

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

**LA INVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA ORDEN DE
APREHENSIÓN EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO Y SU
RECONSTRUCCIÓN CON BASE EN LOS ELEMENTOS DE LA
TEORÍA DE LA TIPICIDAD CONGLOBANTE**

PRESENTA
JOSÉ DANIEL AGUILAR DEL TORO

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR
EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

DICIEMBRE, 2019



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



TESIS

**LA INVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA ORDEN DE
APREHENSIÓN EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO Y SU
RECONSTRUCCIÓN CON BASE EN LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA
DE LA TIPICIDAD CONGLOBANTE**

PRESENTA

JOSÉ DANIEL AGUILAR DEL TORO

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO
PROCESAL**

DIRECTORA DE TESIS

DRA. MA. DEL CARMEN BACA VILLARREAL

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN, MÉXICO

DICIEMBRE, 2019

Índice

	Pág.
Introducción	1
Capítulo 1. Principios categoriales y valores del derecho	
1.1 La vida como origen y necesidad del derecho	
1.1.1 Diferencia entre la vida y la existencia	5
1.1.2 Ejes fundamentales de la vida	7
1.1.2.1 La dignidad	7
1.1.2.2 La felicidad	12
1.2 Valores fundamentales del derecho	
1.2.1 El derecho como estructura valiosa	15
1.2.2 La cultura como valor fundante del derecho	17
1.2.3 La seguridad jurídica como valor imprescindible del derecho	18
1.3 Principios categoriales del derecho penal	
1.3.1 Visión estructural del derecho penal	21
1.3.2 La estructura del derecho penal mediante sus principios categoriales	23
1.3.3 Principios categoriales que conforman la estructura del nivel estático del derecho penal	24
1.3.3.1 Principio de legalidad	25
1.3.3.2 Principio de reserva de ley	26
1.3.3.3 Principio de taxatividad	27
1.3.3.4 Principio <i>non bis in ídem</i>	31
1.3.3.5 Principio <i>non reformatio in peius</i>	33
1.3.3.6 Principio de culpabilidad	34
1.3.4 Principios categoriales que conforman la estructura del nivel dinámico del derecho penal	
1.3.4.1 Principio de lesividad	39
1.3.4.2 Principio de intervención mínima	41
1.3.4.3 Principio de subsidiariedad	42
1.3.4.4 Principio de irretroactividad de la ley	43
1.4 Valores fundamentales del derecho penal	
1.4.1 Regulación de bienes jurídicos elementales para vivir con condiciones humanas	44
1.4.2 Seguridad jurídica a partir del principio de taxatividad	45
1.4.3 Estructura de un sistema jurídico rechazador de la crueldad	45
1.4.4 Posición garante de la libertad contra intereses arbitrarios	46
Capítulo 2. El lenguaje en la construcción jurídica	
2.1 Bases para la construcción jurídica	49
2.1.1 El lenguaje como materia prima del derecho	49
2.1.2 Funciones del lenguaje	51
2.1.3 Objeto de estudio del lenguaje	52
2.1.4 La gramática	52
2.1.4.1 Elementos del lenguaje gramatical	52
2.1.4.2 El signo lingüístico	53
2.1.4.3 Significación y significado	53
2.1.4.4 Morfología del lenguaje	55

2.1.4.5 Sintaxis	56
2.1.4.6 Morfemas	57
2.1.4.7 Las palabras	59
2.1.4.8 Estructura de la oración y sus elementos organizacionales	61
2.1.5 Semántica	63
2.1.5.1 Semántica componencial	63
2.1.5.2 Marcadores semánticos	66
2.1.5.3 Principio de composicionalidad	66
2.1.6 La glosemática	67
2.1.7 Borrosidades del lenguaje	69
2.1.7.1 Polisemia	70
2.1.7.2 Ambigüedad	71
2.1.7.3 Vaguedad	72
2.1.7.4 Indeterminación	74
2.1.7.5 Vacío	74
2.2 Lenguaje jurídico	
2.2.1 Construcción del lenguaje jurídico	75
2.2.2 Finalidad del lenguaje jurídico	76
2.2.3 Funcionalidad del lenguaje jurídico	77
2.2.3.1 Semántica jurídica	78
2.2.3.2 Término fidedigno	80
2.2.3.3 Sintáctica jurídica	81
2.2.4 Disfuncionalidad del lenguaje jurídico	82
2.2.5 Desestabilizadores constantes del lenguaje jurídico	82
2.2.6 Ocurrencia y arbitrariedad	86
2.2.7 Lenguaje jurídico-penal	92
Capítulo 3. Las estructuras de la orden de aprehensión en México	
3.1 La construcción jurídica de la orden de aprehensión en México	
3.1.1 El derecho a la libertad	95
3.1.2 Concepto jurídico de orden de aprehensión	96
3.1.3 La importancia de la orden de aprehensión en un Estado democrático de derechos humanos	99
3.1.4 Cronología de la construcción jurídica constitucional de la orden de aprehensión comprendida desde el 5 de febrero de 1917 hasta el 18 de junio de 2008	101
3.1.5 Elementos estructurales de la orden de aprehensión	102
3.1.5.1 Elementos de enfoque procesal-formal	102
3.1.5.2 Elementos de fondo	104
3.1.6 Determinación del principal elemento estructural de la orden de aprehensión en México	105
3.1.7 Transición del principal elemento estructural de la orden de aprehensión en México	106
3.2 Concepto de delito desde sus diversas construcciones conceptuales	
3.2.1 La teoría del delito en los sistemas penales	113
3.2.1.1 Sistema clásico	114
3.2.1.2 Sistema neoclásico	116
3.2.1.3 Sistema finalista	118

3.2.1.4 Sistema funcionalista	120
3.2.1.4.1 Sistema funcionalista teleológico	121
3.2.1.4.2 Sistema funcionalista normativista	122
3.2.2 Concepto de delito	
3.2.2.1 Apuntamientos preliminares sobre el concepto delito	124
3.2.2.2 Concepto legal de delito	128
3.2.2.3 Concepto jurisprudencial de delito	128
3.2.2.4 Concepto cultural de delito	128
3.2.2.5 Concepto dogmático-estructural de delito	129
3.3 Análisis de estructuras de la orden de aprehensión	
3.3.1 Consideraciones preliminares	132
3.3.2 Hecho determinado que la ley castigue con pena corporal	133
3.3.3 Elementos que integran el tipo penal	135
3.3.3.1 Concepto de tipo penal	136
3.3.3.2 Elementos objetivos	138
3.3.3.3 Elementos normativos	138
3.3.3.4 Elementos subjetivos	140
3.3.3.5 Elementos ocasionales	140
3.3.4 Cuerpo del delito	141
3.3.5 Hecho que la ley señale como delito	
3.3.5.1 Posturas sobre qué debe entenderse por “hecho que la ley señale como delito”	153
3.3.5.2 Posturas antagónicas sobre la sustitución del “cuerpo del delito” por la oración: “hecho que la ley señale como delito”	158
3.3.5.3 Toma de postura	161
3.4 Disfuncionalidad de la oración: “hecho que la ley señale como delito”	
3.4.1 Postura filosófica sobre el vocablo “hecho”	162
3.4.2 Posturas dogmático-jurídicas sobre el vocablo “hecho”	162
3.4.3 Postura semántica sobre el vocablo “hecho”	166
3.4.4 Postura sintáctica sobre el vocablo “hecho” en la oración: “hecho que la ley señale como delito”	168
3.4.5 Postura jurídica sobre el vocablo “hecho” en la oración: “hecho que la ley señale como delito”	169
 Capítulo 4. La teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni como paradigma para reconstruir el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México	
4.1 Teoría de la tipicidad conglobante	
4.1.1 Consideraciones preliminares	172
4.1.2 Construcción de la teoría de la tipicidad conglobante	
4.1.2.1 Esbozo de la tipicidad conglobante	173
4.1.2.2 Composición estructural de elementos de la teoría de la tipicidad conglobante	184
4.1.2.3 Sistematización estructural de la teoría de la tipicidad conglobante	191
4.1.2.4 Consolidación estructural de la teoría de la tipicidad conglobante	203
4.2 Sinopsis de la teoría de la tipicidad conglobante	
4.2.1 Integración de la tipicidad penal	215
4.2.2 Ubicación estructural de la tipicidad conglobante dentro de la tipicidad penal	216

4.2.3 Bases de la teoría de la tipicidad conglobante	217
4.2.4 Esquema de la teoría de la tipicidad conglobante	
4.2.4.1 Concepto de tipicidad conglobante	219
4.2.4.2 Estructura de la tipicidad conglobante	220
4.2.4.3 Elementos de la tipicidad conglobante	
4.2.4.3.1 Pragma	220
4.2.4.3.2 Conflictividad	222
4.2.4.3.3 La lesividad como elemento de la tipicidad conglobante	223
4.2.4.3.4 Imputación por dominabilidad	224
4.2.5 Objeto de la tipicidad conglobante	225
4.2.6 Función de la tipicidad conglobante	225
4.2.7 Funcionamiento de la tipicidad conglobante	227
4.2.8 Atipicidad conglobante	229
Capítulo 5. Reconstrucción del elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México	
5.1 Construcción del concepto jurídico	
5.1.1 Concepto del “concepto”	231
5.1.2 Construcción del “concepto”	232
5.1.3 Necesidad del concepto jurídico	233
5.1.4 Concepto de “concepto jurídico”	235
5.2 El “contexto” como imprescindible elemento central de comprensión e interpretación del concepto jurídico	
5.2.1 Problemática del concepto “contexto”	235
5.2.2 Justificación de la construcción del concepto “contexto”	244
5.2.3 Bases para la construcción del concepto “contexto”	244
5.2.4 Elementos para construir el concepto “contexto”	
5.2.4.1 Elementos generales	
5.2.4.1.1 La realidad	266
5.2.4.1.2 La cultura	267
5.2.4.1.3 La comunicación	268
5.2.4.2 Elementos de abstracción	
5.2.4.2.1 Modelo mental	269
5.2.4.2.2 Conector de conocimiento	270
5.2.4.2.3 Generador universal de interpretación congruente	271
5.2.4.2.4 Controlador conductual	271
5.2.4.2.5 Determinador de relevancias	272
5.2.4.2.6 Depuratorio de la comprensión de lo interpretado	273
5.2.4.3 Procedimiento de idealización	274
5.2.4.4 Procedimiento de formalización	275
5.2.5 Concepto de “contexto”	275
5.3 Reacomodo de elementos estructurales de la teoría de la tipicidad conglobante	
5.3.1 Justificación del reacomodo	275
5.3.2 Problemática de imprecisión en el concepto “bien jurídico”	276
5.3.3 Gradual descomposición estructural de los conceptos orden jurídico y orden normativo	279
5.3.4 Crítica a las bases de la teoría de la tipicidad conglobante	

5.3.4.1	Objeción al rechazo de la estructura de la conducta	282
5.3.4.2	Insuficiencia de la causalidad como aspecto externo de análisis de la conducta	284
5.3.4.3	El contexto como centro que da sentido a la prohibición contenida en el tipo penal	288
5.3.5	Problemática en la semántica de los elementos estructurales de la tipicidad conglobante	
5.3.5.1	Incompatibilidad semántica del concepto “pragma”	290
5.3.5.2	Inconsistencia semántica del concepto “dominio del hecho”	291
5.3.6	Imprecisiones estructurales del concepto “conflictividad”	292
5.3.7	Conceptos dispersados en la teoría de la tipicidad conglobante útiles para reconstruir el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México	
5.3.7.1	Espacio problemático	293
5.3.7.2	El contexto en la tipicidad conglobante	293
5.3.7.3	Juicio de congruencia	294
5.3.7.4	Patrones sociales de prudencia	295
5.3.8	Selección y reacomodo de elementos estructurales y conceptos de la teoría de la tipicidad conglobante	
5.3.8.1	Conflicto	
5.3.8.1.1	Generalidades del conflicto	295
5.3.8.1.2	Bases para la precisión del concepto “conflicto”	297
5.3.8.1.3	Elementos del conflicto	299
5.3.8.1.3.1	Actores del conflicto	299
5.3.8.1.3.2	Interés	301
5.3.8.1.3.3	Poder	302
5.3.8.1.3.4	Contexto y situación	304
5.3.8.1.3.5	Realidad e interpretación	305
5.3.8.1.4	Dinámica del conflicto	306
5.3.8.1.5	Generalidades sobre la estructura del conflicto	306
5.3.8.1.6	Clases de conflictos	308
5.3.8.1.7	Resolución del conflicto	310
5.3.8.1.8	Precisión del concepto “conflicto”	313
5.3.8.2	Lesividad contextual	313
5.3.8.3	El juicio de congruencia como base del juicio de contextualidad	315
5.4	Reconstrucción del elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México con base en el reacomodo de elementos y conceptos de la teoría de la tipicidad conglobante	
5.4.1	Apuntamientos preliminares	315
5.4.2	Construcción del concepto “conflicto contextual penal”	
5.4.2.1	Consideraciones generales	318
5.4.2.2	Elementos para la construcción del concepto “conflicto contextual penal”	320
5.4.2.3	Concepto de “conflicto contextual penal”	320
5.4.2.4	Función del concepto “conflicto contextual penal”	320
5.4.2.5	Funcionamiento del concepto “conflicto contextual penal”	
5.4.2.5.1	Consideraciones preliminares	321
5.4.2.5.2	Juicio de contextualidad penal	322

