumentos que inequívocamente servirán para la comisión del un delito.

En este momento se requiere que los actos idóneos sean inequívocamente tendientes a la producción de un delito, pero sin llegar a su consumación, por circunstancias propias o ajenas a la voluntad del agente. Por lo que la no realización del resultado delictivo es su condición y su esencia es la realización del principio de ejecución del mismo

Como vemos, el imputar la responsabilidad penal a alguien tiene sus problemas sobre todo por las repercusiones que causa una falsa o equivocada imputación de una responsabilidad penal, ya que en la moderna dogmático jurídica, como lo he tratado en el capítulo Segundo, se prefiere cien absoluciones equivocadas que una sentencia equivocada.

Entonces si la responsabilidad de acuerdo a Abraham Sanz quien nos dice respecto de la responsabilidad penal:

“actúa como reacción del Ordenamiento ante una conducta por éste desaprobada, la responsabilidad penal significa la realización de un juicio de valor negativo sobre la conducta concreta del individuo, es decir, un reproche”⁵⁶

Para atribuir este juicio valorativo que es el elemento central de esta tesis se han encontrado diversas corrientes o teorías que permitieron a ese sujeto decisor (juez) tomar sus decisiones.

2.6.2.1.1.-Modelo de imputación por causalidad.

⁵⁶ SANZ ENCINAR, Abraham,, *El concepto Jurídico de responsabilidad, en la teoría general del Derecho*,UAM, Mexico,1998, pag56

Esta corriente o modelo de imputación de responsabilidad penal, parte en su epistemología, la tomada de las ciencias exactas, pues es en base a una serie de movimientos , es decir a cada acción le corresponde su reacción , por lo tanto vincular los conocimientos de las ciencias naturales, a la ciencia jurídica derivó en expresar que era responsable penalmente el que quiso un resultado y realizó los movimientos corporales, para obtener su cometido , es penalmente responsable quien manifiesta objetivamente en el mundo de lo perceptible, lo pensado infringiendo la ley penal (existe un vínculo entre lo querido y lo realizado) es decir la imputación penal reside en quien responde entre la causa y lo realizado, a cada acción le corresponde una reacción.

3.2.6.1.2.-Modelo de imputación por equivalencia de causas

Von Buri entendió que no solamente la suma de una diversidad de elementos es causa de un fenómeno, sino que además cada una de esas fuerzas individualmente consideradas a su vez causa un resultado.

La doctrina de la época llegó a explicar que toda condición para la producción de un resultado es a la vez causa de éste, por lo que toda condición es equivalente a una causa

De acuerdo con esta teoría, es causa de un resultado toda condición negativa o positiva que intervienen en la producción de un resultado, todas pueden considerarse como causa del mismo, siendo imposible diferencias entre causas y condiciones. El procedimiento para averiguar cuando se está en presencia de una causa es la *conditio sine qua non*, la cual establece que si se suprime mentalmente determinada condición y el resultado desaparece, dicha condición es causa del mismo (condiciones sin la cual el resultado no se hubiese producido).

La teoría de la equivalencia de condiciones, trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado

que no puede ser suprimida mentalmente, sin que desaparezca el resultado concreto; es decir que es válida como causa toda conditio sine qua non, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado

Esta teoría parte del criterio de que todo resultado es determinado y verificado por un conjunto de antecedentes causales. Por consiguiente, la causa será el conjunto de antecedentes causales. Por consiguiente, la causa será el conjunto de condiciones o antecedentes que han contribuido a la producción causal del resultado.

3.2.6.1.3.-Modelo de imputación basado en la teoría de la causa más próxima / eficiente.

El científico Francis Bacon, decía que el resultado de una cosa, era producto de una condición que le sucedía, por lo tanto la condición más próxima se convertía en la causa de ese resultado, así diversos tratadistas en la dogmática, tomaron dicho concepto y lo trasladaron al ámbito de imputación penal, pues expresaban que el agente quien había puesto la condición anterior a la realización del hecho delictivo era quien había causado la infracción a la ley penal.

Estas teorías en la práctica tuvieron severas críticas debido a que no existía una correlación entre causa y resultado, que permitiera de manera clara y concisa determinar la responsabilidad de una persona tal y como las ciencias exactas lo exigían con su metodología de rigurosidad científica, es así como nace el modelo de Imputación Objetiva que veremos a continuación.

3.2.6.1.4.-Modelo de Imputación Objetiva.

La teoría de la imputación objetiva aparece en la teoría de Roxin como un criterio que permite determinar a quién debe imputársele un resultado lesivo para un bien jurídico a nivel del tipo objetivo. Así, en su primera formulación de esta propuesta, sostiene Roxin que a nivel del tipo objetivo y para efectos de establecer la

causalidad, será necesario determinar la creación de un riesgo desaprobado y su concreción en un resultado lesivo para un bien jurídico.

Roxin posteriormente introduce un nuevo criterio de exclusión de la imputación objetiva en punto de la realización del resultado, al sostener que no será procedente la imputación objetiva del resultado causalmente causado, cuando, a pesar de haberse creado un riesgo desaprobado que se concreta en la lesión de un bien jurídico, esta lesión no es de aquellas que la norma infringida busca evitar.

Es por lo tanto importante revisar para este trabajo de investigación lo relativo a este sistema de imputación puesto que los excluyentes de responsabilidad penal tiene un papel muy importante en esta teoría, Claus Roxin, establece criterios de exclusión de la imputación, en donde la la víctima favorece al resultado ilícito, así pues tenemos que los elementos necesarios del modelo de imputación objetiva que planteo el profesor Claus Roxin son los siguientes:

1. El establecimiento de un bien jurídicamente tutelado, por un sistema de política criminal.
2. Un comportamiento que lesione el bien jurídico tutelado.
3. Un resultado lesivo de ese bien tutelado (el solo puesta en riesgo se considera como resultado lesivo, para el tema de la tentativa inacabada)
4. La demostración de que aún cuando el agente hubiese observado un comportamiento alternativo conforme a la norma, el resultado se hubiera producido.

Posteriormente el Autor Alemán y discípulo de Roxin, el profesor Gunther Jakobs, continua desarrollando la teoría de la imputación objetiva, pero ya no como un sistema de política criminal si no como un concepto propio de la teoría del delito, puesto que para Jakobs el delito es la negación del derecho y por lo tanto el agente que lo comete estaría infringiendo más que un sistema político está infringiendo un sistema normativo, por lo tanto es merecedor a una retribución

sancionadora, por lo tanto Jakobs concluye que quien comete un delito lo hace de manera voluntaria, negando el derecho por sí mismo (aunque fuere un delito en forma de culpa) lo interesante para este trabajo es utilizar este sistema de imputación para determinar los excluyentes de responsabilidad penal como vemos en la siguiente figura (fig 4)

Esquema ilustrativo del modelo de Imputación Objetiva

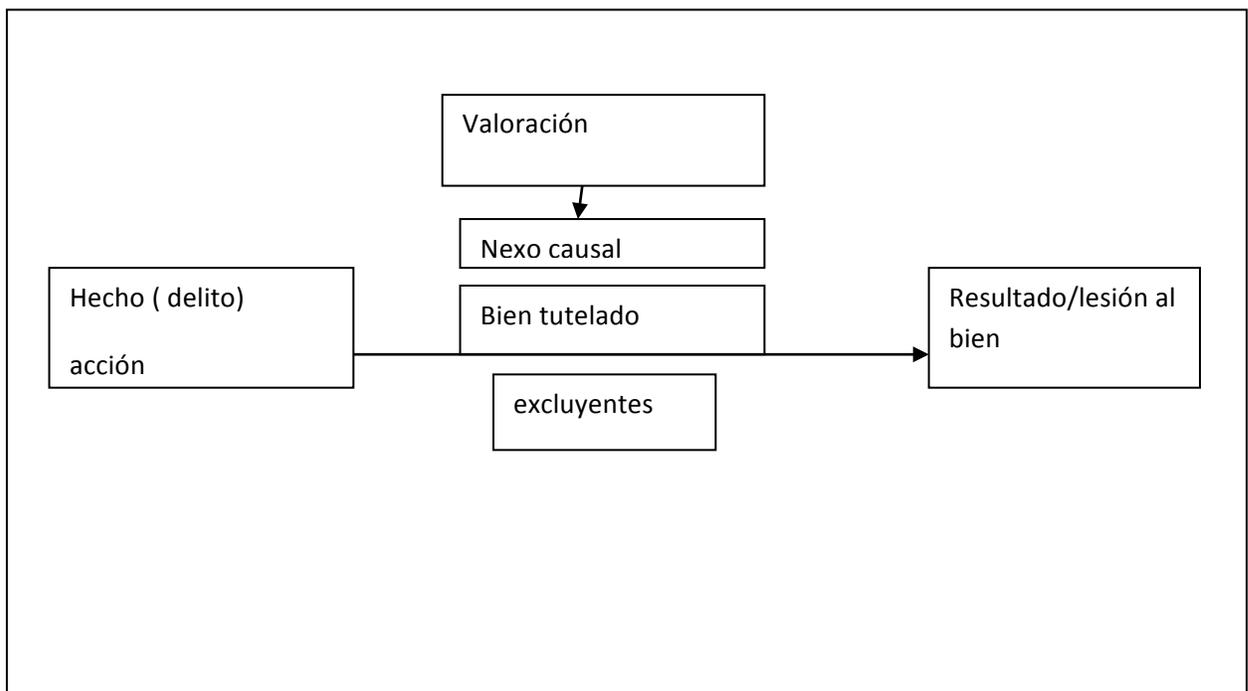


Figura 4

3.3 La Confusión Conceptual.

Para corroborar lo sostenido en la presente investigación, en cuanto ve a que existe una problema de denominación de las excluyentes de responsabilidad penal

Y para dar correspondencia entre la semántica y el contexto jurídico nacional es necesario revisar lo que nos dice, Emiliano Sandoval Delgado, quien es el único que ha hecho una investigación sobre el tema, en su obra eximentes de responsabilidad criminal en el derecho penal Mexicano, pues menciona (esto en

el año 2000) que con respecto a la denominación que los estados les han dado que se le han hecho a las excluyentes existe una marcada diferencia:

Con el propósito de dar una mayor referencia visual, hemos creado una tabla para que el lector pueda revisar las diferencias conceptuales que existen en el territorio mexicano, la primera es del año 2000, y la segunda es una revisión en el año 2017.

Tabla de Comparación Nominativa de las Excluyentes de Responsabilidad Penal en las Entidades Federativas en el año 2000.

Estado	Denominación
Aguascalientes	Circunstancias excluyentes de responsabilidad penal
Baja California	Causas excluyente del delito
Baja California Sur	Circunstancias de inimputabilidad y excluyentes de responsabilidad
Campeche	Causas excluyentes de responsabilidad penal
Chiapas	No existe delito
Chihuahua	Circunstancias excluyentes de responsabilidad social
Ciudad de México	Inexistencia del delito
Coahuila de Zaragoza	Causas excluyentes de responsabilidad por impedir el nacimiento de la antijuricidad, excluyentes por inimputabilidad y causas excluyentes por conducta inculpable
Colima	Inexistencia del delito
Durango	Causas excluyentes de incriminación y causas de inimputabilidad
Guanajuato	Causas de justificación, inimputabilidad culpabilidad e inculpabilidad
Guerrero	Causas excluyentes de incriminación
Hidalgo	Causas excluyentes de incriminación y causas de inimputabilidad
Jalisco	Causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad y causas de justificación
México	Causas excluyentes de responsabilidad e inimputabilidad
Michoacán de Ocampo	Causas excluyentes de incriminación

Morelos	Inexistencia del delito
Nayarit	Inexistencia del delito
Nuevo León	Causas de justificación , inimputabilidad y causas de inculpabilidad
Oaxaca	Causas excluyentes de responsabilidad penal
Puebla	Causas excluyentes de responsabilidad penal
Querétaro	Causas excluyentes de responsabilidad penal
Quintana Roo	Causas excluyentes de incriminación
San Luis Potosí	Inexistencia del delito
Sinaloa	Causas excluyentes de responsabilidad penal
Sonora	Causas excluyentes de responsabilidad penal
Tabasco	Inexistencia del delito
Tamaulipas	Inexistencia del delito
Tlaxcala	Inexistencia del delito
Veracruz de Ignacio de la Llave	Causas excluyentes de incriminación
Yucatán	Excluyentes de incriminación y de la imputabilidad
Zacatecas	No existe delito

Tabla N°1

Ahora dentro de la presente investigación he hecho un análisis legisgráfico para poder resaltar la dificultad que existe en unificar un concepto el de las excluyentes de responsabilidad penal dentro del año 2017, agregando si los códigos sustantivos de las entidades federativas contemplan la Responsabilidad Penal para personas Jurídicas. de acuerdo a las siguiente tabla

Tabla de Comparación Nominativa de las Excluyentes de Responsabilidad Penal en las Entidades Federativas en el año 2017, con determinación de responsabilidad penal de las personas jurídicas por articulo..