5.4.2.6 Sustitución del elemento estructural “hecho que la ley señale como delito” por “conflicto contextual penal”	325
Conclusiones	326
Bibliografía	332

Índice de tablas

	Pág.
1. Cronología de la construcción jurídica constitucional de la orden de aprehensión comprendida desde el 5 de febrero de 1917 hasta el 18 de junio de 2008	101
2. Esquema del tipo penal objetivo en la función sistemática y en la función conglobante	207
3. Sustitución del elemento estructural “hecho que la ley señale como delito” por “conflicto contextual penal”	325

Introducción

Este documento de tesis que representa el reporte de los resultados de la investigación científica, que se realizó como parte fundamental del desarrollo de competencias para la obtención del grado doctoral en derecho, tuvo su origen en una preocupación profesional y académica al respecto de los cambios que en materia constitucional impactaron la estructura conceptual y operacional de la orden de aprehensión como concepto, instrumento y recurso de actuación de las autoridades judiciales que en materia penal se relacionan con las vidas de las personas, quienes bajo la apariencia de justiciables, se vinculan a estos procedimientos y sobre todo, la congruencia de los signos que designan a esta figura como centro del quehacer estatal que hace sentir su fuerza coactiva sobre estas personas.

El planteamiento del problema consistió en que desde 1917 hasta 2008, en México el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión ha cambiado cuatro veces como sigue: 1) “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, 2) “elementos que integran el tipo penal”, 3) “cuerpo del delito” y 4) “hecho que la ley señale como delito”. Lo que en esta tesis se expone principalmente con los métodos histórico y comparativo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que regula la orden de aprehensión desde 1917 y con los datos de cada uno de los decretos que lo han reformado hasta 2008.

La hipótesis construida para resolver este problema fue la siguiente: La estructura constitucional de la orden de aprehensión en México involucionó por la disfuncionalidad conceptual de su principal elemento estructural consistente en la oración: “hecho que la ley señale como delito”. Lo que se corrige con la construcción jurídica del concepto “conflicto contextual penal” que funciona mediante el “juicio de contextualidad penal”.

Los objetivos generales de esta investigación fueron: 1. Precisar qué es una orden de aprehensión; 2. Analizar el significado del concepto delito exponiéndose para ello los postulados de la teoría del delito de los sistemas clásico, neoclásico, finalista, funcionalista teleológico y funcionalista normativista; 3. Examinar las estructuras: a) “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, b) “elementos que integran el tipo penal”, c) “cuerpo del delito” y d) “hecho que la ley señale como delito”, reguladas cada una en el mismo precepto constitucional (artículo 16); 4. Exponer la transición del elemento principal para librar (o no) una orden de aprehensión acorde con las cuatro estructuras indicadas; 5. Determinar que la oración: “hecho que la ley señale como delito” es semántica, sintáctica y jurídicamente disfuncional. Los objetivos específicos fueron: 1. Precisar cuál es la construcción jurídica de la orden de aprehensión; 2. Exponer cuáles son sus elementos estructurales; 3. Argumentar desde posturas teóricas y jurisdiccionales por qué entre esos elementos el principal ahora concierne a

la oración: “hecho que la ley señale como delito” y 4. Analizar cuatro enfoques: Filosófico, dogmático-jurídico, semántico y sintáctico, del vocablo “hecho”.

El documento se compone de cinco capítulos indexados con el sistema métrico decimal y divididos preponderantemente en temas y subtemas, así como de un apartado de conclusiones y concierne a una investigación en ciencia pura en la parcela de la lógica conceptual. Su desarrollo se hizo dentro de la dogmática jurídica con un enfoque totalmente cualitativo y con apoyo en fuentes documentales revisando la disfuncionalidad del requisito principal de la estructura de la orden de aprehensión en México y su consecuente involución, por lo que se argumenta la necesidad de solucionar ese problema y proponer las construcciones de un concepto jurídico semántica y sintácticamente funcional, con el instrumento conceptual necesario para operarlo dentro del procedimiento respectivo.

El capítulo primero se integra con un enfoque preponderantemente filosófico que analiza de manera central la esencia del derecho, su origen y necesidad, en el que se desarrolla inicialmente los principios categoriales y valores del derecho en general y posteriormente del derecho penal en particular; todo esto con la finalidad de identificar los conceptos fundamentales que sirvieron para construir las estructuras conceptuales que en esta tesis se proponen como solución a la problemática indicada.

Los objetivos del capítulo primero fueron: 1. Exponer la interdependencia inescindible entre la vida, el derecho y la cultura; 2. Posicionar a la seguridad jurídica como valor imprescindible y superlativo del derecho y 3. Argumentar lo valioso del derecho penal en un Estado democrático de derechos humanos.

En el capítulo segundo se expone el lenguaje ordinario y sus reglas de construcción elementales, con enfoque en la semántica y la sintaxis, para proceder a examinar el lenguaje jurídico y su relación con la subordinación a las reglas de construcción del lenguaje ordinario; lo que se realiza de manera exhaustiva, principalmente para exponer con claridad el planteamiento del problema de la investigación y sostener una firme argumentación de la porción de la hipótesis que corresponde a la siguiente: La estructura constitucional de la orden de aprehensión en México involucionó por la disfuncionalidad conceptual de su principal elemento estructural consistente en la oración: “hecho que la ley señale como delito”.

Los objetivos del capítulo segundo fueron: 1. Examinar el lenguaje desde el enfoque de sus funciones y objeto de estudio en la gramática; 2. Analizar los elementos del lenguaje a partir del signo lingüístico; 3. Exponer la morfología del lenguaje; 4. Establecer los elementos de la estructura de la oración; 5. Señalar cuáles son las borrosidades del lenguaje y 6. Exponer

lo que se requiere para la construcción del lenguaje jurídico en general y del lenguaje jurídico-penal, destacándose al respecto la importancia del “término fidedigno”.

El capítulo tercero se integra de manera principal con el diálogo entre diversos autores sobre la construcción jurídica de los conceptos: Orden de aprehensión, delito, tipo penal y cuerpo del delito, así como de la oración: “hecho que la ley señale como delito”; destacándose el debate sobre el significado y funcionalidad operacional de esta última oración y su equivalencia sostenida por algunos de ellos con el concepto cuerpo del delito. Postura que en esta tesis se rechaza categóricamente argumentándose además la disfuncionalidad conceptual de dicha oración y la consecuente involución de la estructura constitucional de la orden de aprehensión.

Los objetivos del capítulo tercero fueron: 1. Precisar qué es una orden de aprehensión; 2. Analizar el significado del concepto delito considerándose los postulados de la teoría del delito en los sistemas clásico, neoclásico, finalista, funcionalista teleológico y funcionalista normativista; 3. Examinar las estructuras: a) “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, b) “elementos que integran el tipo penal”, c) “cuerpo del delito” y d) “hecho que la ley señale como delito”, reguladas cada una en el mismo precepto constitucional (artículo 16); 4. Exponer la transición del elemento principal para librar (o no) una orden de aprehensión acorde con las cuatro estructuras indicadas; 5. Determinar la disfuncionalidad de la oración: “hecho que la ley señale como delito” desde los enfoques semántico, sintáctico y jurídico; 6. Establecer cuál es la construcción jurídica de la orden de aprehensión; 7. Exponer cuáles son sus elementos estructurales; 8. Argumentar desde posturas teóricas y jurisdiccionales por qué entre esos elementos el principal ahora concierne a la oración: “hecho que la ley señale como delito” y 9. Analizar cuatro enfoques: Filosófico, dogmático-jurídico, semántico y sintáctico, del vocablo “hecho”.

En el capítulo cuarto se expone la teoría de la tipicidad conglobante fundada por Eugenio Raúl Zaffaroni;* lo que se hizo hasta el extremo de identificar con claridad su desarrollo y cómo fue construida hasta consolidarla, obteniéndose de ella los elementos conceptuales que previo su reacomodo en esta tesis, fueron útiles para elaborar el concepto jurídico con el que se propone reconstruir el elemento principal de la orden de aprehensión en México y con ello argumentar el resto de la hipótesis de este trabajo, que atañe a corregir la involución de dicha estructura constitucional.

* Nota: Las obras de Zaffaroni utilizadas en esta tesis son: *Manual de Derecho Penal. Parte general* (1986); *Derecho Penal. Parte general* (2000); *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Tomo III* (2004) y *Manual de Derecho Penal. Parte general* (2005).

Los objetivos del capítulo cuarto fueron: 1. Estudiar la teoría de la tipicidad conglobante como base para proponer la construcción jurídica de un concepto con términos fidedignos que contenga los elementos semánticos y sintácticos suficientes para unificar su funcional comprensión, interpretación y aplicación respecto de cualquier tipo penal en lugar de la estructura: “hecho que la ley señale como delito”; 2. Realizar una sinopsis de la teoría de la tipicidad conglobante para comprender su estructura, sus bases, su concepto, su objeto, su función así como su funcionamiento y de ese modo posibilitar en esta investigación la selección de elementos útiles para la pretensión indicada; 3. Examinar el concepto pragma; 4. Estudiar el concepto conflictividad; 5. Analizar el concepto lesividad y 6. Exponer el concepto de imputación por dominabilidad.

En el capítulo quinto se construyó el concepto “conflicto contextual penal” como paradigma corrector de la involución de la estructura de la orden de aprehensión en México regulada constitucionalmente; también se hizo la construcción del instrumento conceptual para operarlo denominado: “juicio de contextualidad penal” así como del procedimiento respectivo. Para ello se requirió el apoyo documental que se consideró pertinente y sobre todo suficiente con prevalencia de la sinopsis de la teoría de la tipicidad conglobante y el reacomodo de algunos de sus elementos estructurales, con lo que se logró completar la argumentación de la hipótesis de esta investigación de forma exhaustiva y cuidadosa.

Los objetivos del capítulo quinto fueron: 1. Seleccionar los elementos conceptuales necesarios para la construcción jurídica; 2. Depurar los conceptos seleccionados para con ellos construir otros conceptos; 3. Estudiar el concepto de “concepto”; 4. Determinar la necesidad del concepto jurídico; 5. Exponer la problemática del concepto “contexto”; 6. Construir el concepto “contexto”; 7. Reacomodar el concepto de bien jurídico expuesto en la teoría de la tipicidad conglobante; 8. Exponer la insuficiencia de la causalidad como aspecto externo de análisis de la conducta estudiado en la teoría de la tipicidad conglobante; 9. Expresar la incompatibilidad semántica del concepto pragma; 10. Señalar la inconsistencia semántica del concepto dominio del hecho; 11. Indicar las imprecisiones conceptuales del concepto conflictividad expuesto en la teoría de la tipicidad conglobante; 12. Precisar el concepto de “conflicto” y 13. Estudiar el juicio de congruencia expuesto en la teoría de la tipicidad conglobante.

Finalmente, se presenta un apartado de conclusiones debidamente ordenado y los datos de la bibliografía así como de las demás fuentes de información utilizadas en esta investigación mediante el sistema de citación continental.

Capítulo 1. Principios categoriales y valores del derecho

1.1 La vida como origen y necesidad del derecho

1.1.1 Diferencia entre la vida y la existencia

El primer instante del ser de una cosa, que en otro sentido también se entiende como lo primordial en todo orden de relación cronológico, lógico y ontológico es lo que se denomina: principio.¹ Y si con esto converge la idea de que pensar categorialmente obliga a aclarar la visión del mundo en que se está inmerso,² entonces resulta imprescindible partir de la aclaración de que entre la existencia y la vida se halla una disimilitud sustancial en la que precisamente se fundamenta el origen del derecho y se justifica tanto su necesidad como su debida evolución.