	Estado	Denominación	Determina responsabilidad para las personas jurídicas
1	Aguascalientes	Causas de Justificación Art 27 Aunque si diferencias la	Responsabilidad para personas colectivas

		anti jurídica e inimputabilidad en diferentes artículos	Artículo 21
2	Baja California	Causas Excluyentes del delito Art 23	
3	Baja California Sur	Causas que excluyen la Responsabilidad Penal	Responsabilidad para personas Jurídicas Artículo 18
4	Campeche	Causas que excluyen el delito y la responsabilidad	
5	Chiapas	Causas de Exclusión del Delito a)Causas de atipicidad b) Causas de justificación. c)causas de inculpabilidad *excusas absolutorias *excusas absolutorias por urgencia	Artículo 18
6	Chihuahua	Causas que excluyen el delito artículo 28	Artículo 26
7	Ciudad de México		
8	Coahuila de Zaragoza	Causas excluyentes del delito por inimputabilidad Artículo 10 y 11. Causas excluyentes del delito por Ausencia de Conducta	
9	Colima	Inexistencia del delito (art 16)	
10	Durango	Causas excluyentes de responsabilidad e inimputabilidad art 26	Art 25
11	Guanajuato	Causas de exclusión del Delito (art 25)	Art 93
12	Guerrero	Causas de exclusión del delito (art	Art 30
13	Hidalgo	Causas Excluyentes del delito (Art 25)	Art 20
14	Jalisco	Causas excluyentes de responsabilidad (Art 13) Causas de inimputabilidad. Causas de inculpabilidad Causas de Justificación	No lo contempla
15	México	Causas excluyentes del delito y la responsabilidad	No la contempla
16	Michoacán de Ocampo	Causas de Exclusión del delito(Artículo 27)	Consecuencias Jurídicas Accesorias (arts,30 62)

17	Morelos	Causas Excluyentes de Incriminación	Art 20 y 21
18	Nayarit	Causas de exclusión del delito y la Responsabilidad Penal (Art 39)	Consecuencias legales Accesorias (Art 48)
19	Nuevo León	Causas de Justificación	
20	Oaxaca	Causas de Exclusión del delito (Art 14)	Art 44
21	Puebla	Causas de Exclusión del delito (Art 26)	Art 25
22	Querétaro	Causas de Inexistencia del Delito	Art 18 No incurrn en resp penal
23	Quintana Roo	Causas excluyentes de Incriminación (Art 20)	
24	San Luis Potosí	Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad Penal	Art 27
25	Sinaloa	Causas Excluyentes del delito (Art 26)	Art 19
26	Sonora	Causas de Exclusión del delito (Art 13)	Art 9
27	Tabasco	Excluyentes de Incriminación Penal (Art 14)	Art 12
28	Tamaulipas	Causas que excluyen el delito y la responsabilidad (art 31)	No establece
29	Tlaxcala	Causas que excluyen el delito (Art 28)	Art 27
30	Veracruz de Ignacio de la Llave	Causas que Excluyen el delito (art 23)	Art 42
31	Yucatán	Causas de Exclusión del Delito (Art 21)	Art 16 Bis
32	Zacatecas	Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad penal (Art 13)	Art 9

Tabla N°2

Una vez hecho el análisis de derecho comparado procede, hacer algunas precisiones respecto a la legislación encontrada, en donde destacan algunos aspectos entre los cuales se encuentran los siguientes:

En el Estado de México, se consideran, tanto las causas excluyentes del delito como de la responsabilidad penal, estas las dividen en cuatro apartados que son:

- La ausencia de conducta cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible (lo que dentro de la doctrina se le conoce Bis Absoluta)
- Cuando falte alguno de los elemento del delito
- Las causas permisivas debe de acotarse que este término es interesante ya que todas las entidades federativas lo consideran como causas de justificación, el termino permisivo no aparece pues pudiera dar una halo de licitud al analizar las conductas antisociales.
- Las causas de inculpabilidad

Separa la inimputabilidad en otro artículo sin incluir dentro del artículo que comprende el tema de las excluyentes de responsabilidad penal.

El Estado de Michoacán no contempla la responsabilidad de las personas Jurídicas explícitamente como en otros Estados, pero dentro del artículo 30 establece las sanciones para el caso en que las personas Jurídicas fueren responsables de la comisión de un delito, así mismo dentro de su artículo 62 hace conocedores de en qué consiste dichas sanciones o consecuencias Jurídicas.

El caso de Mórelos, en su código penal resulta interesante en el apartado de exposición de Motivos puesto que analizan el problema del que hemos abordado en el presente capítulo de manera dogmáticamente, he considerado pertinente transcribir un extracto del texto Original, puesto que reviste una importancia, que los legisladores, hagan análisis dogmáticos y con esto permitan un avance al sistema normativo

Otro de los Capítulos que mayor atención y elaboración ameritan es el relativo a las causas o circunstancias que excluyen la incriminación, la responsabilidad penal o el delito mismo. El problema comienza, como se ve, desde la designación de la materia, sujeta a todo género de apreciaciones doctrinales. El Código habla de causas no solamente circunstancias "excluyentes de incriminación", concepto bien conocido en la doctrina penal mexicana, y no establece, ni tendría por qué hacerlo, en qué casos se excluye el delito y en cuáles otros la responsabilidad, o bien, si ambos quedan excluidos de una sólo vez cuando se presenta alguna de estas causas. Finalmente, la solución de estas cuestiones atañe a la doctrina, no al legislador. Es común aceptar que el delito, un fenómeno de la norma y la experiencia, se integra conceptualmente con varios elementos: conducta o hecho, tipicidad, anti juridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad. Desde luego, se han manifestado muy diversas opiniones acerca de la naturaleza e integración de estos elementos. Entre ellos existe lo que se ha denominado una "prelación lógica", sin que esto implique que los datos conducentes a la formación de un delito se presenten en forma sucesiva. El presente Código recoge la idea de una prelación lógica para presentar en la escena las causas excluyentes de incriminación (artículo 23). Así, se refiere, en su orden, a: a) realización del hecho

sin intervención de la voluntad del agente (fracción I), lo que excluye la conducta y coloca frente a un suceso no atribuible a la persona que desencadenó los acontecimientos conducentes al resultado típico; b) falta de alguno de los elementos de la descripción legal del delito (fracción II), es decir, la ausencia de tipicidad de la conducta; c) consentimiento del titular del bien jurídico o de quien se halle legitimado para otorgarlo, cuando concurren ciertos requisitos que el Código puntualiza y que son determinantes para excluir el delito, a saber: que el bien sea disponible, que quienes consienten tengan capacidad jurídica para disponer de él, y que el consentimiento sea atendible e inequívoco (fracción III); d) legítima defensa, que justifica la reacción del agente; en este punto se conserva, adecuadamente perfilada, la tradicional presunción de defensa, de carácter juris tantum, que implica una inversión en la carga de la prueba (fracción IV); e) estado de necesidad, que igualmente justifica el comportamiento lesivo del agente (fracción V); f) cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, asimismo legitimadores de la conducta de aquél (fracción VI); g) amenaza irresistible de un mal (fracción VII); h) impedimento insuperable (fracción VIII); i) inimputabilidad transitoria (fracción IX), sin perjuicio de la incriminación del acto libre en su causa; en este renglón, se acoge la posibilidad de imputabilidad disminuida, frecuentemente aceptada en textos penales recientes (fracción VII). Es preciso observar que la inimputabilidad permanente suprime la responsabilidad penal, pero no descarta la llamada responsabilidad social, y por ende apareja medidas de seguridad, previstas en la parte correspondiente del presente ordenamiento; j) error invencible de tipo o de prohibición (fracción VIII), que excluye la culpabilidad; y k) no exigibilidad de otra conducta (fracción IX), que suprime la culpabilidad, bajo la forma de necesidad de salvaguardar un bien jurídico cuando no existe otra alternativa de actuación menos lesiva o no lesiva (fracción X). Esta excluyente permitirá soluciones equitativas, racionales, adecuadas a las circunstancias que operaron en la realidad, en la medida en que sea debidamente comprendida y aplicada por los tribunales. Como se observa, no figuran en la relación de excluyentes ciertas causas que tradicionalmente se han hallado en estos catálogos, pero que pueden y deben quedar abarcadas por otras causas expresamente mencionadas en la ley; así, la obediencia jerárquica, el miedo grave, el temor fundado y el caso fortuito. En este último supuesto, se debe advertir que lo fortuito es incompatible con la culpabilidad del agente: no hay dolo ni hay culpa; en consecuencia, es innecesario estipular una excluyente. El Código reconoce la conveniencia de regular en forma específica, para atenuar las sanciones sin excluir la responsabilidad penal, los supuestos de exceso en determinadas causas de licitud (artículo 25). Puesto que las causas mencionadas excluyen la existencia del delito, y habida cuenta de que los órganos del Estado se hallan gobernados por un estricto principio de legalidad, que supone, entre otras cosas, la no intervención penal cuando no haya delito que perseguir o persona responsable de él, se ha previsto que dichas causas sean investigadas y resueltas de oficio, no sólo a petición de parte (artículo 24). Esta disposición se dirige tanto al Ministerio Público con motivo de la averiguación que realiza, como al juzgador, dentro del juicio que conduce. También se precisa que las excluyentes benefician tanto al imputable como al inimputable, en sus casos”⁵⁷

⁵⁷ México, Morelos, Gobierno del Estado de Morelos, Código Penal para el Estado de Morelos(

En Puebla: como en San Luis Potosí, resulta importante el concepto de imprudencia delictiva, pues considera un elemento importante la falta de acreditación de la voluntad como se establece de la siguiente manera:

Por lo que se refiere a las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, se actualiza el catálogo y se incluye: la atipicidad, por falta de acreditación de alguno de los elementos de la descriptiva típica; el consentimiento, como causa que elimina el tipo y como causa de justificación que desintegra la anti juridicidad de la conducta. Ahora, el error de tipo y el error de prohibición invencibles excluyen el tipo y la culpabilidad, respectivamente, por lo que en esos casos la conducta no será punible; se determina una punibilidad culposa para el supuesto de error de tipo vencible cuando éste admite esa forma de sanción y para el error de prohibición vencible se ha fijado una punibilidad disminuida. Se regula la imputabilidad disminuida y abandona el criterio de sancionar el exceso en las justificantes como delito culposo, al estimarse que no debe sancionarse el exceso de legítima defensa como un delito de culpa, porque ambas formas delictivas son de índole diversa y en consecuencia, no es debido aplicar las reglas que fija el ordenamiento penal, para graduar la gravedad y levedad de la culpa al exceso en la legítima defensa.⁵⁸

En Sinaloa, sin embargo, menciona que la responsabilidad penal es únicamente para las personas física, pero si establece condiciones para establecer responsabilidad penal de personas jurídicas.

En Sonora, se habla de Modalidades de la Responsabilidad penal,

El caso de Veracruz es un caso muy particular que debería de revisarse con lupa puesto que establece en su Código Penal una causal como circunstancia excluyente de responsabilidad pues equipara la inimputabilidad a la aplicación de usos y costumbres, lo cual es un paso adelantado en su técnica jurídica con respecto de los derechos humanos de personas indígenas, aunque este tema debería de tratarse con mayor profundidad, a la luz de una teoría de pluralismo jurídico., en este sentido se queda plasmado de la siguiente manera

Artículo 15.-Este código se aplicará a todas las personas sin distinción alguna, con las excepciones que sobre inimputabilidad, aplicación de usos y costumbres de las comunidades indígenas, inmunidades y satisfacción previa de requisitos de procedencia, establezcan las leyes.⁵⁹

2016), Morelos,Exposicion de Motivos

⁵⁸ México, Gobierno del Estado de San Luis Potosí. Código Penal para el Estado de San Luis Potosí (2014). San Luis Potosí,

⁵⁹ México, Gobierno del Estado de Veracruz, Codigo Penal para el Estado de Veracruz, (2016) Veracruz, Veracruz

Una vez revisado los aspectos importantes en materia de Excluyentes de responsabilidad penal establecidas en las diferentes legislaciones queda evidentes que existe una confusión en el término utilizado, así mismo debe de enfatizarse que, el problema de confusión no queda ahí, pues lógicamente buscaríamos una respuesta en la Jurisprudencia. así al hacer una revisión dogmática jurisprudencial, no es encontramos que existe la misma dificultad para establecer un concepto unificado.

Las tesis jurisprudencial que mas se acerca a lo que hemos venido diciendo es la siguiente:

EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS.

Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es incriminable desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es incriminable, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.⁶⁰

Ahora bien, debemos de analizar que en el 2002 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos dice que las diferencias entre excusas absolutorias y excluyentes de responsabilidad, (aquí lo denomina excluyentes de responsabilidad) la diferencia que la Corte es precisamente que dentro de las excluyentes de responsabilidad no existe el delito es decir no existe delito desde el momento de su integración, nunca nace, nunca existe delito y por lo tanto responsabilidad sin embargo las excusas absolutorias si nace el delito si se integra en su forma típica pero no puede ser sujeto a una sanción.

Ahora, observemos este criterio de tesis, que se contrapone con el que acabamos de leer porque en este criterio denomina Excluyente del delito, y en el anterior lo denomina excluyente de la responsabilidad, que si bien podrían argumentar que

⁶⁰ : Jurisprudencia P. /J. 11/2002 sustentada por el Pleno de la SJCN en: Novena Época visible en el: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XV, Página: 592 Febrero de 2002 con número de Registro: 187799:

no es lo mismo se podría decir que de la lectura puede apreciarse que se refiere al mismo concepto.

EXCLUYENTE DEL DELITO Y EXCUSA ABSOLUTORIA. SUS DIFERENCIAS.

*La figura de excluyente de delito implica que no puede considerarse que existió un delito cuando se realicen ciertas conductas con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos propios o ajenos, o ante la inexistencia de la voluntad de delinquir o de alguno de los elementos que integran el tipo penal, aunque se cometa alguna de las conductas típicas, mientras que la excusa absolutoria implica que existió una conducta típica, pero se excluye la aplicación de la pena establecida para ese delito. Es decir, las excusas absolutorias tienen como efecto la determinación de que sí existió la conducta típica y el respectivo delito (sus elementos y la responsabilidad del agente), pero por determinadas razones el legislador considera que no debe aplicarse la pena; esto es, son causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley impiden la aplicación de la pena. Así, las excusas absolutorias no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su **impunibilidad**. De lo anterior se aprecia la diferencia existente entre una excusa absolutoria y la excluyente del delito, pues en la primera se considera que efectivamente se dio un delito y que existió un responsable, pero no se aplica pena alguna, mientras en la segunda se estima que no se integra el delito y, por tanto, no existe responsable y mucho menos una pena. Esta diferencia no es puramente teórica, sino que tiene repercusiones en todo el sistema mediante el cual se persiguen los delitos y se llevan a cabo los procesos penales, pues cuando se trata de una excusa absolutoria, puede llevarse todo un procedimiento que terminará con una declaratoria de imputabilidad del delito, de ahí que existe la posibilidad de que el titular del monopolio de la acción penal la ejerza y se consigne a los probables responsables y, posteriormente, seguido el juicio, se les pueda considerar responsables del delito, aunque no se les aplique la pena. Por el contrario, cuando se trata de una excluyente del delito, puede acreditarse ante el Ministerio Público y éste se vería obligado, a no ejercer la acción penal si considera que se actualiza alguna de esas excepciones al tipo penal. De igual manera, el Juez que advirtiera la actualización de alguno de los supuestos establecidos como excluyentes del delito, tendría que absolver al procesado y no lo consideraría responsable, pues simplemente no existe delito para la legislación penal.⁶¹*

La importancia de tener una claridad en los conceptos nos permite tener una mayor destreza judicial y técnica jurídica, por lo que el propósito de este capitulado es con la finalidad de que se pueda vislumbrar la incapacidad de unificar un concepto pro cuanto ve a sus partes.

⁶¹ Tesis: Aislada sustentada por la primera Sala de la SCJN, de la Novena Época con número de Registro: 165259 visible en : Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXI, Febrero de 2010 Materia(s): Penal Tesis: P. V/2010 Página: 18

CAPITULO CUARTO

Las excluyentes de Responsabilidad Penal,

4.1.- La Teoría Negativa del tipo Penal

Para establecer una teoría negativa del tipo penal o teoría de la exclusión de la responsabilidad penal debemos de tomar en cuenta los siguientes elementos: (la teoría del delito (TD); la valoración de las pruebas (VP) y las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal (ERP)

Por lo que tenemos que entonces una teoría de la excusión de la responsabilidad penal se vería de la siguiente manera:

$$TERP= (TD /ER)/ VP$$

Teoría de la Exclusión de la Responsabilidad Penal =

$$\left\{ \frac{\text{Teoría del Delito}}{\text{Excluyentes de responsabilidad penal}} \right\}$$

Valoración Probatoria.

Donde teoría del delito se compone de acuerdo a la corriente clásica: debiendo hacer la precisión que utilizaremos en el presente la corriente clásica que es el concepto que vamos a utilizar

Conducta = c (acción u omisión)

Tipicidad = t

Antijuricidad = a

Culpabilidad = k

Punibilidad =p

Quedando de la siguiente manera $TERP = \frac{(c+t+a+k+p)}{ERP}$

VP

Donde excluyentes de responsabilidad penal como correlativos negativos a la teoría del delito de la siguiente manera:

(-c) = ac = ausencia de conducta

(-t) = at = ausencia de tipicidad

(-a) = cj = causas de justificación (ausencia de antijuricidad)

(-k) = i = inimputabilidad (ausencia de culpabilidad)

Debe de aclararse que estamos analizando la teoría de la exclusión de la responsabilidad penal, y no el delito en sí, por lo tanto al existir acreditadamente una excluyente de responsabilidad penal sea cual sea, deja insubsistente las demás variables del injusto, por lo tanto considero que la relación será mas de factorización de las variables que la de una multiplicación.

$$\text{Quedando de la siguiente manera: } \text{TERP} = \frac{\left\{ \frac{(c+t+a+k+p)}{(-c-t-a-k-p)} \right\}}{\text{VP}}$$

En donde la valoración de la prueba se abordaría con las siguientes variables:

sp=Suficiencia probatoria:

mi= modelo de imputación.

ca= criterios de autorreferenciación.

$$\text{Quedando entonces } \text{TERP} = \frac{\left\{ \frac{(c+t+a+k+p)}{(-c-t-a-k-p)} \right\}}{(sp + mi + ca)}$$

Como hemos apuntado a lo largo del presente trabajo las excluyentes de responsabilidad penal se dividen básicamente en cuanto a sus elementos básicos de la teoría del delito, Conducta (c) (acción u omisión) Tipicidad (t) ; Antijuricidad (a); Culpabilidad (k); y Punibilidad (p), siendo que la clasificación que se

considera sobre los excluyentes de responsabilidad penal se hace de acuerdo a los siguientes criterios la teoría del delito:

4.2.- Taxonomía de las Excluyentes de Responsabilidad Penal.

En este apartado para ubicar a quien nos lee, consideramos propicio establecer la taxonomía de las excluyentes de Responsabilidad Penal, y relacionarlas con lo establecido en el artículo 15 Código Penal Federal, debido a su generalidad, debiendo aclarar que en las legislaciones locales existan otras excluyentes de responsabilidad penal más específicas, como ya se abordó en el capítulo III del presente trabajo de investigación.

a) Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Conducta (-c)

I El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

b) Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Tipicidad (-t)

II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate.

c) Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Antijuricidad (-a).

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

d) Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Culpabilidad.(k)

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

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

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- 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.

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

e) Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad (-k)

VII.- 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.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código

Ahora bien por cuanto ve al primer apartado tenemos que :

4.2.1.- Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Conducta

I El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

Para concentrarnos en la conducta y por consiguiente la ausencia de esta como correlativo negativo es necesario acudir al concepto de acción, el cual a lo largo de los años este concepto ha causado múltiples discusiones; posturas que van desde la postura de Bieling⁶², quien menciona en su obra *Esquema de derecho penal* la doctrina del delito- tipo; nos dice que la acción es todo comportamiento corporal, producido por el dominio del cuerpo consistente en un hacer o no hacer, en donde podemos encontrar elementos dentro de esta definición como el comportamiento corporal es la fase externa de la acción; la voluntariedad considerada como la fase interna, y acción u omisión .

Hasta posturas más polarizadas desde el punto de vista de la Ciencia Jurídica como la de Hans Henrich, quien menciona que la conducta u acción debe tener relevancia en el orden jurídico, para poder considerada como conducta, polarizado que cualquier conducta del hombre en el mundo sensible produce un resultado en el mundo jurídico, debe de mencionarse que esta postura ha recibido fuertes críticas. (Véase Jeshneck Hans Henrich, *Tratado de Derecho penal*)⁶³ .

⁶² Beling, E., Elía, C., & Beling, E. (2002). *Esquema de derecho penal*. Buenos Aires: Librería "El Foro.", pp19-20

⁶³ Jescheck, H., Mir, S., & Muñoz Conde, F. (1981). *Tratado de derecho penal*, Barcelona: Bosch.

El propósito de este trabajo es razonar una concepción de la conducta considerada como acción u omisión que sea de carácter holístico, para lo cual consideramos pertinente que los elementos que nos da Zaffaroni⁶⁴, pues son los más atinados para los propósitos de este trabajo, por lo que es importante recalcar que la acción contiene tres exigencias básicas que son:

a) Voluntad del sujeto. —————> b) manifestación de esta —————> c) Modificación del mundo exterior como consecuencia de las dos primeras.

Por lo tanto el acto de voluntariedad dentro del elemento típico de la acción es un elemento importante para configurar la conducta.

Así mismo debemos de aclarar que la omisión la consideramos como un acto positivo, pero en sentido contrario de la acción, mas no en su sentido negativo, puesto que su correlativo negativo es la ausencia de conducta; por lo tanto la omisión en pocas palabras seria el hacer de no hacer,

Es decir la omisión es una acción en si misma pero en sentido negativo, en este punto la ausencia de la acción no es una omisión, debemos de entender que por ausencia de acción nos referimos a que existe un vacío en la conducta, un 0, mas no así su correlativo negativo, para mayor comprensión el correlativo negativo de la acción es su omisión, y el correlativo negativo de la omisión es una acción, pero siempre uno.

c= acción u omisión ≠ (- c) =ausencia de conducta.

Una vez aclarado lo anterior, podemos establecer a manera simbólica de acuerdo a los conceptos estudiados si les agregamos una concepción que a conducta se compone de la siguiente manera:

c= acción u omisión (ao) + voluntad de sujeto (v)+ manifestación (m)+ modificación del mundo exterior como consecuencia (me)

⁶⁴ Zaffaroni, E. (2005). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar

Por lo tanto si quisiéramos agregarlo a nuestro esquema primario quedaría de la siguiente manera:

$$= \frac{\left\{ \begin{array}{l} (c+t+a+k+p) \\ (-c-t-a-k-p) \end{array} \right\}}{(sp +mi+ca)}$$

Quedando de la siguiente manera:

$$\frac{\left\{ \begin{array}{l} ((ao+v+m+me)+t'+a+k+p) \\ (-c-t-a-k-p) \end{array} \right\}}{(sp +mi+ca)}$$

Por lo tanto la ausencia de la conducta recaería en el negativo de la acción volitiva cuando se ve viciada de libertad en la voluntad del sujeto.

Entonces como elemento significativo de la acción encontramos la voluntad, por lo que no sería punible acciones corporales que estuvieran más allá de su acción psicobiológica proveniente de una entidad externa que desencadenara consecuencias en el mundo sensible, en este sentido la doctrina ha encontrado, dos supuestos los cuales les ha denominado:

Bis absoluta: la cual es una fuerza física proveniente de un agente externo ejercitada directamente en el sujeto en el momento de cometer el hecho ej. (un empujón) por lo tanto el comportamiento y la reacción del sujeto son sometidos a una violencia ajena a su voluntad .

Bis compulsiva: se habla de una fuerza externa psicológica irresistible que motiva y vicia la voluntad propia del sujeto, con el propósito de desencadenar

consecuencias en el mundo sensible, (aunque debemos de acotar que para acreditar esta exclusión de responsabilidad también debemos de abordarlo desde otro elemento del delito que es la culpabilidad, y el por que el sujeto no pudo rodear o hacer otra conducta)

Otro elemento que Muñoz Conde⁶⁵ acota, como elemento excluyente de la responsabilidad penal por ausencia de conducta en su elemento básico que es la voluntad es la fuerza irresistible, esta nos dice es un elemento exógeno que hace al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, es decir que lo haga obrar mecánicamente, esta fuerza debe de provenir de un elemento externo como un huracán , una tormenta etc⁶⁶. ; dentro de este mismo elemento externo se puede encontrar también como lo que nos dice Cortes Ibarra , en donde elementos externos que afectan la voluntad son estados patológicos físicos propios del sujetos pero que no son generados por el, cómo reacciones involuntarias llamadas actos reflejos⁶⁷ .

En este apartado es importante analizar lo que algunos penalistas como Malo Camacho apuntan, diciendo que estos estados patológicos propios del sujeto pero que afectan su voluntad se pueden considerar excluyentes de la responsabilidad penal, en su apartado de la conducta, estos estados a que se refieren pudieren ser el sueño, el sonambulismo o hasta hipnotismo, así como demás situaciones derivadas de estados patológicos, propios del sujetos.

Para analizar esto dentro del sistema acusatorio adversarial es necesario mencionar que dentro del espectro de la valoración de la prueba en el estudio de los excluyentes de responsabilidad penal, y como lo hemos venido diciendo es necesario traer un elemento argumentativo de metalenguaje que permita al juez acercar epistemológicamente la convicción más lógica, siendo a nuestra consideración, que, la manera más pertinente de hacerlo, es a través de elementos probatorios (como meras herramientas) que permitan al órgano

⁶⁵ Muñoz Conde, F. (2012). *Teoría general del delito*. Bogotá, Colombia: Temis.

⁶⁶ Op. Cit.

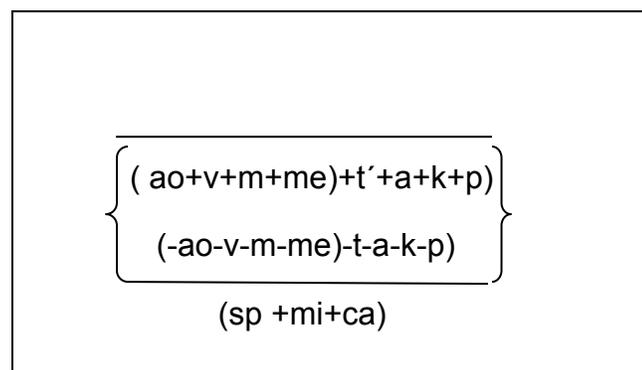
⁶⁷ Idem.p176

juzgador una convicción mas allá de la mera aseveración de que en el sujeto se manifestaron estados patológicos fuera de su voluntad que generaron en el sujeto, movimientos corporales que resultaron como consecuencia la realización de un hecho antisocial, por lo que resulta problemático establecer elementos probatorios que corroboren al órgano juzgador que al momento de cometer dicho injusto se encontraba en un estado de intercepción volitiva, por así llamarlo, (en palabras mas ordinarias, podríamos decir que costaría trabajo establecer de manera probatoria que una persona se encontraba en estado de sonambulismo o hipnosis al momento de cometer el hecho, siendo que el elemento argumentativo de quien invoque la circunstancia excluyente lo que impere en la convicción o no , pues la única prueba que puede crear inferencia seria la pericial, la cual únicamente establecería que una persona es susceptible de entrar a estados patológicos de esta orden como hipnosis o sonambulismo, pero no así de corroborar inductivamente que en el momento de los hechos se encontraba en ese estado, otro elemento probatorio seria el uso de testigos cuyo argumento se enfocaría en establecer antecedentes de el sujeto al ser proclive a dichos estados de afección de la voluntad, así como testigos que aportasen que al momento de los hechos se encontraba privado de su voluntad.

Sin afán de llegar a la controversia poco a poco se van descubriendo casos en donde se alega estados de hipnosis como causal de excluyente de responsabilidad penal, así con lo mencionado existen universidades que ofertan especialidades como perito judicial en Hipnosis

Esta discusión nos lleva también al terreno de la inimputabilidad y los trastornos mentales alterados transitorios, en donde ya no se analizaría la afección a la voluntad, si no que se analizaría el entendimiento de la acción.

Quedando entonces de la siguiente manera:



4.2.2 Circunstancias eximentes de responsabilidad penal por ausencia de tipicidad.

Cuando falte alguno de los elementos de la descripción legal.

Esta circunstancia excluyente de responsabilidad penal, es en si misma una declaración jurídica, es decir una ficción de composición, entendiendo al delito en su versión clásica, como un mero ente legislativo, una declaración del poder legislativo, que cuida de la seguridad jurídica de los gobernados entendida como una exacta aplicación de la Ley penal consagrada en el artículo 14 de nuestra Carta Magna entendida como un principio democrático que obliga al juzgador a imponer la razón (jurídica) antes de una razón argumentativa, así mismo este principio obliga al legislador a establecer normas claras.

Entendemos que toda la teoría del delito en su estructura tiene como presupuesto lo que se debe hacer y lo que no, sin embargo en la teoría de la exclusión de la responsabilidad penal, aparece como una contrapropuesta de la teoría del delito clásica, es decir utilizar la teoría del delito clásica, pero en su sentido negativo o de oposición, (una teoría del delito negativa), que es lo que buscamos establecer en este apartado. (además de que pedagógicamente es una herramienta para ayudar a comprender la ficción jurídica del delito pues si se conocen los opuestos de los elementos negativos del delito pueden ayudar al estudiante a comprender los elementos positivos del delito, esto es que se puede explicar el elemento de la tipicidad como elemento básico del delito, sin embargo se explica el concepto de antijuricidad ayuda a una aprehensión del conocimiento de dicho elemento de manera integral por compartir ambos puntos de dicho elemento)

Debemos de establecer cuál es el concepto del delito que vamos a utilizar para comenzar a esbozar una teoría de la exclusión de la responsabilidad penal, puesto que existen diferentes concepciones del injusto por lo que las distintas concepciones van, desde el dogmático propuesto por Karl Bindign, pasando por la concepción filosófica que desarrollan Pellegrino Rossi y Franck Enrique

Pessina hasta conceptos mas sociológicos como los expuestos por Garoffalo o Francesco Carrara.

En un propósito de establecer claridad para explicar la ausencia de tipicidad, debemos de plantearnos desde que punto de vista vamos a examinarlo, por lo que resulta necesario plantear las concepciones teóricas del delito:

4.2.2.1- Concepción Filosófico del delito:

Para la concepción filosófica del delito el delito consiste en la violación de un deber⁶⁸

4.2.2.2- Concepción Jurídico sociológica;

Es todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal.⁶⁹

Para Carrara el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso⁷⁰

4.2.2.3.-Concepción Dogmática.

La acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable”

En este trabajo nos parece más útil la concepción dogmatica del delito, que fue desarrollada por Karl Binding y Edmundo Mezger en donde el ilícito se encuentra legislativamente reglado y específicamente determinado por una norma positivamente valida es decir el concepto del delito es “la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable”⁷¹

Debemos de acotar que si bien en el derecho penal mexicano es válidamente utilizado el concepto dogmatico en la teoría del delito dentro del Código Penal Federal adoptan una postura mas sociologista establecida por Francesco Carrara estableciendo el Código Penal Federal Mexicano en su artículo 7 lo siguiente:

⁶⁸Op. Cit.

⁶⁹ idem

⁷⁰ idem

⁷¹ Op. Cit

*Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*⁷²

Sin embargo en el código penal Queretano adopta una teoría del delito más dogmática:

*ARTÍCULO 9.- El delito es la conducta típicamente antijurídica y culpable*⁷³

Resulta interesante revisar la concepción epistemológica dentro del sistema acusatorio adversarial pues en el sistema tradicional se establecía la exigencia de acreditar que existan todos los elementos del delito que la ley establecía claramente, no así como en el sistema acusatorio adversarial pues da paso a establecer que existen elementos suficientes para su acreditación, es decir únicamente basta con establecer que existen datos suficientes para establecer la tipicidad de un delito, de acuerdo con el sistema de suficiencia probatoria de la que nos ocupamos en el capítulo Segundo de esta Investigación.

Esto tiene que ver con la concepción que mencionamos en el primer y segundo capítulo del presente trabajo, pues el objetivo del nuevo código nacional de procedimientos penales, es el de esclarecer los hechos y no así el de llegar a la verdad, por lo tanto para la fiscalía obtener un auto de vinculación a proceso es necesario establecer que existan datos que permitan encuadrar la conducta al tipo.

De acuerdo a lo anterior podemos establecer que la causal de exclusión del delito por ausencia de tipicidad, es posible establecerse en dos momentos básicos, de acuerdo con el código Penal federal, (Así en concordancia el Código Penal de Querétaro lo establece en su Artículo 26) ya que debemos de recordar que el estudio de las causales de exclusión del delito son estudiables en cualquier parte del procedimiento

*Artículo 17.- Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.*⁷⁴

⁷² Código Penal Federal.

⁷³ Código Penal Queretano

⁷⁴ Idem.

ARTÍCULO 26.- *Las causas que excluyen el delito se investigarán y harán valer, en cualquier estado del procedimiento, de oficio o a petición de parte interesada*⁷⁵

En la etapa preliminar (en cualquiera de sus dos fases) cuando el Fiscal advierta la inexistencia de algún elemento del delito, el Código Nacional de procedimientos penales establece dos formas de concluir la investigación; la primera es la facultad de abstenerse a investigar, la cual el fiscal, de oficio observe y estudio los hechos relatados en la querrela o los datos de prueba que sean suministrados permitan establecer claramente que existe falta de algún elemento integrador del ilícito y por lo tanto la actualización de una excluyente de responsabilidad penal en cuanto ve a su tipicidad., lo anterior se encuentra así reglamentado en el artículo :253 que dice lo siguiente:

*El Ministerio Público podrá abstenerse de investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y motivada.*⁷⁶

La otra manera , que sería propiamente la manera jurídica más correcta en nuestra apreciación sería la prevista en el artículo 255, del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual nos habla de la determinación del no ejercicio de la acción penal, lo cual trae como consecuencia de la declaración de una exención de responsabilidad penal.

El otro momento en donde se considera pertinente solicitar el estudio de la causal de ausencia de algún elemento de la tipicidad lo es propiamente en la audiencia inicial. Como ya dijimos a la fiscalía le corresponde el estudio y el suministro de datos de prueba que permitan suficientemente el establecimiento de un hecho ilícito ,en el concepto amplio de la teoría del delito que mencionamos anteriormente, por lo tanto la valoración del juez es imprescindible respecto de los datos de prueba aportados por el defensor y la fiscalía, así como del asesor

⁷⁵ Código penal de Queretaro.

⁷⁶ Código nacional de Procedimientos Penales.

jurídico y es en ese momento en donde el juez de control deberá de pronunciarse respecto de si existen integrados los elementos del tipo que se acusa.

4.2.3.- Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Antijuricidad (-a).

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

Para comenzar a describir lo que es la antijuricidad conviene hacer una precisión conceptual, respecto de lo que se entiende por antijuricidad, pues no todo lo que va contrario a derecho o “ lo jurídico”, se considera integrativo de un tipo penal , pues existen varias ramas del derecho positivamente legisladas, en donde la acción que ejecute una persona contraria a derecho no siempre se considera delito por ejemplo didáctico si una persona incumple un contrato esta ejecutando movimientos corpóreos con voluntad y sabedor de las consecuencias que esta actividad conlleva, mas no constituye un delito . por lo que podemos concluir que antijuricidad no es igual a antijurídico (aunque suene redundante)

Por lo tanto coincidimos con la postura de Binding de la antijuricidad a la que nos referimos como elemento integrador del tipo penal, pues propone que para una correcta teoría del delito, debe de darse sistemáticamente debido a que el presupuesto de una teoría del delito es precisamente la existencia de tipos penales, los cuales surge a partir de leyes penales y solo ante la infracción de las leyes penales, pueden darse fenómenos de culpabilidad, como consecuencia de la antijuricidad, misma que emana del ataque a una norma penal , en palabras mas sencillas Raúl Plasencia Villanueva menciona que la antijuricidad es “la realización del tipo penal con carga valorativa”⁷⁷

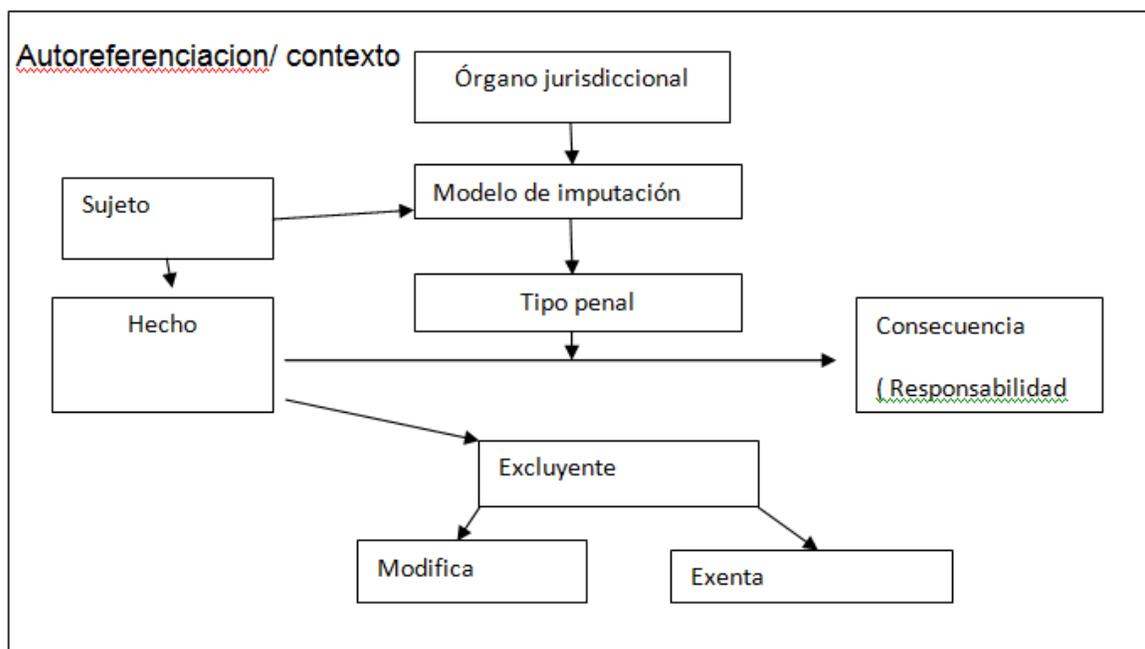
El mismo Raúl Plasencia Villanueva nos comenta que la antijuricidad puede estudiarse como la relación negativa entre la acción y la norma penal , con una carga valorativa refiriéndose a esta como un daño social

Es importante estudiar la antijuricidad como un juicio negativo de valor el cual recae sobre una conducta humana , en tanto el injusto es una conducta humana desvalorizada.