Es obvio que la existencia es el presupuesto indispensable de la vida, sin embargo, de ningún modo alcanza el contenido tan excelso de esta última, pues existir significa encontrarse orgánicamente en algún espacio, ocuparlo, pero sin aptitudes para contextualizar; en cambio, vivir es superlativo a la simple ocupación orgánica de un lugar espacialmente perceptible. Así es, la vida implica desarrollo constante de la personalidad en contextos en los que el ser humano enfrenta múltiples y variadas relaciones, unas de modo necesario, otras de forma voluntaria y algunas más hasta de manera inevitable.

Por lo tanto, vivir es un estado de secuencias que inicia con la percepción, sigue con el conocimiento, después con la comprensión e interpretación, continúa con la memoria, luego con la experiencia y termina con la elección. De ahí que, por ejemplo, no puede estimarse como vida el estado existencial de un feto dentro del vientre materno o de quien se encuentra en un estado de coma permanente e irreversible (vegetativo), pues la congruencia situacional de esos supuestos sólo desvela en ambos una simple existencia orgánica, porque ninguno de ellos puede coherentemente ubicarse dentro de alguna de las secuencias indicadas.

¹ Cfr. MORALES HERNÁNDEZ, Manuel. *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (Compilación de aforismos jurídicos)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2009, p. 1.

² Cfr. GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios. *EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Cuarta edición. México, 2013, p. 84.

El ser humano existe como ser viviente porque posee un mundo íntimo³ que le permite pensar, desear, creer y querer, así como delimitar contextos y relaciones con otros seres humanos.

Por consiguiente, el valor básico de la vida se refiere directamente al modo sustancial de existir, del que depende la amplitud y posibilidad de desarrollo de las perfecciones humanas; por eso sin vida es imposible el conocimiento, la amistad, la experiencia estética, la religiosidad, etcétera.⁴ Y aunque vivir es una inversión de riesgo porque la vida es una sucesión de acontecimientos inesperados cargados de incertidumbre, inseguridad, sorpresa y misterio, sin embargo, si no se vive no se puede ser feliz.⁵

De este modo, vivir no es solamente existir, sino ocuparse, hacer, practicar; es un manejo de las cosas, un quitar y poner cosas. Por eso la vida es la no indiferencia y se tiene que hacer, ocuparse en algo, desarrollar actividades para vivir porque la vida plantea continuamente problemas vitales para ello los cuales hay que resolver; la vida hay que hacerla por eso es un quehacer y eso es precisamente vivir.⁶

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos se ha interpretado que el derecho a la vida protege no únicamente la permanencia funcional-biológica de un ejemplar de la especie *homo sapiens* sino de manera amplia la vida de una persona humana; la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo reconoció de modo explícito en el caso Niños de la Calle vs. Guatemala, donde determinó que tal derecho fundamental comprende no sólo que el ser humano no sea privado de la “vida” arbitrariamente sino que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.⁷

La propuesta de que el contenido del derecho a la vida se desdobra en dos partes: El derecho a no ser muerto y el derecho a vivir en condiciones humanas⁸ resulta acertada, pero sólo parcialmente.

³ Cfr. RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús. *DERECHOS HUMANOS*. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, 2011, p. 165.

⁴ *Apud.* Carlos Massini. *Ibidem*.

⁵ Cfr. SINAY, Sergio. *LA FELICIDAD COMO ELECCIÓN. La dicha posible más allá de las falsas ilusiones*. Editorial Paidós SAICF. Argentina, 2011, p. 187.

⁶ Cfr. GARCÍA MORENTE, Manuel. *LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFÍA*. Grupo Editorial Tomo, S.A. de C.V. México, 2006, pp. 398-400.

⁷ Cfr. RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús. *DERECHOS HUMANOS. Op. cit.*, p. 166.

⁸ *Ibidem. Apud.* Carlos Massini y Pedro Serna.

Así es, el derecho a no ser muerto tiene como único contenido solamente la existencia, la cual, con fundamentos de derecho también puede llegar a su fin en situaciones humanamente insuperables, por ejemplo, un aborto médico necesario o la eutanasia ante una enfermedad degenerativa incurable y físicamente dolorosa, como el cáncer en los huesos. En cambio, el derecho a la vida sí tiene como contenido exacto vivir en condiciones humanas y esto es lo que precisamente fundamenta el origen y justifica la necesidad del derecho: La seguridad jurídica a esas condiciones humanas.

Lo que es así porque en la vida social el derecho suministra la función de certeza así como de seguridad y no se puede prescindir de él.⁹ Y aunque el derecho no se toca, no se palpa, no se gusta, ni en su esencia es cognoscible por los sentidos al ser supra-sensible.¹⁰ Sin embargo, donde sí se halla el derecho, sin lugar a dudas, es precisamente en la supra-sensibilidad de la vida; por eso es acertada la afirmación de Agustín Basave en el sentido de que: “Si lo jurídico no está en la dimensión jurídica del hombre, no está en ninguna parte.”¹¹

1.1.2 Ejes fundamentales de la vida

La vida tiene dos ejes específicos, innegables y perpetuos que la fundamentan de modo congruente para considerarla precisamente eso: ¡vida! y no simple existencia orgánica; esos ejes son la dignidad y la felicidad, ambos indispensables para el ser humano, aunque cada uno de ellos asequible de manera distinta.

1.1.2.1 La dignidad

La categoría exclusiva que diferencia al ser humano del resto de las especies y, además, que constituye su esencia¹² es sin lugar a dudas la dignidad.

⁹ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica*. Editorial Porrúa, S.A. DE C.V. México, 2001, prólogo p. X.

¹⁰ *Ídem*, p. 7.

¹¹ *Ídem*, p. 8.

¹² Esencia: “Lo que define una cosa, lo que hace que algo sea algo. La esencia del hombre es aquello que lo define como hombre. Las propiedades esenciales de un objeto son aquellas que no podemos eliminar o modificar porque si lo hacemos ya no tenemos ese objeto. Puede haber libros de todos colores, pero no existen libros sin hojas. Puede haber mesas redondas, cuadradas, etc., pero no puede haber mesas sin tablero sobre el que poner cosas.” *Vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, Juan Carlos. *DICCIONARIO DE FILOSOFÍA*. Editorial EDAF, S.A. España, 2000, p. 170.

Por eso sólo es parcialmente sostenible que poseer memoria, inteligencia y voluntad es lo que diferencia al ser humano del resto de los seres creados,¹³ porque de esos tres elementos sólo la voluntad es el único que sí sostiene tal diferencia.

Así es, los animales también poseen memoria e inteligencia¹⁴ porque tienen cerebro que les provee tales funciones, sin embargo, carecen de capacidad de pensamiento como guía de decisión, que es lo que precisamente significa la voluntad.

Ahora bien, otras cualidades innegables que junto con la voluntad también diferencian al ser humano de las demás especies son: La imaginación y los ideales.

La imaginación es uno de los modos de pensar y con base en la experiencia anticipa juicios. Por su parte, los ideales son creencias, es decir, visiones anticipadas de lo venidero que influyen sobre la conducta en la medida en que se cree en ellos; su fuerza estriba en sus elementos afectivos y son instrumento natural de todo progreso humano.¹⁵

Y aunque hay seres humanos mentalmente inferiores al término medio de su raza, su tiempo y su clase social, incapaces de sobresalir por su ingenio, sus virtudes o sus obras;¹⁶ sin embargo, aun en esos casos la dignidad es la categoría exclusiva que diferencia al ser humano del resto de las especies.

El concepto dignidad es difícil de definir, pues su uso excesivo lo ha desgastado hasta el extremo de correr peligro de significar nada o casi nada;¹⁷ en su origen no se presenta como un concepto jurídico, ni político, pero suele entenderse como el fundamento de los derechos humanos según el hilo conductor de la historia de las ideas de Occidente hasta la actualidad,¹⁸ empero, esto no define dicho término.

Y es que definir el concepto dignidad se vuelve todavía más difícil cuando a partir de él se elaboran múltiples categorías conceptuales distintas entre sí,¹⁹ pues ese proceder

¹³ Cfr. OTERO PARGA, Milagros. *DIGNIDAD Y SOLIDARIDAD. Dos derechos fundamentales*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2006, p. 61.

¹⁴ Incluso la memoria e inteligencia de algunos animales es más notoria que la de otros, como la de perros o caballos de ciertas razas.

¹⁵ Cfr. INGENIEROS, José. *EL HOMBRE MEDIOCRE*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Decimotava edición. México, 2007, pp. 2-3.

¹⁶ *Ídem*, p. 24.

¹⁷ Cfr. OTERO PARGA, Milagros. *DIGNIDAD Y SOLIDARIDAD. Dos derechos fundamentales. Op. cit.*, p. 23.

¹⁸ *Ídem*, p. 40.

¹⁹ Al respecto, Milagros Otero Parga señala: "...la igualdad no siempre tiene que conducir a equiparar en número y cantidad, como tampoco la justicia se refleja necesariamente en la identidad de la relación. Creo que esta postura puede ser sustancialmente completada y aclarada mostrando una doble perspectiva de la dignidad que contribuye, sin duda, a aclarar el contenido de este concepto. Se refiere a la doble vertiente de dignidad ontológica y dignidad ética. La primera esto es la dignidad ontológica es la que tiene todo ser humano por el hecho de serlo. Es una situación de igualdad absoluta que viene determinada por el lugar que el ser humano ocupa dentro de la

obstaculiza llegar a una definición unívoca y, además, congruente con la situación de que el género al que es aplicable (ser humano) sólo es uno.

La dignidad constituye uno de los componentes más importantes del instinto de conservación,²⁰ sin embargo, puede definirse como la esencia universal que conforma completamente al ser humano como un fin para vivir con felicidad y no simplemente existir en el mundo. Lo que por añadidura ningún otro ser vivo, distinto del humano, puede siquiera llegar a comprenderlo.

Así, la dignidad se enarbola como fundamento de la vida del ser humano, adquiriéndola desde el momento de su existencia en el contexto. Y a partir de ese instante se refunden en él los derechos superlativos, inescindibles e indispensables que requiere para iniciar las secuencias de la vida y vivir en condiciones humanas.

Ahora bien, debe señalarse que el centro imprescindible para vivir en condiciones humanas es innegablemente el alimento, pues sin él la vida se vuelve imposible sin lugar a dudas.

De este modo, aun cuando se coincide con José Vasconcelos en que: “Pensar es la más intensa y fecunda función de la vida...”,²¹ como igualmente se sostiene que: “El tiempo no da la sabiduría, sino el pensar, como ejercicio constante.”²² Empero, es indiscutible que la posibilidad de alcanzar esa intensa y fecunda función de la vida denominada pensar se minimiza progresivamente cuando el cuerpo humano carece de alimento.

naturaleza. Desde este punto de vista los seres humanos son radicalmente idénticos y superiores al resto de los seres creados con independencia del comportamiento de cada uno [...] De acuerdo con la dignidad ética el ser humano es distinto según la bondad moral que haya acumulado por su libre y personal proceder con rectitud a lo largo del curso de su singular trayectoria vital [...] La dignidad puede ser entendida por los demás, esto es dentro de la perspectiva externa (poderes del Estado o individuos,) desde una doble vertiente, la ontológica y la ética. La primera es aquella que tiene todo ser humano por el hecho de serlo. Mientras que la ética solo la tienen aquellos seres que la buscan. No está dentro de la naturaleza o al menos no se manifiesta directamente como la otra forma. Es preciso que el ser humano que quiere ser digno la muestre a los demás y a sí mismo. Es precisa una conducta activa de búsqueda permanente. Y por eso algunos seres humanos son más dignos que otros.” (Énfasis añadido). Vid. OTERO PARGA, Milagros. *DIGNIDAD Y SOLIDARIDAD. Dos derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 30-34.

²⁰ Cfr. KELSEN, Hans. *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. 13ª. Edición. Traducción del original en alemán Roberto J. Vernengo. México, 2003, p. 42.

²¹ Cfr. TORRE LÓPEZ, Fernando. MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. *Apud*. José Vasconcelos. *REDACCIÓN JURÍDICA*. Editorial Esfinge, S. de R.L. de C.V. México, 2003, p. 33.

²² Cfr. AGUILAR DEL TORO, José Daniel. *Análisis del delito de daño en propiedad ajena, culposo, tipificado en el Código Penal del estado de Nuevo León*. En: *LETRAS JURÍDICAS. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*. Universidad de Guadalajara. Número 6, Primavera de 2008, p. 14. Página web: <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-06-primavera-marzo-septiembre-de-2008> (consulta: 2 de mayo de 2016).

Y es que si el pensar sólo es posible cuando se es dueño de uno mismo a través de las virtudes morales,²³ es indudable que con el estómago vacío todo el cuerpo humano se inhibe y se debilitan las funciones motrices, pero más aún las del cerebro, pues el ser humano con hambre obviamente es incapaz de pensar una vida de felicidad, aunque sí es capaz de cualquier conducta para superar dicha hambre y más aún si quien la padece se trata de un hijo que por sí mismo es incapaz de subsistir.

El hambre es el modo más humillante y miserable como puede llegar a su final la existencia del ser humano. Esto es así porque impacta directa y profundamente su dignidad hasta el extremo de reducirlo a la más radical posición de desigualdad en relación con otros seres humanos, incluso, en ocasiones, lo sitúa por debajo de algunos animales que tienen mejor asegurada su existencia como mascotas de personas que viven en condiciones humanas afortunadas.

Por eso la desigualdad más inaceptable entre los seres humanos es la provocada por el sufrimiento de padecer hambre para imponer el poder, como sucedió en Auschwitz,²⁴ pues es

²³ Cfr. ZAGAL, Héctor. *FELICIDAD, PLACER, VIRTUD. La vida buena según Aristóteles*. Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V., bajo el sello editorial ARIEL M.R. México, 2013, p. 166.

²⁴ Al respecto, Olga Lengyel, una sobreviviente de Auschwitz narra: “Más difícil resultó el problema de los platos. El segundo día recibimos unas veinte vasijas... ¡veinte recipientes para mil quinientas personas! Cada recipiente tenía una capacidad de litro y medio. Nos dieron además una cubeta y un perol con capacidad de cinco litros. La interna que fue elegida jefa de la barraca, o *blocova*, destinó inmediatamente el perol a evacuatorio. Sus camaradas se apoderaron en el acto de los demás recipientes para el mismo uso. ¿Qué podíamos hacer las demás? Parecía que los alemanes se proponían en todo momento enfrentarnos unas con otras, haciéndonos la vida pesada, aborrecible y despreciable. Por la mañana, teníamos que conformarnos con limpiar las vasijas lo mejor que podíamos para poner en ellas nuestras mezquinas raciones de azúcar de remolacha o margarina. Los primeros días, nuestros estómagos se sublevaban ante la idea de utilizar lo que en realidad no eran más que bacinicas por la noche. Pero el hambre obliga, y estábamos tan agotadas que éramos capaces de comer cualquier clase de alimento. No podíamos evitar utilizar los recipientes para la comida. Durante la noche, muchas teníamos que emplearlos en secreto para aquellos menesteres. Sólo se nos permitía ir a los retretes dos veces al día. ¿Cómo íbamos a poder aguantar? Por apremiante que fuese nuestra necesidad, si salíamos por la noche corríamos el peligro de ser atrapadas por las SS, quienes tenían órdenes de disparar primero y preguntar después. Hasta dos días después de quedar instaladas en las *koiás*, recibimos nuestra primera comida matutina... que sólo era una taza de cierto líquido insípido y negruzco, al que pomposamente llamaban ‘café’. A veces nos daban té. A decir verdad, apenas se advertía diferencia entre las dos bebidas. No estaban azucaradas, aunque en eso consistía toda nuestra comida, sin una miga de pan, mucho menos un miserable mendrugo. Al medio día tomábamos sopa. Era difícil averiguar cuáles eran los ingredientes que integraban aquella pócima. En circunstancias normales, hubiese sido absolutamente imposible tragársela. Su olor resultaba repugnante. A veces, no teníamos más remedio que taparnos las narices para poder consumir nuestras raciones. Pero había que comer, y teníamos que dominar nuestro asco. Cada mujer se tragaba el contenido de la vasija que le tocaba de un golpe...porque, dicho sea de paso, no teníamos cuchara...como niños que pasan una medicina amarga. Lo que integraba la sopa variaba, indudablemente, en conformidad con la estación. Pero el sabor era siempre el mismo. Allí había sopas de ‘sorpresa’. En aquel líquido pescábamos de todo: botones, marañas de pelo, hilachas, latas, llaves, y hasta ratones. Un buen día, alguien encontró ¡un pequeño alfilerero, en el cual había hilo y unas cuantas agujas! Por la tarde recibíamos el pan nuestro de cada día, una ración de seis onzas y media. Era pan negro con una proporción extraordinariamente alta de serrín. Resultaba doloroso e irritante para las encías, que se nos habían ablandado por la mala alimentación. La carencia total de cepillos de dientes y de dentífricos, por no decir nada del uso asqueroso de los recipientes, hubiese hecho inútil cualquier tratamiento. Además de la ración diaria de pan, recibíamos por la noche un poquitín de compota de remolacha o una cucharada de margarina. Como favor excepcional, nos daban a veces una rebanada, más delgada que el filo de un cuchillo, de salchichón de origen sumamente dudoso [...] al ver el perol, algunas mujeres no eran capaces de dominarse y se abalanzaban sobre la bazofia, como animales que luchan por su vida. El líquido que contenía el perol era vertido en las veinte vasijas de cada barraca. Cada vasija era a su vez repartida entre las ocupantes de una *koiá*. La cuestión de quién sería la primera daba pie a muchas trifulcas. Por fin se estableció un sistema. La que ocupaba el primer puesto, o a la que se le concedía, cogía la vasija bajo los ojos ansiosos de sus diecinueve vecinas de *koiá*. Celosamente iban contando ellas cada trago, vigilando el más mínimo movimiento de su nuez y de su garganta. Cuando había consumido los tragos que le correspondían, la segunda le arrebatava la cacerola de las manos y trasegaba vorazmente su ración de pestilente líquido. ¡Qué espectáculo más bochornoso! Porque nadie conseguía calmar su hambre. Sólo había una cosa que me desconcertaba más que eso; era ver a una mujer buena e inteligente agacharse sobre un charco de agua y beber con ansiedad para aplacar su sed. No podía ignorar el peligro que corría al beber aquel líquido impuro, pero muchas

innegable que el hambre debilita al ser humano y lo conduce a la angustia, a la desesperación, a la decepción, a la depresión, al conflicto, a la violencia y por supuesto al caos. De ahí la necesidad de que el derecho asegure la dignidad y más prioritariamente desde cualquier situación que pueda exponerla o trastocarla a partir de su centro, es decir, del alimento.

Ahora bien, la dignidad no se agota con lograr vivir en condiciones humanas, pues, por paradójico que parezca, supera el límite de la existencia orgánica del ser humano hasta el extremo de trascender su muerte. Así sucede de ordinario y en modo más intenso durante las 72 horas siguientes cuando el cadáver todavía no está rígido y sus tejidos permanecen sin mutar a un estado orgánico radical diverso (que comienza con la descomposición y termina en un esqueleto o en cenizas en caso de incineración).

Y es que desde un enfoque objetivo se considera que el cadáver humano es una cosa que innegablemente puede utilizarse para fines científicos, médicos o forenses cuando de ordinario no está destinado a la sepultura o la incineración. Sin embargo, se estima que aun así dicho cadáver de cualquier modo continúa conservando la dignidad, aunque ciertamente ya no como esencia sino de manera contextual.

En consecuencia, el contexto es el único enfoque con alcance suficientemente idóneo para evidenciar sin incongruencias por qué el cadáver humano conserva la dignidad y hasta cuándo, pero no sólo eso, sino que también llega hasta el extremo de justificar la especial regulación del derecho penal²⁵ sobre los lugares u objetos que más conciernen al acto de sepultarlo así como de los actos ejecutados en él o en restos humanos, de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia (considerándose en este último el coito). Supuestos en los que el bien jurídico regulado es concretamente el respeto a la dignidad, pues si eso no se comprendiera así entonces el tipo penal relativo carecería de coherencia teleológica sin lugar a dudas.²⁶

prisioneras habían caído ya tan bajo que todo les resultaba totalmente indiferente. La muerte no significaba más que una liberación.” *Vid.* LENGYEL, Olga. *LOS HORNOS DE HITLER*. Editorial Planeta Mexicana, S.A. de C.V. México, 2014, pp. 84-87.

²⁵ El artículo 281 del Código Penal Federal dispone: “Artículo 281.- Se impondrá de uno a cinco años de prisión: I.- Al que viole un túmulo, un sepulcro, una sepultura o féretro, y II.- Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años.” *Vid.* www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_180716.pdf (consulta: 18 de noviembre de 2016).

²⁶ Una de las explicaciones más exhaustivas de los tipos penales previstos en las fracciones I y II del artículo 281 del Código Penal Federal, la expresa René González de la Vega quien señala que las formas más graves de vulneración del debido respeto tanatológico se encuentran en el citado artículo, en las fracciones indicadas. A su vez dice que es exigible, como presupuesto, que los túmulos (“ ‘Sepulcro levantado de la tierra’ ”), los sepulcros (“ ‘Obra para dar sepultura a un cadáver o urna o andas cerradas’ ”), las sepulturas (“ ‘Hoyo que se hace en la

1.1.2.2 La felicidad

Comprender que la existencia llega a su término y que no se está en el mundo sólo para conservarla sin dirección ni elección es el fundamento para buscar constantemente la felicidad. Horizonte que ni los animales ni las plantas entienden aun cuando es obvio que también su existencia tiene un inicio y un fin.

El 4 de julio de 1776 se anunció la declaración de independencia de las trece colonias de lo que ahora es Estados Unidos de Norteamérica y con ello éstas alcanzaron su libertad de la metrópoli que las gobernaba, es decir, de Inglaterra.²⁷

Los nuevos Estados redactaron sus constituciones y fueron cuidadosos al incorporar un capítulo dedicado a las garantías individuales (Bill of Rights), en el que querían proteger los derechos naturales o inalienables de las personas y entre ellos consideraron como tal uno muy peculiar: La búsqueda de la felicidad.²⁸

Así, la idea de que el ser humano no es un medio sino un fin se sostiene desde el enfoque de que no puede ser considerado como una cosa, es decir, cosificado. Por eso se coincide con Agustín Basave en que: “La persona humana tiene la dignidad de ser un fin –esto lo advirtió, muy claramente Kant–, y nunca debe emplearse como medio, como instrumento.”²⁹ Sin embargo, eso sólo postula la primera parte, lo correspondiente al porqué no es un medio.

tierra para enterrar un cadáver’ ”) y los féretros (“ ‘Caja o andas en que se llevan a enterrar a los difuntos’ ”), deben contener cadáver o restos humanos y la violación debe darse por cualquier medio físico porque no basta una señal o signo moral de desprecio, pues de lo contrario se estaría ante una conducta de mero daño en propiedad ajena. En relación con la profanación considera que ésta debe ser, por parte del agente, con *animus injuriandi*, dado el bien jurídico regulado en ese Título del Código Penal Federal; como ejemplo expone que si se mutilara un dedo para apoderarse de un anillo, entonces se estaría ante una conducta de robo y su medio comisivo. Ahora bien, dicho autor señala que aun cuando el vilipendio consiste en la “ ‘Denigración de una persona’ ” y en el caso ya no se trata de una persona, sin embargo, la “conducta punible” se configuraría, pero por cualquier acto de desprecio o falta de estima. Y en relación con la necrofilia expone que “ ‘Constituye una aberración mental, consistente en una atracción morbosa, de orden sexual, hacia los cadáveres’ ”. Sobre el concepto coito el autor citado remite a definiciones contenidas en el apartado de tutela penal de la vida sexual, de la misma obra. Y finalmente expone que el ser humano hasta en la condición de cadáver merece respeto porque simple y llanamente es irrepetible y se perdió una identidad específica. *Vid.* GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. *TRATADO SOBRE LA LEY PENAL MEXICANA. Política, Comentarios, Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina en torno al Código Penal Federal y Leyes Federales para prevenir y sancionar la tortura; contra la delincuencia organizada y legislación sobre menores infractores*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2003, tomo III, pp. 338-345.

²⁷ *Cfr.* LAN ARREDONDO, Arturo Jaime. *SISTEMAS JURÍDICOS*. Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, 2008, pp. 80-81.