⁷⁷ Raúl Villanueva Plasencia, teoría del delito pp 132

Por lo tanto ese juicio de valor se convierte en un punto de estudio desde un punto de vista sociológico político. En el campo del derecho se han construido ficciones establecidas y socialmente aceptadas para establecer a un sujeto distintas responsabilidades por la comisión (por acción u omisión) de un hecho, pues entonces tenemos que la responsabilidad es la coherencia correlativa entre hecho y consecuencia, , es decir sigue la ley de Newton de a cada acción le corresponde una reacción, desde una postura epistemológica podría decirse que la responsabilidad es concebida desde el ser humano como un sujeto que trasforma la realidad con su conocimiento su forma de aprehender el mundo y como se relaciona con este .

Nuevamente utilicemos la figura 4 propuesta en el capítulo anterior



Como comentamos, en un aspecto político nos encontramos determinados por un referente sociológico en un tiempo y espacio específicos, en donde los tipos penales obedecen a una lógica positivista, pues son creados en base a un sentimiento de perniciosidad, que genera una conducta, para una sociedad, por lo que el sentimiento comunitario se conjuga y se concretiza en un Tipo penal , es decir, existe una conducta, esta conducta se considera dañina para una sociedad

determinada, en este contexto conviene traer nuevamente el concepto conducta antisocial de Luis Rodríguez Manzanera misma que comentamos en el capítulo III.

Luis Rodríguez Manzanera en su obra denominada Criminología nos puede dar un fácil acceso a lo que intentamos transmitir, por lo que nos dice:

“Conducta antisocial es todo aquel comportamiento humano que va contra el bien común (aquí me refiero a un concepto del bien común en su estricta aceptación tomista, es decir, aquel que siendo bien de cada uno de los miembros de la comunidad es al mismo tiempo bien de todos); mientras que delito es la acción u omisión que castigan las Leyes Penales, es la conducta definida por la ley”⁷⁸

Por lo que queda de manifiesto que establecer el bien de cada uno de los miembros de la comunidad es el mismo bien común o bienestar general, por tal sentido es que sociológicamente también existen conductas antisociales que no constituyen un delito como tal puesto que no se ajustan a la descripción del tipo y por ende aun siendo conductas “injustas” o ilícitas se constituyen como conductas permitidas en una sociedad en un tiempo y espacio determinado, creando una referencia en tanto el contexto, estas conductas al igual que los tipos penales, están positivamente objetivizadas en legislaciones penales, es decir que al igual que nacen los tipos penales, así mismo nacen desde el vientre social las conductas “injustas” pero permitidas y ahí radica socialmente la importancia de la exclusión de la responsabilidad penal, puesto que si puede existir una conducta dañosa cometida voluntariamente, pero existen supuestos que circundan dicha conducta que es permitida (no aceptada) pero si permitida por el colectivo social.

En ese sentido Raúl Carranca y Trujillo apunta lo siguiente:

“Con la antijuricidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o un bien jurídico de ahí que se afirme que la

⁷⁸ Op. Cit. pp.21,21.

antijuricidad es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, protegido positivamente ⁷⁹

Es por eso que en diversas legislaciones (como ya dejamos claro en el capítulo anterior) es que a las excluyentes de responsabilidad penal que provienen de una circunstancia de ausencia de antijuricidad se les llama causas de Justificación., por lo tanto las circunstancias eximentes del delito pertenecientes a la ausencia de antijuricidad son un elemento político- sociológico – antropológico, por lo tanto en este sentido cobra importancia, si la valoración de la prueba en que se permitan acreditar o no una excluyente de responsabilidad penal por antijuricidad , es un factor importante puesto que el órgano jurisdiccional tendrá que referenciarse en un concepto jurídico alejándose de lo social, no obstante que se encuentre determinado por un contexto de referenciación social, pues como dice Alf Ross, los jueces no dejan de ser ciudadanos, por lo cual epistemológicamente resulta una tarea digna de reconocer, a los jueces, por su capacidad de abstraerse de ese contexto, aunque para Alf Ross no suceda de esta manera.

Entonces como anteriormente para estar en posibilidad de establecer en la teoría de la exclusión de responsabilidad penal tenemos que el correlativo negativo de la antijuricidad es lo “ilícito pero permitido” quedando de la siguiente manera :

(a) antijuricidad / = jurídico; (a) antijuricidad = (-a) conductas ilícitas pero legalmente permitidas.

Consideramos importante traer las ideas de Liszt respecto de la antijuricidad, puesto que nos menciona que la antijuricidad puede ser estudiada en dos caracteres, el formal que es precisamente cuando la conducta choca con lo establecido en la ley penal y el material que es propiamente la lesión, o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

En este trabajo nos ocuparemos del aspecto formal, concordando con las ideas de Muñoz Conde y Plascencia Villanueva las cuales nos dicen que las causas de

⁷⁹ Op. cit pp 251

justificación (en este caso como las hemos denominado excluyentes de responsabilidad penal por antijuricidad) cuentan con un elemento de carácter subjetivo por parte del actor, pues este considera de manera personal y subjetiva el alcance de su acción (u omisión) así como sus consecuencias, epistemológicamente podíamos decir que el sujeto activo de la conducta antisocial, previamente a realizar la puesta en peligro del bien jurídico, o de ejecutarla, realiza un juicio de ponderación de valores, antropológicamente referenciados, en contraposición con las leyes penales, sabedor de las consecuencias, jurídicas y materiales, intentando así ajustar su acción hacia el terreno de lo “ permitido” (para no utilizar el concepto de jurídico o legal) o derivado de su acción, su consecuencia podría aterrizar en el campo de lo justificable .

En ese sentido Menciona Plasencia Vilanueva:

*“ Resulta necesario el conocimiento de la situación por parte del sujeto activo, así como el alcance de su reacción , con el fin de evaluar de manera debida su comportamiento y determinar si es justificable”*⁸⁰

En ese sentido Muñoz Conde nos menciona:

*“...las diferentes variables de las causas de justificación nos permiten recordar que a diferencia de lo que cacontece con las causas de culpabilidad , las de justificación no solo impiden que se le ponga una pena al autor de un comportamiento típico , sino que se convierten ese hecho en licito en virtud de la norma permissiva en la cual guardan su fundamento..”*⁸¹

En el presente trabajo no coincidimos por completo con esta postura , debido a que Muñoz conde dice que al existir una causa de justificación, y que al objetivizarse esta , se convierte en una conducta licita, en este sentido consideramos que no necesariamente se convierte en una licitud, si no que mas bien opera precisamente el principio de la exclusión de responsabilidad penal ,

⁸⁰ Op. Cit.p. 136

⁸¹ Op. Cit.p 91

pero no por el hecho de que se objetivase esta es circunstancia, elimina por completo la responsabilidad civil, administrativa o reparadora del daño .

Ahora bien que características comparten las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de antijuricidad.

- Principio de plenitud deontica inversa; Se objetivizan respondiendo a un referente cultural antropológico Es decir existen valores socialmente deseables referenciados por un contexto antroposociológico, que cualquier conducta que sea dañina a dichos valores se constituye en un acto dañino que debe de ser castigado y eliminado, por lo tanto si se comete un acto que sociológicamente es consensado como dañino pero que retorna a los principios y valores socialmente deseables , se considera en un equilibrio deontico, no obstante la conducta antisocial que lo origino.
- Principio de identificación de límites; cuando una conducta antisocial se objetiviza como tal, nunca puede exceder la conducta de el bien jurídicamente tutelado.
- Principio de identidad Jurídica; las excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de antijuricidad., deben de estar debidamente inscritas en la legislación aplicable, y la conducta debe de adecuarse idénticamente a la descrita en el texto legal, sin que sea posible juicios valorativos sobres is se cumple o no un requisito. (aunque esto sea discutible en el sistema acusatorio adversarial por el enfoque argumentativo propio del sistema).
- Principio de defensa social subsidiaria;, aunque este concepto fue tomado de las ideas de Francisco Carrara, pues el Estado *per se*, es el único y encargado de proporcionar la defensa social, pero sin embargo cuando concurre una excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de antijuricidad., el estado debe de subsidiar dicha conducta, pues el sujeto al realizar su conducta antisocial, previamente a realizar la puesta en peligro del bien jurídico, o de ejecutarla, ejerció un juicio de ponderación de valores, antropológicamente referenciados, y por lo tanto el estado debe de aceptar su falta y solidarizarse con quien actuó en su representación.

- Principio de equilibrio de intereses; igualmente que el anterior surge de las ideas de Von Buri, en la cual ante la colisión de intereses y valores deseables por el estado, este debe optar por la reinstalación del orden social..

4.2.4 Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de Culpabilidad.(-k)

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

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

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- 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.

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

Tal y como ocurre con los conceptos de acción, antijuricidad y tipicidad, no existe alguna uniformidad de criterios respecto de la culpabilidad, lo primero que debemos de clarificar, es que la culpabilidad a la que en la teoría del delito a la que nos referimos no se refiere, en su concepto lingüístico utilizado, que refiere hacia un sentimiento de reproche moral, debe entenderse más bien como el reproche social objetivado en una ley, que surge como consecuencia del incumplimiento de esta, respecto de una persona..

En palabras más sencillas, es el reproche vertido en contra del autor del delito, a nivel de su comportamiento típico y antijurídico, como consecuencia del infractor

Resulta un poco difícil hacer una referencia respecto a la culpabilidad, para comprender las excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad

Resulta que la culpabilidad anteriormente se le veía como aquel contenedor, como especie de platón en el que cabían todos aquellos elementos de carácter (por llamarlos de alguna manera) psicológicos, o subjetivos, pero difícil de identificarlos en el momento de elaborar una teoría del tipo, por lo que la culpabilidad en algún momento fue negada, como elemento integrador de la teoría del delito.

A lo largo de muchas discusiones de carácter dogmático, y como mencione al principio; hoy en día no existen opiniones homologadas sobre la culpabilidad, sin embargo el estado del conocimiento respecto de la culpabilidad como elemento integrativo de la teoría del delito, refieren algunos elementos para poder identificarla que son:

a) la culpabilidad solo puede ser identificada, únicamente después de que hayan sido identificadas la conducta, la antijuricidad y la tipicidad.

Conducta (acción u omisión) + antijuricidad+ tipicidad → culpabilidad.

Por lo tanto podría decirse que dentro del aspecto epistemológico, la culpabilidad es una consecuencia, mas no un elemento

b) la imputabilidad como condición de la culpabilidad,

No compartimos, este criterio, puesto que la innecesaridad de la imputabilidad de un sujeto no constriñe a una consecuencia jurídica, es decir un sujeto que no es imputable, por determinadas causas, no por eso deja de ser culpable, en el sentido del reproche , por lo que considero mas apropiado equiparar ambos elementos como categorías en igual jerarquía, aunque claro con elementos distintos que se interrelacionan, pero que la ausencia de uno no excluye a otro.

Con esto nos referimos que como lo hemos venido mencionando la imputabilidad es una categoría que admite prueba, pericial, (sujeta de valoración como ya explicamos en el capítulo II), sin embargo la culpabilidad se encontraría en una limitación epistemológica (respecto de la valoración probatoria) susceptible de ser probada, puesto que es un elemento no perceptible y que en el momento en el que nos encontramos aun no hemos encontrado características identificables que puedan ser corroboradas, por alguna prueba, por lo que la única manera de acreditar esta es que no existe una acreditación de alguna Excluyente de responsabilidad penal por ausencia de Culpabilidad, (de ahí su importancia), lo que da paso al tercer criterio o elemento ara identificar la culpabilidad .

c) Ausencia de alguna excluyente de responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad.