²⁸ *Ídem*, p. 80. *Apud.* Paul Todd Lewis y Merle Curti.

²⁹ *Cfr.* BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, p. 562.

Y es que la segunda parte de esa idea, que concierne a que el ser humano es un fin, tiene su centro sin lugar a dudas en el concepto felicidad, el cual es el único eje que de modo exclusivo y contundente fundamenta el sentido de la vida como un fin.

Ciertamente, la mayor miseria del ser humano es ignorar por qué nace, sufre y muere,³⁰ lo que puede volver la vida una carga deprimente o hasta sin sentido.

Se dice que ser persona es estar en relación con el mundo o ser-en-el-mundo,³¹ sin embargo, eso es insuficiente para sostener tal afirmación porque los animales y las cosas también están en relación con el mundo al existir igualmente en el contexto.

En cambio, vivir en relación con el mundo es muy distinto, pues implica una relación con sentido, con propósito, con finalidad. Por lo que al igual que la dignidad, lo único que diferencia al ser humano de otras especies en sus relaciones con el mundo es que sólo él busca un fin en ellas. Y es en esa búsqueda donde precisamente se fundamenta el sentido de la felicidad y de donde únicamente puede sostenerse la idea de que el ser humano es un fin. Lo que por supuesto no cabe considerar para las demás especies en el mundo.

El ser humano está comprometido a tomar posición porque la vida obliga a tomar decisiones.³² Por eso se coincide con la postura de Agustín Basave en que: “El fin del hombre es la felicidad y no puede querer como fin ultimo (sic) más que la felicidad. Pero la felicidad, está en el Bien saciante. Y ese Bien saciante no puede ser más que Dios.”³³ Sin embargo, se considera que la felicidad no está exclusivamente en Dios sino también en la posibilidad de pensar con libertad un ideal y lograrlo con congruencia entre las facilidades y ante las adversidades del contexto.

Y aunque en lo único que el ser humano es igual es en su dignidad, empero, no lo es ni en su físico ni en su mente y, por ende, tampoco en su pensamiento, imaginación e ideales, por eso aquí sí resulta insostenible la afirmación de Agustín Basave en el sentido de que: “Todos los seres humanos tenemos las mismas debilidades y las mismas aspiraciones a la felicidad.”,³⁴ pues se coincide con lo expresado por Sergio Sinay quien señala:

³⁰ *Ídem*, p. 4.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ídem*, p. 16.

³³ *Ídem*, p. 572.

³⁴ *Ídem*, p. 561.

“El único problema es que el planeta tiene hoy más de 6.000 millones y medio de habitantes y, al no haber dos iguales, cada uno de ellos es o será feliz por una razón propia, única, intransferible y a menudo inenarrable [...] la felicidad sigue siendo una sensación a la que una minoría de personas equilibradas accede mientras la infelicidad cunde como pandemia en un planeta cada vez más desorientado.”³⁵

La felicidad está ligada íntimamente a la sensibilidad, carácter y personalidad de cada uno,³⁶ por lo que una felicidad puede sentirse si proviene de la historia propia o de la situación personal de conseguir hacer realidad una representación, es decir, un sueño.³⁷

Así pues, la felicidad es el convencimiento auténtico y personalísimo de vivir de modo congruente con la motivación que cada uno elige dar a su existencia, por eso a lo único que la felicidad está sujeta es precisamente a ese convencimiento auténtico ¡y nada más! Postura que tiene coherencia con la expuesta por Juventino V. Castro quien señala:

“...el hombre se educa para que pueda manejar congruentemente su dinámica; ésta le permite motivarse, trascender y alcanzar sus fines, que es la más corta definición del vivir; obtenida esta vivencia, se está en la posibilidad de aceptar sus afectos y llenar sus deseos; y cuando esto se logra con integridad se obtiene la felicidad, que para todos los seres humanos es individual y personalísima.”³⁸

Una persona es feliz cuando está en camino de una ejecución afortunada sobre un proyecto racional de vida, pensado en condiciones favorables, con la confianza razonable de poder realizarlo, pues efectivamente se es feliz cuando un proyecto racional propio se desenvuelve bien; cuando las aspiraciones más importantes se cumplen y cuando se está seguro, con razón, de la continuidad de la buena fortuna.³⁹

³⁵ Cfr. SINAY, Sergio. *LA FELICIDAD COMO ELECCIÓN. La dicha posible más allá de las falsas ilusiones. Op. cit.*, p. 135.

³⁶ Cfr. LENOIR, Frédéric. *SOBRE LA FELICIDAD. Un viaje filosófico*. Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V., bajo el sello editorial ARIEL M.R. Traducción Malika Embarek López. México, 2014, p. 65.

³⁷ Cfr. SINAY, Sergio. *LA FELICIDAD COMO ELECCIÓN. La dicha posible más allá de las falsas ilusiones. Op. cit.*, p. 187.

³⁸ Cfr. CASTRO, Juventino V. *GARANTÍAS Y AMPARO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Décima tercera edición. México, 2004, p. 93.

³⁹ Cfr. RAWLS, John. *TEORÍA DE LA JUSTICIA*. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición en español. México, 1995, p. 495.

Por eso lo que de manera exclusiva impulsa de modo constante a buscar la felicidad es vivir precisamente con el convencimiento de no haberla obtenido, el cual, además, siempre está expuesto a la parte antagónica de la felicidad, es decir, a la envidia.

La envidia es la más lamentable entre todas las características de la condición humana porque el envidioso desea hacer daño y lo hace siempre que puede, pues sufre por lo que los demás tienen,⁴⁰ de modo que la envidia es el necesario sufrir del bien ajeno, de la dicha ajena o de cualquier culminación ajena, por lo que es precisamente en ese sufrimiento donde se encuentra el núcleo de la envidia, sin que baste ser inferior para envidiar, ya que todo ser humano lo es de alguien en algún sentido.⁴¹

Ahora bien, la dignidad siempre debe ser considerada como el principal eje de partida hacia el propósito de lograr la felicidad. Sin embargo, entre uno y otro eje se hallan diversos valores que requieren ser garantizados indispensablemente por el derecho. Esto es así porque para desarrollar de modo constante la personalidad dentro de contextos y enfrentar las múltiples y variadas relaciones que confluyen en ellos se requiere de elementos imprescindibles que en su conjunto deben ser asegurados con congruencia y efectividad. Y es ahí donde el derecho reafirma el fundamento de su origen y justifica su necesidad, en proporcionar seguridad jurídica a la vida para enfrentar esas relaciones y confluencias.

Por lo tanto, una vez identificados cuáles son los principios categoriales del derecho: que consisten en la dignidad y la felicidad, sigue entonces establecer con claridad cuáles son sus valores fundamentales.

1.2 Valores fundamentales del derecho

1.2.1 El derecho como estructura valiosa

La afirmación de que un valor es una construcción racional y no el fruto de una necesidad natural⁴² se desvanece ante el derecho, pues éste es, por una parte, una construcción racional-cultural y, por otro lado, el fruto de una necesidad natural: regular la vida. De ahí que

⁴⁰ Cfr. RUSSELL, Bertrand. *LA CONQUISTA DE LA FELICIDAD*. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A. de C.V. Traducción: Juan Manuel Ibeas. México, 2006, p. 79.

⁴¹ Cfr. INGENIEROS, José. *EL HOMBRE MEDIOCRE*. *Op. cit.*, p. 107.

⁴² Cfr. LENOIR, Frédéric. *SOBRE LA FELICIDAD. Un viaje filosófico*. *Op. cit.*, p. 49.

el derecho es valioso por ser lo único que con certeza puede dar orden a la vida, pues la vida sin orden sólo es existencia caótica segura.

Lo que es así porque el derecho es una estructura de vida social y sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta saturada de valor o impregnada de disvalor.⁴³

Ahora bien, el término valores, así en plural, aunque pueda resultar paradójico, remite a un ámbito más estrecho que su singular valor, pues este último es un término conocido de antaño en la matemática, la economía y el antiquísimo arte de la guerra; mientras que el primero se relaciona sobre todo con la moral, con las costumbres, con la ética y con la cultura. De ahí que el término valores como sinónimo de virtudes, fines, ideales o bienes, no designa lo mismo que el diverso término valor.⁴⁴

Hasta finales del siglo XIX las cosas tenían valor y a partir de esto cada vez más las cosas son valores.⁴⁵ Con la moda del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, instituciones jurídicas como la familia, el matrimonio o la protección superior del menor han llegado hasta extremos que en el siglo pasado eran simplemente inimaginables o cuando menos jurídicamente insostenibles.

Es indudable que hasta el siglo XX, la familia y, por ende, el matrimonio, se conformaba con un hombre (nacido con testículos y pene) y una mujer (nacida con vagina), lo que ahora quedó superado por uniones legales de personas de identidad sexual multiforme o sexualmente multiformes, quienes para lograr plenamente su libre desarrollo de la personalidad incluso pretenden llegar a impactar más instituciones jurídicas, por ejemplo, la adopción.

Por lo que temas como éste o como el del daño psicológico que en este siglo XXI comienzan a encumbrarse más como pretexto para abusar del derecho que como pretensión para obtener su protección, es lo que conduce a que se coincida con Armando Menéndez en el sentido de que: "...ya no es pertinente investigar por qué algo tiene valor y cuánto, sino preguntarse qué hace de algo un valor y si este valor es superior o inferior a otros."⁴⁶ Sin

⁴³ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, pp. 11-16.

⁴⁴ Cfr. MENÉNDEZ VISO, Armando. *LAS CIENCIAS Y EL ORIGEN DE LOS VALORES*. Siglo XXI de España Editores. España, 2005, pp. 3-9.

⁴⁵ *Ídem*, p. 10.

⁴⁶ *Ibidem*.

embargo, nunca debe ignorarse que, epistémicamente, la persona humana es la fuente de los valores.⁴⁷

Así pues, por valor fundamental del derecho se entiende el elemento imprescindible y superlativo que sostiene la estructura de éste como ningún otro elemento lo hace.

1.2.2 La cultura como valor fundante del derecho

El término cultura significa cultivo y su origen es agrario, siempre lleva la huella de lo específicamente humano, es decir, la inteligencia, la voluntad y sentimientos superiores, por lo que al tratarse de algo específicamente humano, como tal es precedero.⁴⁸ Sin embargo, a pesar de esto último, la cultura es, paradójicamente, un valor fundante del derecho porque es imprescindible para crearlo y superlativa para comprenderlo, interpretarlo correctamente y aplicarlo así mismo.

Por lo que si la vida es también y de manera eminente cultura,⁴⁹ entonces, por consecuencia, el derecho es de igual modo un producto eminentemente cultural, que sirve a la cultura pero que al mismo tiempo se sostiene de ella hasta el extremo de que sin la cultura el derecho no existiría. Por eso es acertado lo que afirma Agustín Basave en el sentido de que:

“La cultura discurre dentro de un marco jurídico y es protegida y ordenada por el Estado de Derecho. Como protagonista de la cultura, el hombre la crea y la vive. El Derecho positivo es un producto cultural, pero ese producto cultural de naturaleza jurídica sirve para dar cauce debido, para reglamentar las actividades culturales orientadas a construir y no a derruir la civilización. El Derecho positivo como producto cultural no es estático sino que cambia y se modifica según las situaciones y circunstancias que reciban ese producto de la cultura.”⁵⁰

Así pues, se sostiene que la cultura es un valor fundante del derecho porque es imprescindible y superlativa a él, aunque paradójicamente éste también le es necesario para ordenarla positivamente. Una dualidad indisoluble.

⁴⁷ Cfr. GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios. *EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA*. *Op. cit.*, p. XXV.

⁴⁸ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO*. *Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica*. *Op. cit.*, p. 547.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ídem*, p. 553.

Y es que la ciencia del derecho es una ciencia de la realidad, no física ni psíquica, sino cultural⁵¹ y la manera de comunicarla es mediante un elemento precisamente cultural denominado lenguaje, pues entre éste y la cultura existe una relación de intercambio recíproco ya que el lenguaje también es un producto cultural porque refleja en parte una cultura pero también es condición de ella y contribuye a crearla, de modo que la cultura es condición del lenguaje pero también éste es condición de aquélla.⁵² Por lo que la cultura es el filtro interpretativo de la norma jurídica, así que entre el sujeto y el objeto la realidad está mediada por la cultura.⁵³

1.2.3 La seguridad jurídica como valor imprescindible del derecho

El ser humano por naturaleza pretende constantemente la seguridad. Saber y sentir seguridad de conservar la integridad física y la libertad es lo principal para vivir en condiciones humanas, pues la vida es una confluencia de continuas relaciones en contextos en los que permean la incertidumbre y el peligro, incluso, ante su más congruente previsibilidad.

Es innegable que el ser humano desde que nace necesita seguridad para enfrentar relaciones en contextos. Seguridad que implica la protección y el cuidado de su integridad corporal, lo que inicia básica y concomitantemente con el alimento y el aseo, los cuales es obvio que un recién nacido no puede obtenerlos por sí mismo pero que cada ocasión que se le proveen tiene una vivencia de lo que significa la seguridad de ellos, la cual por supuesto desarrolla paulatinamente hasta el extremo de llegar al conocimiento de dos conceptos indisolubles de la seguridad: El orden y la autoridad.

De este modo, la idea del orden inicia cuando alguien actúa en oposición al modo ordinario, natural y culturalmente congruente de un contexto, lo cual por lo general comienza desde los primeros meses de vida cuando ya se es capaz de mover objetos y proyectarlos al suelo; desplazarse por lugares con riesgo de peligro para la integridad física o llevarse a la boca alimentos o cualquier otro objeto de fácil alcance, que es lo más común en esos primeros meses; pues es así como el ser humano empieza a actuar en oposición al contexto desde esa

⁵¹ Cfr. SOBREYRA Y SILVA, Ignacio Soto. *TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA*. Apud. Miguel Reale. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1997, p. 113.

⁵² Cfr. CONESA, Francisco y NUBIOLA, Jaime. *FILOSOFÍA DEL LENGUAJE*. Empresa Editorial Herder, S.A. Segunda edición. España, 2002, p. 25.

⁵³ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. España, 2007, p. 201.

etapa. Por eso se coincide con José Ingenieros quien apunta que: “El niño desarróllase como un animal de la especie humana, hasta que empieza a distinguir las cosas inertes de los seres vivos y a reconocer entre éstos a sus semejantes.”⁵⁴ Sin embargo, paradójicamente, también es así como el ser humano comienza a aprender en qué consisten los conceptos de orden y de autoridad, cuando quien está a cargo de su seguridad tiene que volver a restablecer el contexto e indicarle el porqué de ello cada que sea necesario hasta que llegue a comprenderlo.

Y es que en el niño lo principal es jugar, esto es, moverse, explorar y atender su curiosidad para de esa forma adaptarse y aprender el medio que lo rodea,⁵⁵ por lo que los comienzos de su educación son dirigidos por las personas que le rodean y en ello ciertamente se torna decisiva la influencia del medio.⁵⁶

Así que el primer conocimiento que el ser humano tiene sobre el concepto de seguridad es de ordinario dentro del contexto de la familia y con motivo de satisfacerle necesidades básicas de alimentación, aseo y cuidado de su integridad corporal, las cuales es obvio que desde que nace no puede por sí mismo proveérselas sino hasta que su desarrollo físico y mental en conjunto con sus propósitos y habilidades se lo permiten paulatinamente.

Dicho estado de seguridad el ser humano siempre lo busca y lo continúa aprendiendo acorde con el incremento de sus vivencias en los contextos, por ejemplo, dentro de las aulas escolares, en los convivios con la familia o con los vecinos, en las relaciones del trabajo, en los viajes, en los espacios abiertos como las calles, las plazas públicas y las playas, en los espacios cerrados como los elevadores y el transporte público, en las dependencias de gobierno, en fin, en todo aquello que implica la necesidad de protegerse para vivir en contextos, pues como apunta Agustín Basave: “Gracias a la seguridad podemos estudiar, trabajar, ahorrar para el porvenir y proyectar. Gracias a ella nuestra vida no se disuelve en una pluralidad de momentos angustiantes y podemos cumplir continuamente la vocación.”⁵⁷

Por lo que si para enfrentar todas esas múltiples relaciones es suficiente que el ser humano cuente con una noción culturalmente básica de cómo guiar su conducta en los contextos, empero, para saber con certeza cómo y con qué consecuencias enfrentarlas, es

⁵⁴ Cfr. INGENIEROS, José. *EL HOMBRE MEDIOCRE. Op. cit.*, p. 32.

⁵⁵ Cfr. CASTRO, Juventino V. *GARANTÍAS Y AMPARO. Op. cit.*, p. 92.

⁵⁶ Cfr. INGENIEROS, José. *EL HOMBRE MEDIOCRE. Op. cit.*, p. 32.

⁵⁷ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, p. 24.

decir, a qué atenerse en ellos, con lo único que cuenta de modo cierto es con la seguridad jurídica que sólo el derecho positivo puede proveer.

Así es, el derecho es una ciencia de aplicación⁵⁸ e igualmente es expresión normativa de la seguridad,⁵⁹ por lo que la certeza como concepto de un saber a qué atenerse debe basarse en la seguridad toda vez que el ordenamiento jurídico responde a la necesidad ineludible de un régimen estable y a la eliminación de cuanto signifique arbitrariedad,⁶⁰ así que gracias al ordenamiento jurídico cada quien sabe a qué atenerse.⁶¹ Por lo que al respecto es acertado lo que apunta Ignacio Soto Sobreyra en el sentido de que: “La seguridad y certeza jurídicas, deben crear y recrear, siempre de modo creciente un clima de bienestar y tranquilidad y para ello, no basta únicamente contar con sabios preceptos que empero no se encarnan en la realidad cotidiana.”⁶²

Por eso la seguridad jurídica es el segundo de los valores fundamentales del derecho, dada una dualidad inseparable que consiste en lo siguiente: Sólo el derecho es estructuralmente idóneo para proveerse y proveer seguridad jurídica, pero a su vez, la seguridad jurídica es lo único que exclusivamente puede sostener la idea del derecho como estructura útil para la vida en sociedad.

La seguridad del derecho mismo significa la garantía de su posibilidad de conocimiento, de su operatividad y de su aplicabilidad, por lo que en ese sentido hay seguridad por medio del derecho únicamente cuando él mismo ofrece certeza.⁶³

Así pues, para que el derecho sea seguro requiere de tres momentos: Positividad, es decir, que esté fijado de la manera más exacta posible a través de la ley; que sea practicable, esto es, que las situaciones jurídicamente relevantes tienen que ser reconocibles, en la medida de lo posible, libres de error, lo que implica que el derecho debe evitar una tipificación vaga y una configuración muy formal y estricta; por último la invariabilidad, que significa que el derecho debe tener permanencia o durabilidad en oposición a cambiarlo de una forma fácil, aunque sin ignorar que la exigencia de inmutabilidad del derecho puede ocasionar conflicto de intereses en la idea del mismo, pues ciertamente una norma defectuosa debe cambiarse lo más

⁵⁸ *Ídem*, p. 22.

⁵⁹ *Ídem*, p. 12.

⁶⁰ *Ídem*, p. 23.

⁶¹ *Ídem*, p. 641.

⁶² *Cfr.* SOBREYRA Y SILVA, Ignacio Soto. *TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA*. *Op. cit.*, p. 17.

⁶³ *Cfr.* KAUFMANN, Arthur. *FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Universidad Externado de Colombia. Traducción: Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Segunda edición. Colombia, 1999, p. 349.

rápido posible por otra mejor, sin embargo, tampoco puede tolerarse un cambio permanente de legislación porque eso conduciría a una falta de uniformidad en la aplicación del derecho y consigo una injusticia.⁶⁴

Ahora bien, a propósito de una clasificación de los valores del derecho, Eduardo García Máynez señala: “Tienen el rango de fundamentales la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Les damos tal nombre porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino.”⁶⁵

Por lo que aun cuando se coincide en que la seguridad jurídica tiene un rango de valor fundamental del derecho, porque ciertamente de ella depende todo orden jurídico genuino; empero, en lo que se difiere con Eduardo García Máynez es en la división que hace entre los conceptos de seguridad jurídica y bien común, la cual es insostenible porque el bien común es una finalidad de la seguridad jurídica y no un valor *per se* y menos fundamental del derecho.

Luego, por una parte, el bien común no fundamenta ni estructura el derecho como sí lo hacen los valores fundamentales de la cultura y la seguridad jurídica, que sin ellos el derecho simplemente no existiría. Y, por otro lado, el bien común puede obtenerse a través de la seguridad jurídica (que sólo el derecho la provee) o mediante otros medios distintos, como la política o incluso las armas, aun cuando ni la política ni las armas puedan proveer lo que el derecho sí es capaz: La seguridad jurídica.

La justicia tampoco es un valor fundamental del derecho sino más bien éste es uno de los medios de llegar a ella, pero de ningún modo le es indispensable y exclusivo, pues la justicia puede otorgarse sin necesidad del derecho. Así que de la clasificación que hace Eduardo García Máynez sólo la seguridad jurídica es un valor fundamental del derecho, pues se reitera que ciertamente la existencia de todo orden jurídico depende de ella y de la cultura, sin la concomitancia de otros “valores”.

1.3 Principios categoriales del derecho penal

1.3.1 Visión estructural del derecho penal

La jurisdicción penal afecta derechos fundamentales como ninguna otra y aunque existen principios generales válidos para todas las disciplinas del derecho, sin embargo, otros

⁶⁴ *Ídem*, pp. 349-351.

⁶⁵ *Cfr.* GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Décimacuarta edición. México, 2004, p. 439.

principios son específicos para cada una de ellas; por ejemplo, el *error commun facit ius* no tiene acomodo en el derecho penal porque es obvio que las graves transgresiones penales no pueden justificarse a partir de la práctica generalizada de ellas, pero en el derecho privado dicho principio sí tiene cabida.⁶⁶

En el derecho penal los principios operan en gran parte para impedir al juez una competencia extensiva por analogía o laxitud en la determinación de responsabilidades penales o de las penas, es decir, funcionan de modo limitativo.⁶⁷ Lo que conduce a sostener que el modo más sistemático, congruente y sobre todo seguro para construir, comprender, interpretar, argumentar y aplicar el derecho penal es mediante su visión estructural-contextual, es decir, viéndolo siempre como una estructura pero interpretándolo en congruencia con los principios categoriales del derecho que permean dicha estructura de modo imprescriptible (La vida: la dignidad y la felicidad en contexto).

Por estructura se entiende a los componentes y relaciones que en concreto constituyen una unidad particular de organización; es la respuesta que se obtiene al preguntarse con qué componentes y relaciones algo se constituye para ser lo que es.⁶⁸

La estructura es una propiedad de todos los sistemas, sean conceptuales o materiales, naturales o sociales, técnicos o semióticos. Es el conjunto de todas las relaciones entre los componentes de un sistema, especialmente aquellas que mantienen la unidad de éste.⁶⁹ Los componentes de una estructura son sus elementos.

El término elemento proviene del latín *elementum* que significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo, pero en general por elemento se entiende la parte integrante de algo necesario para que ese algo exista.⁷⁰

Luego, si el objeto de los principios penales es establecer límites al empleo de la potestad punitiva para proteger al ciudadano de intervenciones arbitrarias o excesivas del

⁶⁶ Cfr. TOCORA, Fernando. *PRINCIPIOS PENALES SUSTANTIVOS (Código Penal de 2000)*. Editorial Temis S.A. 2002. Colombia, 2002, pp. 26-27.

⁶⁷ *Ídem*, p. 26.

⁶⁸ Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *SISTEMA DEL DELITO. Una visión del Derecho Penal desde la teoría de los sistemas y la ontología del lenguaje*. Editorial Universidad, S.R.L. Argentina, 2006, p. 110.

⁶⁹ Cfr. BUNGE, Mario. *Diccionario de Filosofía*. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2002, p. 69.

⁷⁰ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Vigésima edición. México, 2003, pp. 215-217.

Estado,⁷¹ entonces, dichos principios son los elementos con los que se ha construido la estructura del derecho penal. En el tratado de Beccaria, *De los Delitos y de las Penas*, fue donde por primera vez quedaron plasmados los principios que limitan la actuación del derecho penal.⁷²

1.3.2 La estructura del derecho penal mediante sus principios categoriales

En el derecho penal no todo lo que se ha denominado principio ciertamente lo es, como así ha sucedido con ideas que vistas en congruencia con su estructura más bien derivan de los que sí son principios penales.⁷³

Y es que así como la ciencia jurídica está ordenada estructuralmente en estática del derecho y dinámica del derecho,⁷⁴ del mismo modo la estructura del derecho penal conforme con sus principios categoriales también tiene dos niveles: Uno estático que sostiene la estructura de forma permanente. Y otro dinámico que la hace compatible con el sistema jurídico; por lo que es precisamente en la interfaz de ambos niveles donde se encuentra la funcionalidad de la estructura, la cual siempre está sujeta y subordinada al concepto central y superior denominado derecho.