Es decir, la identificación de la culpabilidad, se hace a través de la ausencia de elementos negativos, es decir la negación absoluta de negativos. Como lo proponemos en nuestro diagrama inicial (porque es un diagrama no una formula, o ecuación) : (k) solo es posible si no se encuentra ningún elemento de exclusión de responsabilidad penal por culpabilidad (-k)

Por lo que $k = -(-k)$

Respecto a la culpabilidad pueden encontrarse diversas teorías como la finalista o la causalista, pero como lo mencionamos el estado del conocimiento en el cual nos encontramos no nos da para establecer firmemente cual es el criterio para utilizar por lo que me resulta de importancia para este trabajo las palabras del Dr. Villanueva, que nos dice: “la culpabilidad puede ser anulada por diversos supuestos estos pueden resumirse en la no exigibilidad de un comportamiento diverso ante la ley con lo cual se avanza pero no se aclara el punto relativo.”⁸²

⁸² Plascencia Villanueva, Raúl, (1998) *Las eximentes de Responsabilidad penal en el Derecho Penal Mexicano*, México, UNAM, 1998p 173

Ahora bien, los elementos que hemos encontrado en la legislación mexicana, respecto de las excluyentes de responsabilidad penal por culpabilidad son: los siguientes

c.1) Error de Prohibición ,

El cual es el desconocimiento del agente que comete la conducta antisocial, de que esta conducta es antijurídica

ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO E INVENCIBLE. SE ACTUALIZA ESTA CAUSA DE INculpABILIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 29, FRACCIÓN VIII, INCISO B), DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014, CUANDO EL INculpADO ACTÚA CREYENDO QUE UN ORDENAMIENTO LE CONCEDÍA PERMISO PARA MANTENER PRIVADO DE SU LIBERTAD AL SUJETO PASIVO DENTRO DE UN "ANEXO" DE TRATAMIENTO PARA ALCOHOLISMO Y DROGADICCIÓN.

El error de prohibición se constituye como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o expresado de otro modo, que actúe en la creencia de que obra lícitamente; sin embargo, no cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y únicamente se excluye o atenúa la responsabilidad cuando se cree que se obra conforme a derecho. La doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, será error de prohibición directo, si recae sobre la ilicitud, si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder, incluso, que tenga un conocimiento completo de la norma, pero por razones ulteriores, no la crea vigente. En tanto que es error de prohibición indirecto, si recae en la autorización del comportamiento, porque se crea que lo beneficia una norma permisiva que realmente no esté reconocida en la ley, o porque se tenga la convicción de que se actúa justificadamente ante la necesidad de salvarse o salvar a un tercero de un peligro inexistente. Ahora bien, el error de prohibición puede ser considerado desde dos puntos de vista: Según exculpe o disminuye la culpabilidad, hablaremos de un error de prohibición invencible y vencible. El texto del Código Penal para el Distrito Federal da un

tratamiento distinto a los errores invencible y vencible, pues mientras éste únicamente disminuyen la responsabilidad y la pena, aquél las excluye; sin embargo, debe valorarse siempre en relación con el sujeto en concreto y sus circunstancias específicas, y nunca en función de una pretendida objetividad que acuda a una figura de imaginación (hombre normal). Lo arduo en la doctrina y en la práctica es establecer cuándo el error es de una u otra clase, pero como no pueden emplearse criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible el error que estuvo en posibilidad de ser superado por el sujeto o que el autor haya tenido razones para pensar en la antijuridicidad y la posibilidad de esclarecer la situación jurídica; por el contrario, como invencible, el que no le fue exigible superar, dadas las circunstancias en que se desarrolló el hecho y, por ello, no existieron razones para pensar en la antijuridicidad, así como tampoco la posibilidad de esclarecer la situación jurídica, como pueden ser los comportamientos estimados como estereotipos de comportamiento lícito en la sociedad. En razón de lo anterior, si de autos se advierte que el inculpado privó de la libertad al sujeto pasivo, bajo la falsa creencia de que su comportamiento estaba autorizado por una norma permisiva (que realmente no está reconocida en la ley), además de invencible, pues poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, como es el trabajar en una asociación civil dedicada a tratar a gente con problemas de alcohol y drogadicción, la cual está debidamente registrada mediante poder notarial, y constituida para la "rehabilitación e integración a la sociedad de alcohólicos y drogadictos, así como la realización de todo tipo de actos y actividades relacionados con lo anterior"; previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores; dicha circunstancia denota la actualización de la hipótesis de la causa de inculpabilidad prevista en el artículo 29, fracción VIII, inciso b), del Código Penal citado, aplicable para la Ciudad de México, en su texto anterior a la reforma de 18 de diciembre de 2014, consistente en error de prohibición indirecto invencible, pues el Estado al otorgar dicha autorización, conocía cuáles eran las funciones de ese lugar, ya que es un problema de salud mundial, lo cual llevó a la creación de la Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-2009, para la prevención, tratamiento y control de adicciones (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 2009) e, inclusive, se encuentra previsto en el artículo 192 sextus de la Ley General de Salud; asimismo, las máximas de la experiencia nos enseñan que existen lugares en donde se trata ese tipo de problemas -alcoholismo y drogadicción-, los cuales se anuncian por diversos medios de comunicación; máxime si el actuar del sujeto activo siempre fue público, esto es, no se hizo de manera secreta, pues podía acudir cualquier particular a ese lugar. Por ende, el inculpado actuaba creyendo que un ordenamiento le concedía permiso para mantener privado de su libertad al sujeto pasivo dentro de un "anexo" de tratamiento para alcoholismo y

drogadicción, lo que le impedía considerar que su conducta era antijurídica, pues no existía motivo alguno que le hiciera pensar que cometía un delito, puesto que dichos comportamientos se estiman como estereotipos de comportamiento lícito en la sociedad y, por ello, su error no precisa de sanción.

c.2) No exigibilidad de otra conducta.

c.3) caso Fortuito.

d) La posibilidad del conocimiento de la antijuricidad del hecho.

Esta característica que permite identificar la culpabilidad, resulta importante, porque se supone o mejor dicho se presupone que el agente, sujeto activo o persona tiene (en grado de posibilidad) el entendimiento de que algo es ilegal (por ilegal me refiero a lo antijurídico), y este conocimiento se va conformando respecto de referencias introyectadas en el concepto antropológico, en un tiempo y espacio determinado, pero, ¿la negación de ese conocimiento que se presupone el sujeto debe de estar “precargado” es por si misma un error del sujeto? o ¿un error del contexto antropológico (esfera biopsicosocial) ?

Para aclarar este punto, al momento de realizar este trabajo nos encontramos con lo establecido en el catalogo penal de Veracruz, que resulta interesante estudiar, puesto que corrobora que los elementos de conocimiento del “antijurídico”

VERACRUZ, Artículo 15.-Este código se aplicará a todas las personas sin distinción alguna, con las excepciones que sobre inimputabilidad, aplicación de usos y costumbres de las comunidades indígenas, inmunidades y satisfacción previa de requisitos de procedencia, establezcan las leyes.⁸³

Lo que reconoce este artículo es que existen diferencias en los usos y costumbres en comunidades indígenas , y que por lo tanto la noción de antijurídico no se cumple con la existencia de una generalidad aceptada, reconociendo así mismo la posibilidad de que para que dentro de un contexto indígena, algo se signifique como antijurídico, pero esta a su vez, no lo sea para la población que no comparte esos “usos y costumbres” reconociendo la validez de una biculturalidad, o

⁸³ Op. Cit

multijuricidad, (lo que para alguien es jurídico una acción, para otros no lo es y por lo tanto existe un régimen de exclusión de responsabilidad penal, que comparten un mismo tiempo y espacio)

Por lo tanto es importante analizar el como se podría crear una consecuencia en el ámbito de lo jurídico (positivista) cuando el ámbito (cosmovisión) no existe la relación entre acto y negación del derecho , simplemente no existiría relación entre acción y fin, y por lo tanto la posibilidad del conocimiento de lo antijurídico, se encontraría negada.

Resultando importante la siguiente tesis emitida por el más alto Tribunal de nuestro país:

VIOLENCIA FAMILIAR. CASO EN EL QUE LOS USOS Y COSTUMBRES DEL PUEBLO O COMUNIDAD INDÍGENA AL QUE PERTENEZCA LA ACUSADA DE DICHO DELITO, UTILIZADOS PARA DISCIPLINAR O CORREGIR EL COMPORTAMIENTO DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD, PUEDE ACTUALIZAR UN ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

De acuerdo al artículo 29, fracción VIII, inciso b), del Código Penal para el Distrito Federal, el error de prohibición recae sobre la ilicitud de la conducta, lo cual significa que el sujeto activo tiene una falsa apreciación de la licitud de su comportamiento, por creer que es legal, ya sea porque: a) desconozca la existencia de la ley o su alcance (error de prohibición directo) o b) crea que su conducta se encuentra justificada legalmente (error de prohibición indirecto o de permisión). Ahora bien, cuando ese yerro resulta invencible, porque el imputado no está en posibilidad de comprender la ilicitud de su conducta, la consecuencia será que se excluya la culpabilidad y, por ende, el delito, lo que conlleva que no se imponga pena alguna; en cambio, cuando ese error es vencible, genera responsabilidad y sólo atenuará la pena. Por tanto, si la acusada del delito de violencia intrafamiliar declara que de acuerdo con los usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena al que pertenece, violentaba de determinada forma (física o psicoemocional) a su hijo menor de edad, para corregir o disciplinar su comportamiento y su manifestación en ese sentido se encuentra corroborada con otras pruebas, esta circunstancia podría revelar que el delito de violencia familiar lo cometió bajo error de prohibición directo, si de autos se advierte que ese actuar lo llevó a cabo porque desconociera la existencia de la norma penal que sanciona dicha violencia, o bien, su alcance; sin embargo, dicho error

será vencible si de las circunstancias del hecho típico concreto y las pruebas que consten en autos, se advierte que la enjuiciada estaba en posibilidad de comprender la ilicitud de su actuar, por cometerlo en un lugar donde es del conocimiento común que violentar a un menor (psicoemocional o físicamente) es indebido.⁸⁴

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ESTÁNDAR PARA SU DICTADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL.

Para dictar un auto de vinculación a proceso en el sistema procesal penal acusatorio y oral, sólo es necesario analizar si existe el hecho considerado por la ley como delito y determinar si los datos de prueba hacen probable la responsabilidad del gobernado en su comisión, el que atendiendo a la significación que recoge tanto elementos normativos como doctrinales mayormente enfocados al causalismo, excluye un análisis de todos y cada uno de los elementos del tipo penal, dado que lo relevante para el dictado de ese acto procesal no es explicar el fenómeno delictivo en su completitud, sino la constatación de un resultado, lesión o puesta en peligro prohibido por la norma penal, ya que incluso el encuadramiento legal que se propone al solicitar la emisión del auto de vinculación puede variar hasta el alegato de clausura en la etapa de juicio oral. Por ende, el estándar que debe existir para la vinculación a proceso no es el de realizar un análisis exhaustivo de los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sino que debe partirse de la normalización del procedimiento de investigación judicializada privilegiando su apertura, pues la finalidad del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente y procurar que el culpable no quede impune, para asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, lo cual se logra dando cabida a una verdadera investigación, donde los indicios den cuenta aproximada de la transformación del mundo con motivo de la conducta desplegada por el ser humano para verificar si existe un desvalor de la norma prohibitiva. Sin embargo, cuando se advierta

⁸⁴ Época: Décima Época Registro: 2006468 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: I.5o.P.25 P (10a.) Página: 2352

una causa de exclusión del delito, el Juez debe declararla de oficio, porque en cualquier fase del procedimiento penal debe verificarse si se actualizan, tal como lo prevé el artículo 17 del Código Penal Federal, al disponer que las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento; mientras que si es alegada por la defensa, para su verificación, es necesario atender a que se impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que se haga valer, por implicar una afirmación que corresponde probar a quien la sostiene patente y plenamente.⁸⁵

CULPABILIDAD. LA PONDERACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL SENTENCIADO PARA DISTINGUIR "EL BIEN DEL MAL" COMO UN ASPECTO PARA DETERMINAR SU GRADO, ES UNA PRÁCTICA CONTRARIA AL PARADIGMA DEL DERECHO PENAL DE ACTO.

Si la autoridad judicial incrementa el grado de culpabilidad del sentenciado argumentando que por su edad, tenía la capacidad de distinguir "el bien del mal", tal conclusión contraviene el paradigma del derecho penal de acto por el que se ha decantado la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que si la autonomía de la persona se encuentra protegida bajo el concepto de dignidad humana a que se refiere su artículo 1o., respetándose la libertad de conciencia y el pensamiento del individuo, no es factible avalar una postura que introduce como parámetro en aquella labor la ponderación de un rasgo del pensamiento del individuo que se hace depender de si puede o no distinguir ciertos conceptos abstractos, en tanto que el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, sino que está limitado a juzgar actos.