El sistema es un conjunto único y ordenado cuyos componentes son coherentes y solidarios entre sí e implica siempre la subordinación y la coordinación de sus elementos; por ello requiere un principio superior al que sus componentes estén subordinados y por eso no basta la mera coordinación entre ellos; como ejemplos pueden citarse el sistema solar, el sistema nervioso, el sistema circulatorio, etcétera.⁷⁵

⁷¹ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General*. Editorial Bosch, S.A. Segunda edición. España, 2001, tomo I, p. 64.

⁷² Cfr. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo y BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *Teoría Jurídica del Delito*. Ángel editor. México, 2010, p. 45.

⁷³ Al respecto, Ángel Calderón Cerezo y José Antonio Choclán Montalvo expresan acertadamente lo que sigue: "Hemos aludido a los principios penales como garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Pero en el derecho Penal se alude con frecuencia a otra serie de principios con fundamentos varios. Así, por ejemplo, el principio del interés preponderante, del prevalecimiento del Derecho, el principio de confianza, el principio de personalidad, de territorialidad y de universalidad, principio de necesidad de la pena, etc." Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General*. Op. cit., p. 64.

⁷⁴ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V. Traducción: Ángel Osorio. México, 2012, p. 60.

⁷⁵ Cfr. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO, Parte general y Parte Especial, Metodología Jurídica y Desglose de las Constantes, Elementos y Configuración de los Tipos Penales*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Sexta edición. México, 2001, p. 110.

Y si bien es cierto que la creación de un sistema jurídico nacional es monopolio del Estado y por ello existen tantos sistemas jurídicos nacionales como países,⁷⁶ sin embargo, no todo lo que en el derecho penal se ha denominado principios puede considerarse así, pues como tales sólo deben estimarse aquellos elementos que conforman los niveles estático y dinámico de la estructura del derecho vista desde sus principios categoriales: La vida, la dignidad y la felicidad del ser humano.

1.3.3 Principios categoriales que conforman la estructura del nivel estático del derecho penal

Si bien se coincide con Arturo Jaime Lan Arredondo en que: "...el derecho expresa en normas las realidades estructurales de una nación (su régimen político, económico, cultural, así como sus usos y costumbres e inclusive anhelos y aspiraciones),..."⁷⁷ Sin embargo, sólo se comparte con él, pero parcialmente, la afirmación de que: "...el derecho no debe ser estático, sino que debe manifestar o reflejar el cambio social de un país."⁷⁸

Y es que precisamente el nivel estático es el que sostiene el valor fundamental del derecho consistente en la seguridad jurídica; por eso no se comparte en su totalidad la idea de que el derecho no debe ser estático, pues si eso se aceptara así entonces el derecho penal se convertiría en una disciplina permeada de incertidumbre jurídica.

Así es, lo dinámico es el concepto antagónico de lo estático, por lo que si se aceptara que el derecho no debe ser estático eso conduciría a la idea de un derecho exclusivamente dinámico lo que a su vez tendría como consecuencia aceptar que el derecho penal también es sólo dinámico, lo cual sin lugar a dudas resulta equivocado porque la esencia del derecho penal se encuentra precisamente en el nivel estático de su estructura, ahí donde se hallan los principios categoriales cuya interpretación permite sólo un enfoque pero que precisamente por eso tal estructura se sostiene de modo permanente e inmutable frente al poder punitivo del Estado que sea arbitrario.

A mayor abundamiento, si el derecho penal se estimara exclusivamente dinámico tal consideración enfrentaría la grave inconsistencia de que los principios categoriales que soportan su estructura, en el nivel estático, podrían juzgarse obsoletos en cualquier tiempo y

⁷⁶ Cfr. LAN ARREDONDO, Arturo Jaime. *SISTEMAS JURÍDICOS. Op. cit.*, p. 2.

⁷⁷ *Ídem*, p. 3.

⁷⁸ *Ibidem*.

por cualquier situación o circunstancia; lo que de ninguna manera es sostenible en un Estado democrático de derechos humanos⁷⁹ en el que el derecho penal tiene una función de superlativo cuidado e innegable necesidad.

Así pues, como se dejó apuntado, se coincide en que el derecho debe manifestar o reflejar el cambio social de un país, empero, en el derecho penal no se llega a eso prescindiéndose del enfoque estático del derecho ¡al contrario! En el caso del derecho penal siempre se debe partir desde los principios categoriales que sostienen su estructura en el nivel estático para después encontrar la funcionalidad de esa estructura en la interfaz de lo estático y lo dinámico de los niveles que la componen.

Por eso aquí se rechaza toda postura que radicaliza la idea de que el derecho no debe ser estático, pues en el caso del derecho penal los principios categoriales de legalidad y *non bis in ídem* que componen la estructura de su nivel estático tienen la función permanente de evitar que los cambios sociales se extravíen y que el poder del Estado se desfase.

1.3.3.1 Principio de legalidad

El principio categorial de legalidad cuya formulación latina: *nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*; se debe a Anselm Feurebach⁸⁰ quien es considerado el padre del derecho penal moderno (gracias, en parte, a su amante Guillermina Tröster).⁸¹ Él en su Código Penal de Baviera trató de abolir la inseguridad jurídica al dotar de eficacia a la dogmática a través del lenguaje mediante la creación de leyes técnicamente más perfectas, pues en dicho código creó con precisión un lenguaje imperecedero incluso para esta época, dada su habilidad para redactar tipos penales cerrados.⁸²

⁷⁹ Un Estado democrático es aquel en el cual no basta que el poder se ajuste al derecho, sino que es preciso que ese derecho sirva a cada ciudadano. Vid. MIR PUIG, Santiago. *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL. Concepto y método*. Editorial B de F Ltda. Segunda edición. Argentina, 2003, p. 134. Por lo que con base en ese concepto se formula el de Estado democrático de derechos humanos entendido como aquel donde el poder del Estado se ajusta al derecho y éste sirve de modo efectivo a cada ciudadano para proteger su vida con dignidad y procurar su felicidad en congruencia con todos los demás derechos que derivan de la primera.

⁸⁰ Cfr. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR*. Ángel editor. México, 2010, p. 54.

⁸¹ Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO DESDE FEUERBACH Y BINDING HASTA CLAUS ROXIN*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2017, p. 28.

⁸² *Ídem*, p. 18.

Este principio es el primer y principal elemento del nivel estático de la estructura del derecho penal, el que como acertadamente afirma Rogelio Barba Álvarez: "...es reconocido singularmente por ser la espina dorsal en la estructura formal del sistema punitivo..."⁸³

Así es, el principio de legalidad constituye una de las limitaciones más importantes del poder punitivo del Estado y en su acepción más amplia significa que no hay delito ni pena sin ley previa que así lo establezca. Y para evitar que dicho principio sea una proclamación vacía de contenido resulta necesario que la ley sea escrita, previa y estricta,⁸⁴ pues su finalidad es contribuir a la seguridad jurídica que en sentido formal significa la vinculación del juez a la ley.⁸⁵

Históricamente este principio fue recogido por primera vez en 1776 en las constituciones de los estados americanos de Virginia y Maryland, pero también fue asumido en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el derecho internacional el principio de legalidad igualmente ha sido reconocido como principio fundamental del Estado de derecho, tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículo 11), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 15).⁸⁶ Y por lo que atañe a este país, el principio de legalidad está consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁸⁷

Así pues, la esencia de la dogmática penal no puede concebirse de un modo distinto al que el principio de legalidad conduce: La seguridad jurídica.⁸⁸

1.3.3.2 Principio de reserva de ley

En relación con el principio de legalidad es muy importante destacar que el derecho consuetudinario no es fuente del derecho penal y en ese sentido la costumbre tampoco es

⁸³ Cfr. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR*. *Op. cit.*, p. 54.

⁸⁴ Cfr. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo y BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *Teoría Jurídica del Delito*. *Op. cit.*, pp. 45-47.

⁸⁵ Cfr. CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General*. *Op. cit.*, p. 64.

⁸⁶ *Ídem*, p. 66.

⁸⁷ El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo conducente establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún (sic) por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." *Vid.* www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf (consulta: 14 de julio de 2016).

⁸⁸ Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO DESDE FEUERBACH Y BINDING HASTA CLAUS ROXIN*. *Op. cit.*, p. 25.

fuente idónea para la creación de delitos, ni de penas, ni de medidas de seguridad, pues la ley penal es una ley en sentido formal.⁸⁹

Entendida la costumbre como la repetición general, uniforme y constante de un comportamiento con la convicción de corresponder con un precepto jurídico, la misma adquiere relevancia distinta según la parcela del orden jurídico en el que deba operar, pero en virtud del principio de reserva de ley es pacífica la posición de que en el derecho penal es incapaz de cumplir una función incriminatoria o agravante de las penas.⁹⁰

Así, el principio de reserva de ley implica el monopolio normativo penal al poder legislativo, lo que tiene como consecuencia excluir de las fuentes del derecho penal tanto las fuentes no escritas como las fuentes inferiores, es decir, aquellas que son escritas pero diversas de la ley, como las que regulan en materia administrativa (poder ejecutivo) o en la administración pública en sus diversas dependencias.⁹¹ Este principio se refiere, pues, a la jerarquía de las fuentes en materia penal.⁹²

Por lo tanto, es innegable que el eje del principio de legalidad lo constituye el principio de reserva de ley, el cual sin lugar a dudas viene a ser el elemento más fuerte del nivel estático de la estructura del derecho penal.

1.3.3.3 Principio de taxatividad

Entre el principio de reserva de ley y la exigencia de taxatividad de la norma penal existe una relación indisoluble.

Y es que la exigencia de taxatividad implica que el legislador formule el tipo penal de manera precisa y unívoca para establecer con certeza lo que es delito; lo cual significa pues la exigencia de determinación que excluye la aplicación analógica o posibles arbitrios de parte del juzgador en el momento de la aplicación concreta de la norma penal.⁹³

Ningún otro instrumento legal puede llevar a cabo la función de descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante más que el tipo penal, por lo que el principio de

⁸⁹ Cfr. CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 70.

⁹⁰ Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis S.A. Colombia, 2006, p. 87.

⁹¹ Cfr. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR. Op. cit.*, pp. 58-59.

⁹² Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal Parte General. Op. cit.*, 95.

⁹³ Cfr. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR. Op. cit.*, p. 60.

tipificación implica que no puede haber delito sin una exhaustiva descripción legal individualizadora de la conducta penalmente relevante. De este principio se deduce la garantía a no ser penado sin tipo y sin tipicidad de la conducta atribuida.⁹⁴

El principio de taxatividad concierne a la técnica de redacción de los tipos penales, que tiende a la protección de los ciudadanos contra eventuales abusos del poder judicial. Y su importancia es evidente donde está en juego la eficacia misma del sistema penal, porque la determinación precisa de los tipos penales es una condición indispensable para que la norma penal sirva de guía a la conducta de aquéllos.⁹⁵

Ahora bien, la idea de que aquella garantía es independiente de la garantía de legalidad porque esta última se satisface con la precedencia de la ley y una cierta estrictez en la descripción de los hechos penalmente relevantes⁹⁶ se rechaza por asistemática. Y es que la pena individualizada, que técnicamente se denomina punición, es la necesaria conclusión del silogismo en el que la premisa mayor siempre es el tipo penal, respecto del cual se afirma, sin dificultad, que es la concreción del concepto ley previa que precisamente constituye el elemento fundamental del principio de legalidad.

Por lo tanto, si el principio de legalidad dispone, *grosso modo*, que no hay delito ni pena sin ley previa que así lo establezca, entonces es asistemático pensar que la garantía a no ser penado sin tipo y sin tipicidad es independiente de dicho principio de legalidad porque implicaría rechazar su estructura al desincorporar de ella el elemento que indispensablemente se requiere para llegar hasta la punición, es decir, la ley previa, que aquí no es otra más que el tipo penal.