DELITO. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD QUE DEBEN ANALIZARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.

En la jurisprudencia 1a./J. 143/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 2, diciembre de 2011, página 912, de rubro: "ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ.

⁸⁵Tesis: Aislada XV.3o.6 P (10a.) sustentada por la Primera Salas de la SCJN, Décima Época Registro: 2013695 visible en la: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 39, Febrero de 2017, Tomo III Materia(s): Penal Página: 2167 Registro: 2013695

SUS DIFERENCIAS.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que en toda sentencia definitiva debe analizarse si existe o no delito, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable. Una conducta típica, antijurídica es culpable cuando al autor o partícipe del delito le es reprochable el haber contravenido el orden jurídico. Luego, del artículo 15, fracciones V, VII, VIII, inciso B) y IX del Código Penal Federal, se advierte que el autor o partícipe del delito es culpable cuando: i) es imputable (capacidad de culpabilidad); ii) conocía la antijuridicidad de su conducta; y, iii) le resultaba exigible otra conducta. Los anteriores elementos se excluyen por: a) La inimputabilidad. Consiste en que al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender su carácter ilícito o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente lo hubiere provocado dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre que lo haya previsto o le fuere previsible; b) El error de prohibición invencible. Se presenta 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 su alcance (error directo), o porque crea que está justificada su conducta (error indirecto o sobre las causas de justificación); c) El estado de necesidad inculpante; en él, el sujeto activo obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de 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; y, d) La inexigibilidad de otra conducta. Cuando en atención a 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.⁸⁶

⁸⁶ Tesis: Aislada XXVII.3o. J/7 (10a.) Sustentada por la primer salas de la SCJN visible en : Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV Materia(s): Penal Página: 2709 Registro: 2007868

4.2.6.-Excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad (-k)

VII.- 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.

La inimputabilidad, como causal de excluyente de responsabilidad se puede entender en se entiende como la incapacidad cognitiva, del querer y entender la ilicitud de un acto derivado de lo que son los trastornos mentales biológicos, por lo que debe entenderse para que se actualice una causal de inimputabilidad deben de existir dos factores básicos: a) que exista un trastorno mental ,y b) la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto derivado de ese trastorno mental.

Resulta difícil de acreditar dichas circunstancias del Trastorno mental porque en si mismo no es un término, es decir ni el DSM-V puede establecer con precisión del Termino Trastorno Mental:

Pues a saber nos dice esto sobre el Trastorno Mental:

el término "trastorno mental" implica, desafortunadamente, una distinción entre trastornos "mentales" y "físicos" (un anacronismo reduccionista del dualismo mente/cuerpo). Los conocimientos actuales indican que hay mucho de "físico" en los trastornos "mentales" y mucho de "mental" en los trastornos "físicos". El problema planteado por el término trastornos "mentales" ha resultado ser más patente que su solución, y, lamentablemente, el término persiste en el título del DSM-IV, ya que no se ha encontrado una palabra adecuada que pueda sustituirlo.

Es más, a pesar de que este manual proporciona una clasificación de los trastornos mentales, debe admitirse que no existe una definición que especifique adecuadamente los límites del concepto "trastorno mental". El término "trastorno mental", al igual que otros muchos términos en la medicina y en la ciencia, carece de una definición operacional

consistente que englobe todas las posibilidades. Todas las enfermedades médicas se definen a partir de diferentes niveles de abstracción -como patología estructural (p. ej., colitis ulcerosa), forma de presentación de los síntomas (p. ej., migraña), desviación de la norma fisiológica (p. ej., hipertensión) y etiología (p. ej., neumonía neumocócica)-. Los trastornos mentales han sido definidos también mediante una gran variedad de conceptos (p. ej., malestar, descontrol, limitación, incapacidad, inflexibilidad, irracionalidad, patrón sindrómico, etiología y desviación estadística). Cada uno es un indicador útil para un tipo de trastorno mental, pero ninguno equivale al concepto y cada caso requiere una definición distinta.

A pesar de estas consideraciones, la definición de trastorno mental del DSM-IV es la misma que la del DSM-III y la del DSM-III-R, ya que es tan útil como cualquier otra definición y, además, ha permitido tomar decisiones sobre alteraciones ubicadas entre la normalidad y la patología, que deberían ser incluidas en el DSM-IV. En este manual cada trastorno mental es conceptualizado como un síndrome o un patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., dolor), a una discapacidad (p. ej., deterioro en una o más áreas de funcionamiento) o a un riesgo significativamente aumentado de morir o de sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad. Además, este síndrome o patrón no debe ser meramente una respuesta culturalmente aceptada a un acontecimiento particular (p. ej., la muerte de un ser querido). Cualquiera que sea su causa, debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comportamental, psicológica o biológica. Ni el comportamiento desviado (p. ej., político, religioso o sexual) ni los conflictos entre el individuo y la sociedad son trastornos mentales, a no ser que la desviación o el conflicto sean síntomas de una disfunción.

Una concepción errónea muy frecuente es pensar que la clasificación de los trastornos mentales clasifica a las personas; lo que realmente hace es clasificar los trastornos de las personas que los padecen. Por esta razón, el texto del DSM-IV (al igual que el texto del DSM-III-R) evita el uso de expresiones como un "esquizofrénico" o "un alcohólico" y emplea las frases "un individuo con esquizofrenia" o "un individuo con dependencia del alcohol".⁸⁷

Ahora con referencia a el desarrollo intelectual retardado, no existe en la literatura especializada, si no que se denomina Trastorno del Desarrollo intelectual, en los cuales pueden existir múltiples trastornos de desarrollo intelectual y no por ello quiere decir que no pudieren tener la capacidad de

⁸⁷ http://www.psicomed.net/dsmiv/dsmiv_int_def.html

comprender una ilicitud de una conducta material, que si bien existen trastornos que si bien distrofian la realidad , no por ello significa que no puedan entender la ilicitud de una conducta.

Por lo que nos topamos con un grave problema conceptual en la legislación Mexicana que no va conforme a los Lineamientos clínicos, que se encuentran vigentes en la comunidad especializada,

Es entonces problema de valoración de la prueba, por lo que se ha venido utilizando que para establecer la inimputabilidad o ausencia de esta se determine conforme a dictámenes periciales especializados, más sin embargo resulta difícil de esclarecer si en el momento de que se cometió el ilícito se encontraba en una disociación cognitiva de la realidad que no le permitía comprender la ilicitud del hecho,

Por lo tanto en el sistema acusatorio adversarial será la controversia y el debate respecto de estos dictámenes periciales, que debe decirse no tendrán un valor pleno si no que serán sujetos de Justipreciación de los jueces resultado de lo que aporten las partes, para poder establecer si existen elementos que permitan establecer una inimputabilidad como excluyente de responsabilidad penal.

En ese sentido los criterios Jurisprudenciales al respecto que se han emitido hasta el momento en que se escriben estas líneas son los mas relevantes los siguientes:

INIMPUTABILIDAD. EL JUEZ DE LA CAUSA DEBE DESIGNAR PERITOS PARA QUE EVALÚEN LA CONDICIÓN MENTAL DEL INculpADO DESDE EL MOMENTO EN QUE ALGUNA DE LAS PARTES OFREZCA EL DICTAMEN PERICIAL CORRESPONDIENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

El artículo 483 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato prescribe que para resolver sobre la inimputabilidad de un inculpado, el tribunal, si lo creyere conveniente, o a petición de parte, antes de que dicte sentencia irrevocable,

designará peritos que lo examinen. De igual manera, dispone que las partes "también" tendrán derecho a designar peritos. De lo anterior se concluye que ante la sospecha de inimputabilidad del inculpado, el Juez debe allegarse de los dictámenes correspondientes, ya sea que a su juicio lo estime conveniente, o bien que las partes lo soliciten; empero, en cualquiera de los casos, será el propio tribunal quien designe a los peritos, sin que en forma alguna se establezca que es en las partes en quienes recae la carga de proponerlos, ya que sólo reconoce a estas últimas el derecho de designar los suyos, como se advierte del vocablo "también" inserto en el segundo párrafo del citado numeral. De tal suerte que desde el momento en que fue ofrecido en la causa el dictamen pericial correspondiente por alguna de las partes, el Juez debe -con independencia de que éstas también lo hagan- designar peritos para que evalúen la condición mental del inculpado. Congruente con ello, de conformidad con el artículo 33, fracción VII, del Código Penal para esa entidad, no es imputable quien, en el momento del hecho y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión; por lo que de presentarse, implicaría el surgimiento de un impedimento para instaurar a determinado individuo una causa penal.⁸⁸

INIMPUTABILIDAD. NO IMPLICA, NECESARIAMENTE, LA AUSENCIA TOTAL DE DETERMINISMO DEL SUJETO, SINO ÚNICAMENTE QUE ESTÁ IMPEDIDO PARA COMPRENDER LA ILICITUD DE SU ACTUAR.

Si en un procedimiento especial se considera al encausado como inimputable, eso se traduce o debe interpretarse en el sentido de que aquél no es capaz de advertir la trascendencia moral y social de sus actos, es decir, que se encuentra impedido para comprender el carácter ilícito del hecho que cometió, mas, en modo alguno implica la diversa afirmación de que el activo carece en absoluto de la facultad de actuar por sí

⁸⁸ Época: Novena Época Registro: 164584 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXI, Mayo de 2010 Materia(s): Penal Tesis: XVI.P.19 P Página: 1948

mismo y de buscar obtener sus propios objetivos o fines, pues no es lo mismo padecer un trastorno mental que un desarrollo intelectual atrofiado o retardado; de manera que resulta insuficiente el solo hecho de que al quejoso se le haya declarado inimputable para estimar que, en los términos que refiere el artículo 497 del Código Federal de Procedimientos Penales (en cuanto de dicho precepto se deriva que aun cuando alguien vaya a ser considerado inimputable debe comprobarse la infracción penal y que en ella tuvo participación el inculpado), no fue capaz de realizar la conducta ilícita descrita, pues, a lo sumo, no advirtió la trascendencia moral y social de ese acto, es decir, sólo estaba impedido para comprender que era ilícito el hecho que cometió.⁸⁹

Una vez analizado los criterios Aislados , emitidos por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, es de resaltarse que considerarla inimputabilidad el resultado como un fenómeno psicobiológico.

Entonces para nuestro continuar con nuestro esquema

Inimputabilidad = se encontraría dentro (-k)

Y como (-k), se demuestra con la ausencia de elementos de inculpabilidad, , podría decirse que la inimputabilidad se demuestra con, criterios objetivos de carácter positivos que permitan inferir que no existen elementos, que acrediten la existencia del elemento negativo del delito.

⁸⁹ Época: Novena Época Registro: 179878 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Diciembre de 2004 Materia(s): Penal Tesis: III.1o.P.67 P Página: 1366

CONCLUSIONES.

La importancia del presente trabajo de investigación radica en precisamente describir las bases que permitan una comprensión epistemológica respecto de Las Excluyentes de Responsabilidad Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial en México.

La Denominación:

Derivado de la investigación de carácter dogmática que se realizó en el presente trabajo nos arrojó, que existe una confusión de conceptos, no solo en el ámbito legisgráfico, si no en el lenguaje jurisprudencial, y más aun en el más importante que es el lenguaje de los operadores jurídicos, por lo que para referirse a las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se utilizan términos como:

a) eximentes, b) excusas absolutorias, c) causas de justificación, c) excluyentes del delito, aunque todas tienen su explicación, el concepto de excluyentes de responsabilidad que nosotros damos, consideramos que engloba todas estas definiciones

La Definición:

Resulta necesario en un primer momento establecer un concepto homogéneo, de manera dogmática, que permita establecer los principios, para que partiendo de esa base pueda ser determinada una exclusión de responsabilidad penal, por lo que en el presente trabajo proponemos el siguiente concepto de Las Excluyentes de Responsabilidad Penal:

“Son ficciones jurídicas, que residen en la negación a la prohibición, consistentes en circunstancias específicas estipuladas por la ley positiva, las cuales, una vez

cometida materialmente una conducta antisocial, modifican o exentan de la responsabilidad penal a una persona (física o Jurídica), ante el mundo jurídico y por consiguiente su sanción (en un tiempo y lugar específico)”.

Debe de decirse con toda honestidad, que es una definición que se encuentra, como todas, susceptible de crítica, siendo que para mejora de nuestro sistema jurídico la construcción de conceptos desde la praxis y la dogmática para que en un ejercicio simbiótico se logre un avance en materia de Exclusión de responsabilidad penal.

Otro aspecto relevante que resulta de este trabajo de investigación es que Las Excluyentes de responsabilidad Penal; si bien impactan en el fenómeno Jurídico, se encuentran dentro del terreno de lo político, pues es el mismo consenso social el que establece las pautas, ritos y costumbres que están dispuestos a aceptar de un comportamiento que es considerado, injusto, inmoral, inapropiado, una excepción a esa regla, al establecer una doble negación es decir “ el Injusto de lo injusto”, por es que cometamos que es una negación a la prohibición, pero sin decir cómo se pensaría que esto constituye una aceptación como tal.

Es entonces que la exclusión de la responsabilidad penal en el sistema acusatorio adversarial se constituye como una Herramienta de Defensa social, defensa de los Derechos Humanos, Defensa a una Seguridad Jurídica, que permiten que el sistema sea autopoyético, y se constituye como una válvula de escape a la presión legislativa, positiva, pasando de un sistema cerrado de interpretación probatoria, a un sistema abierto.

No se debe de tener miedo de un sistema de valoración abierto o libre como se le llama, pues, si se me permite comentarlo, cada que se comenta en el ámbito jurídico que el sistema de valoración de la prueba se encuentra abierto o libre respecto de la valoración de una persona encargada de administrar justicia, se le ve con malos, ojos pues, se considera que es un sistema en el cual la corrupción, la negligencia, la falta de experiencia, la incapacidad de apreciación epistémica de un juez o tribunal, pueden afectar intereses que laceren una Seguridad Jurídica, pero se está pensando en un sistema eminente mente positivista, es decir se construye una praxis de un sistema de Justicia Penal de corte Garantista, sobre las bases epistemológicas de un sistema Positivista, lo cual sistemáticamente no es comprensible ni desde un punto de vista comparativo pues no corresponde a ninguna característica, ni comparten elementos .

Resulta importante destacar que los resultados que aportan la presente investigación es la de definir cuál es el tiempo en que se debe de determinar si

existe alguna causa de Exclusión de Responsabilidad Penal, en el Sistema Acusatorio Adversarial,

La ley nos dice que las excluyentes de Responsabilidad penal se pueden invocar en cualquier momento del procedimiento, inclusive existen jurisprudencias, en el presente trabajo consideramos correcta dicha apreciación sin embargo vamos a mas allá, pues resultaría más “prudente” establecer aun en grado de indicio, la existencia de alguna causal de responsabilidad penal, en la primer etapa es decir en la etapa Inicial de acuerdo a los siguientes razonamientos:

- Desde que la defensa toma conocimiento de los hechos que se le atribuyen a una persona como delictuosos, es obligación de la defensa generar una estrategia, precisamente la diferencia con el sistema tradicional al sistema acusatorio el ejercicio del derecho a la defensa el abogado defensor es que puede participar en todas las diligencias de investigación incluso puede aportar sus propias investigaciones, además se le puede facultar en solicitar al agente del Ministerio Público todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, es en ese sentido, el Fiscal ordenará aquellas que considere conducentes.
- El Juez de Control durante la audiencia inicial puede declarar respecto al plazo de la investigación complementaria, que existen elementos pudieren o no establecerá la acreditación de una excluyente de Responsabilidad Penal, por lo que en respeto al debido Proceso, y a la Garantía de Presunción de inocencia, deberá de tomar en consideración todas esas variables y establecer un plazo congruente para que pudieren hacer valer dichas circunstancias de exclusión de responsabilidad Penal.
- Por otro lado el fiscal está obligado constitucionalmente y legalmente como lo marca el artículo 216 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a realizar y que se le reciban todos los actos de investigación de la defensa que permitan establecer o no la existencia de alguna de las causales de responsabilidad penal, sin embargo en la práctica, en contadas ocasiones se realiza el apego a dicho mandamiento pues el fiscal únicamente se avoca a dirigir una investigación que permita la acusación del imputado dejando pasar de lado investigar respecto de alguna causal de exclusión del delito, delegando esa obligación como carga de la defensa, por lo que debemos de recalcar que claro que es

una obligación de la defensa, pero también es necesario que la fiscalía se permita investigar sobre elementos negativos del delito.

- El fiscal investigador al encontrarse con que existen elementos o datos de prueba que permitan establecer alguna causal de exclusión del delito, el fiscal está facultado para archivar la causa, sin que por ello pueda tener una responsabilidad.
- Quien debe de aportar los elementos que permitan establecer una Causal de responsabilidad Penal

En sentido estricto, derivado de un estudio dogmático y legisgráfico, es obligación de la defensa aportar todos los datos de prueba que permitan establecer, la acreditación de una exclusión de responsabilidad penal, pero como se ha comentado líneas arriba, el fiscal investigador y conductor de la investigación también está OBLIGADO, a investigar si existieron o no circunstancias que permitan la exclusión de la responsabilidad penal, sin que con esto contravenga a sus facultades.

En otro contexto dentro de la presente investigación al describir los elementos, de la Exclusión de la responsabilidad penal.

Consideramos importante describir los principios que comparten Las Excluyentes de Responsabilidad Penal, considerando a nuestro criterio que pudieren ser los siguientes:

- Principio de plenitud deontológica inversa; se objetivizan respondiendo a un referente cultural antropológico. Es decir existen valores socialmente deseables referenciados por un contexto antrosociológico, que cualquier conducta que sea dañina a dichos valores se constituye en un acto dañino que debe de ser castigado y eliminado, por lo tanto si se comete un acto que sociológicamente es consensado como dañino pero que retorna a los principios y valores socialmente deseables, se considera en un equilibrio deontológico, no obstante la conducta antisocial que lo originó.

- Principio de identificación de límites; cuando una conducta antisocial se objetiviza como tal, nunca puede exceder la conducta del bien jurídicamente tutelado.
- Principio de identidad Jurídica; las excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de antijuricidad., deben de estar debidamente inscritas en la legislación aplicable, y la conducta debe de adecuarse idénticamente a la descrita en el texto legal, sin que sea posible juicios valorativos sobre si se cumple o no un requisito. (aunque esto sea discutible en el sistema acusatorio adversarial por el enfoque argumentativo propio del sistema) .
- Principio de defensa social subsidiaria; aunque este concepto fue tomado de las ideas de Francisco Carrara , pues el Estado *per se*, es el único y encargado de proporcionar la defensa social, pero sin embargo cuando concurre una excluyentes de responsabilidad penal por ausencia de antijuricidad., el estado debe de subsidiar dicha conducta, pues el sujeto al realizar su conducta antisocial, previamente a realizar la puesta en peligro del bien jurídico, o de ejecutarla, ejerció un juicio de ponderación de valores, antropológicamente referenciados, y por lo tanto el estado debe de aceptar su falta y solidarizarse con quien actuó en su representación.
- Principio de equilibrio de intereses; igualmente que el anterior surge de las ideas de Von Buri, en la cual ante la colisión de intereses y valores deseables por el estado, este debe de optar por la reinstalación del orden social..

De esa manera es que

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS.

Antolisei, Francesco (2008). *Manual de Derecho Penal*, 2da. Edición, editorial Temis Bogotá,2008.

Atienza, M. (2012).*El Derecho como Argumentación*: Ariel. Barcelona,2012.

Bajo Fernández M.(2001) *Manual de derecho penal, parte especial, delitos contra las personas*, editorial Bosch,2001

Beling, E., Elía, C., & Beling, E. (2002).*Esquema de Derecho Penal*. Librería "El Foro." Buenos Aires, 2002.

Bonesana, Cesare (Marqués de Beccaria), (1764) *Tratado de los delitos y de las penas múltiples ediciones*, 1764.

Carnelutti, F. (2000).*La Prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

Carranca, Francesco (2009): *Programa del Curso de Derecho Penal, parte especial*, editorial Akal Luke, tomo I, Madrid, 2009

Carranca y Trujillo, Raúl: (2009),*Derecho Penal Mexicano*, editorial Porrúa, México 2009.

Cobos, Gómez de Linares Miguel Angel y otros.(2010) *Manual de derecho penal, parte especial*, editorial Akai Luke, tomo 1, Madrid, 2010.

- Ferrer Beltrán, J., & Taruffo, M. (2005). *Prueba y Verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Fontan Balestra, C., & Ledesma, G. (1998). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los Hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.
- Hitters, J. (1991). *Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1991.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Jescheck, H., Mir, S., & Muñoz Conde, F. (1981). *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1981.
- Molina Jimenez, D. (2013). *El diablo esta en los detalles*. Nueva Tribuna, 2003.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Colombia: Temis, 2012.
- Muñoz, Conde F. (2006): *Derecho Penal, parte especial*, México editorial Reus, 2006
- Plascencia Villanueva, Raúl, (1995) *Los delitos contra el orden económico*, México, UNAM, 1995.
- Plascencia Villanueva, Raúl, (1998) *Las eximentes de Responsabilidad penal en el Derecho Penal Mexicano*, México, UNAM, 1998.
- Porte, Petit C. (2002): *Derecho Penal Mexicano*, editorial Porrúa, México 2002
- Real Academia Española de la Lengua. (2014). *Diccionario de la Lengua Española RAE* (23 ed.): planeta pub corp, 2014.
- Reyes Echandía, Alfonso, (1976) *Tipicidad*, 3a ed., Bogotá, Universidad Externado, 1976.
- Reyes Echandía, Alfonso, (1981) *Culpabilidad* 3a ed., Bogotá, Temis, 1981.
- Rodríguez Manzanera, L. (1996). *Criminología* (5 ed.). México: Porrúa, 1996.
- Sentís Melendo, S., Arazi, R., & Morello, A. (1996). *La prueba*. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense, 1996.
- Zaffaroni, E. (2005). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

LEGISLACION NACIONAL E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana de Derechos Humanos. (1969).. San José, Costa Rica.

Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Código Penal para el Estado de Aguascalientes

Código Penal para el Estado de Baja California

Código Penal para el Estado de Baja California Sur

Código Penal para el Estado de Campeche

Código Penal para el Estado de Chiapas

Código Penal para el Estado de Chihuahua

Código Penal para el Estado de Ciudad de México

Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza

Código Penal para el Estado de Colima

Código Penal para el Estado de Durango

Código Penal para el Estado de Guanajuato

Código Penal para el Estado de Guerrero

Código Penal para el Estado de Hidalgo

Código Penal para el Estado de Jalisco

Código Penal para el Estado de México

Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo

Código Penal para el Estado de Morelos

Código Penal para el Estado de Nayarit

Código Penal para el Estado de Nuevo León

Código Penal para el Estado de Oaxaca

Código Penal para el Estado de Puebla
Código Penal para el Estado de Querétaro
Código Penal para el Estado de Quintana Roo
Código Penal para el Estado de San Luis Potosí
Código Penal para el Estado de Sinaloa
Código Penal para el Estado de Sonora
Código Penal para el Estado de Tabasco
Código Penal para el Estado de Tamaulipas
Código Penal para el Estado de Tlaxcala
Código Penal para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave
Código Penal para el Estado de Yucatán
Código Penal para el Estado de Zacatecas

MESOGRAFIA.

Machicado, J. (2009). Iter Criminis o fases de realización del delito. *Apuntes Jurídicos*, (3). desde:

<https://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/03/concepto-del-iter-criminis-o-fases-del/>

Solis Delgadillo, J. (2010). La reforma entrampada: la deformación Jurídica y Perjuicio de la Justicia en México. *Cuestiones Jurídicas*. desde

<http://www.redalyc.org/html/1275/127514959002/>

Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Penales. desde:

http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Iniciativa_Diaz_Gastelum_Flores.pdf

México Unido Contra La Delincuencia. Informe Sobre Monitoreo Ciudadano En Salas De Oralidad Penal En La CDMX". 2017. revisado Octubre 2017 desde <http://www.mucd.org.mx/Informe-sobre-monitoreo-ciudadano-en-Salas-de-Oralidad-Penal-en-la-CDMX>.

Perfil, V. (2017). La Teoría y Hércules en Ronald Dworkin. [Argumentarenlinea.blogspot.mx](http://argumentarenlinea.blogspot.mx). Revisado en Septiembre 2017, desde <http://argumentarenlinea.blogspot.mx/2011/05/la-teoria-y-hercules-en-ronald-dworkin.html>

¹Decap Fernández, M. (2014). El Juicio Oral y los Principios de Inmediación y Contradicción. Instituto de la Judicatura Federal.. Revisado Septiembre 2017, desde

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/valorpruebapresencial/>

Delgadillo, Juan. 2017. "La Reforma Penal Mexicana, Espejismos Y Realidades. Los Actores Del Sistema Como Variables De Éxito O Fracaso". *Revistas.Juridicas.Unam.Mx*. revisado Octubre 2017 desde

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial>.

México Social: Un Deficiente Sistema De Justicia". 2017. *Excélsior*. revisado Octubre 2017 desde

<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2013/10/01/921213>.