Con ese orden de ideas, los fundamentos de la inamovilidad del principio de legalidad en el derecho penal, que hacen que dicho principio sea estático, se encuentran en la congruencia de dos supuestos que son los siguientes: Que el poder punitivo del Estado tiene su límite en la ley penal. Y en la innegable necesidad que tiene todo gobernado de saber con certeza a qué atenerse cuando su conducta llegara a adecuarse a la descripción contenida en esa ley penal, lo que en términos concisos significa pues necesidad de seguridad jurídica.

⁹⁴ Cfr. SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Editores del Puerto S.R.L. Argentina, 2004, p. 128.

⁹⁵ Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal Parte General*. *Op. cit.*, pp. 95-96.

⁹⁶ Cfr. SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. *Op. cit.*, p. 128.

Luego, si bien la certeza presupone un conocimiento seguro y claro de algo y por lo tanto en el derecho penal ese algo significan las normas penales, mismas que como están dirigidas a todos los ciudadanos deben formularse de modo que permita a cualquiera de ellos comprender el sentido de la prohibición.⁹⁷ Sin embargo, que la certeza jurídica del ciudadano se garantiza cuando la conducta descrita en el tipo penal y la pena son fácilmente identificables y con ello se materializa el principio de legalidad limitándose el uso arbitrario del poder punitivo del Estado⁹⁸ es un argumento difícil de sostener en su totalidad.

Y es que el concepto de certeza aquí origina un problema semántico que debe examinarse con demasiado cuidado en relación con el modo congruente como debe entenderse que el tipo penal y la pena son fácilmente identificables por cualquier gobernado.

Al respecto resulta impostergable destacar la afirmación de Nicola Framarino Dei Malatesta, en el sentido de que: “La lógica no admite fracciones de certeza”⁹⁹ pues la certeza constituye un estado simple e indivisible de la mente que es siempre igual sea cual fuere la verdad a que se refiere, así que en concreto, cuando el espíritu humano logra estar cierto de determinada verdad eso significa que llegó a la certeza de una proposición determinada por haber rechazado todas las correspondientes posibilidades de error.¹⁰⁰

De modo que tratándose de la certeza no hay término medio, o se está cierto de algo o no se está.¹⁰¹ Y este axioma es el único que permite llegar a la conclusión sobre si efectivamente una conducta descrita en un tipo penal y la pena son o no son fácilmente identificables por cualquier gobernado y si con ello se materializa o no el principio de legalidad.

Es congruente pensar que el principio de legalidad se materializa cuando cualquier gobernado fácilmente está cierto de una conducta descrita en un tipo penal y la punibilidad fijada en él; pero cuando no ocurre tal facilidad de certeza ¿entonces dicho principio no se materializa? Es aquí donde se halla la dificultad de utilizar el adverbio fácilmente con el concepto de certeza en relación con el conocimiento que cualquier gobernado puede tener

⁹⁷ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *DERECHO PENAL Parte General (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004, pp. 61-62.

⁹⁸ *Ídem*, p. 62.

⁹⁹ Cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *LÓGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL*. Editorial Temis S.A. Cuarta edición. Colombia, 2002, tomo I, p. 103.

¹⁰⁰ *Ídem*, pp. 36-38.

¹⁰¹ *Ídem*, p. 103.

sobre una conducta descrita en un tipo penal y la punibilidad correspondiente. Y como esa pregunta aquí no puede dejarse sin respuesta, por lo tanto, se afirma que el principio de legalidad sí se materializa aun cuando la conducta descrita en el tipo penal y la punibilidad establecida en él no sean fácilmente identificables por cualquier gobernado.

Así es, debe señalarse que la materialización del principio categorial de legalidad es principalmente de esencia formal porque en lo fundamental se compone de los principios de reserva de ley y el de taxatividad que permiten ser interpretados bajo sólo un enfoque; por eso es un principio estático, pero además, es indudable que tal materialización de ningún modo está supeditada a la certeza del gobernado sobre la premisa de la fácil identificación de una conducta descrita en un tipo penal y la punibilidad fijada en el mismo.

Y es que resulta obvio que las diferencias entre los gobernados respecto de su edad, su acceso al alimento, a la higiene, a la salud, a la educación, al trabajo, al dinero, al esparcimiento, a la diversión, pero sobre todo a la cultura, indudablemente determinan evidentes desigualdades para conocer, comprender e interpretar del mismo modo el sinnúmero de tipos penales establecidos en todas las distintas leyes de un sistema jurídico.¹⁰²

Por lo tanto, si bien esas evidentes desigualdades de ningún modo subordinan la materialización del principio de legalidad, empero, lo que a propósito¹⁰³ de dicho principio sí indican con claridad es que el conocimiento, la comprensión y la interpretación de las innumerables conductas descritas en los tipos penales así como la punibilidad correspondiente sí dependen en grado superlativo del contexto en el que todas ellas confluyen.

Con lo que se descubre un enfoque muy importante que subyace del referido principio de legalidad que consiste en afirmar lo insostenible que resulta pensar que cualquier

¹⁰² Al respecto, al tratar el denominado “principio del conocimiento de la ley” Fernando Tocora señala acertadamente lo que sigue: “El conocimiento de la ley en las sociedades modernas constituye cada vez más una generalizada ficción. Tanto en las sociedades posindustriales del capitalismo central, como en las semiindustriales del capitalismo periférico, no puede predicarse que los asociados conozcan mínimamente las leyes, ni particularmente las leyes penales. Ni siquiera en las primeras, en las que la tecnología y el nivel de ingreso *per capita* han permitido la introducción doméstica de la informática y la elevación del nivel cultural, podemos decir que el ciudadano común y corriente conozca adecuadamente la ley. En el tercer mundo la cuestión se agrava no solo con las falencias educativas, sino también con el autoritarismo imperante que suele sorprender a los ciudadanos con leyes intempestivas, y a veces secretas o muy poco difundidas; también la utilización predominantemente mercantil de los medios masivos de comunicación, no solamente impide una mínima información sobre los imperativos jurídicos, sino que también por medio de la exaltación de valores ambiguos, crea incertidumbre y confusión sobre lo que pudiera entenderse como ‘sentido general de la ley’ o los valores que subyacen en las normas [...] En ese contexto, hasta los mismos juristas tienen dificultades para el conocimiento de la ley. Los abogados deben forzosamente especializarse, y ni aun así podemos decir que conozcan toda la legislación de su especialidad. Qué podemos decir entonces del ciudadano común, y más particularmente, en estos sistemas penales clasistas, del ciudadano de abajo, cuyo nivel cultural pocas posibilidades de acceso le da al conocimiento.” *Vid.* TOCORA, Fernando. *PRINCIPIOS PENALES SUSTANTIVOS (Código Penal de 2000)*. *Op. cit.*, pp. 184-186.

¹⁰³ El término “a propósito” se utiliza aquí como sigue: “...para expresar que algo, al ser mencionado, ha sugerido o recordado la idea de hablar de otra cosa.” *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Editorial Espasa Calpe, S.A. Vigésima segunda edición. España, 2001, tomo II, p. 1846.

gobernado puede conocer con certeza cuándo una conducta está o no descrita en un tipo penal y es punible sólo porque dicho principio se encuentra en el nivel estático de la estructura del derecho penal. Eso desvela que el derecho penal es formalmente normativo, pero sustancialmente contextual sin lugar a dudas.

Por otro lado, es necesario señalar que Rodolfo Luis Vigo acertadamente se refiere al sistema del Common law como: "...la experiencia contrastante del mundo anglosajón, donde la sociedad no sufre la angustia de la imprevisibilidad por carecer de normas generales..."¹⁰⁴

Y es que el principio de legalidad no se reconoce en países como Inglaterra o Estados Unidos que tienen el sistema del Common law, el cual se basa en la tradición jurídica judicial, aunque limitado por la vigencia de algunas leyes. Empero, aun así, en aras de la seguridad jurídica se establece una estricta vinculación de los jueces a los precedentes científicamente elaborados.¹⁰⁵

Por lo que esa estricta vinculación de los jueces del Common law a los precedentes judiciales se considera equivalente al citado principio de legalidad, dada la similitud de la finalidad que ambos pretenden que es la seguridad jurídica con la innegable preponderancia de evitar la arbitrariedad del poder punitivo del Estado en perjuicio de cualquier gobernado, pues se reitera que tal evitación es la esencia del principio de legalidad en un Estado democrático de derechos humanos.

1.3.3.4 Principio *non bis in ídem*

Otro de los principios categoriales del derecho penal que su interpretación se permite bajo sólo un enfoque y que precisamente por eso se encuentra en el nivel estático de su estructura es el denominado con el aforismo *non bis in ídem*.

Este principio significa: No dos veces en lo mismo¹⁰⁶ e implica la prohibición de la doble valoración¹⁰⁷ de cualquier conducta descrita en un tipo penal así como del contexto donde ésta haya impactado o tratado de impactar o de cualquier característica personal o

¹⁰⁴ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *IUSNATURALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Coincidencias y diferencias*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2016, p. 35.

¹⁰⁵ Cfr. CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁶ Cfr. CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. *EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM (Nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2005, p. 7.

¹⁰⁷ Cfr. TOCORA, Fernando. *PRINCIPIOS PENALES SUSTANTIVOS (Código Penal de 2000)*. *Op. cit.*, p. 119.

elemento del contexto que pueda valorarse de modo autónomo y a su vez tenga el alcance, *per se*, de modificar el resultado de un juicio de valor en perjuicio de quien se juzga.

Como el principio *non bis in ídem* prohíbe que un juicio de valor se haga dos veces en lo mismo, por eso se considera que en el derecho penal dicho principio es permanente e inmutable, porque impide la arbitrariedad del poder punitivo del Estado de un modo claro y contundente, aunque no siempre accesible a cualquier inteligencia, pues un claro ejemplo de ignorancia y necesidad es el caso de la contravención del citado principio *non bis in ídem* por la valoración de antecedentes penales en la individualización de la pena.¹⁰⁸

Así pues, en el derecho penal el principio *non bis in ídem* es fundamental porque permea de seguridad jurídica a instituciones tan indispensables en un Estado democrático de derechos humanos como lo es la cosa juzgada, principalmente cuando se trata de la sentencia absolutoria (o resoluciones con esas consecuencias como el sobreseimiento). Resoluciones en las que quien resultó absuelto ya no puede volver a ser juzgado por el delito que fue acusado en el proceso penal correspondiente a esa absolución.

En los Estados Unidos de Norteamérica no se reconoce la posibilidad de persecución múltiple contra la sentencia absolutoria, por lo que tiene plena vigencia el principio *non bis in ídem*.¹⁰⁹ En México, este principio está constitucionalmente consagrado como derecho humano en el artículo 23 con una definición semánticamente restringida al aspecto material del doble enjuiciamiento y la doble condenación,¹¹⁰ empero, el principio *non bis in ídem*

¹⁰⁸ Al respecto, es el caso de algunos legisladores del estado de Nuevo León, quienes en 2006, en el Código Penal de dicha entidad federativa volvieron a incluir con argumentos insostenibles los antecedentes penales como elemento de valoración para individualizar la pena, sin considerar que los criterios de peligrosidad y de temibilidad (de autor) quedaron superados por el criterio de culpabilidad de acto, el cual establece que la pena debe graduarse con base en el acto concreto que se juzga y no por lo que su autor representa por su pasado (peligrosidad) o hacia el futuro (temibilidad); lo que es sistemáticamente congruente con la estructura del propio Código como así lo determinó el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Cuarto Circuito del Poder Judicial de la Federación, en su jurisprudencia con número de registro 175,313 de rubro: “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA O SANCIÓN. A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 47, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN DE 28 DE JULIO DE 2004, LOS ANTECEDENTES PENALES NO DEBEN CONSIDERARSE PARA GRADUARLA CON BASE EN LOS CRITERIOS DE PELIGROSIDAD O TEMIBILIDAD DEL REO, SINO BAJO EL DE CULPABILIDAD.” Y posteriormente lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia 9/2011, que dio origen a la jurisprudencia 110/2011 de rubro: “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO.” *Cfr.* AGUILAR DEL TORO, José Daniel. *LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA*. Lazcano Garza Editores, S.A. de C.V. México, 2011, pp. 35-37, 40-48 y 72-74.

¹⁰⁹ *Cfr.* CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. *EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM (Nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho)*. *Op. cit.*, p. 77.

¹¹⁰ *Ídem*, pp. 1-7.

ciertamente tiene un alcance más amplio¹¹¹ por lo que se estima que bajo el enfoque de la prohibición de la doble valoración¹¹² es el modo más preciso y completo de dimensionarlo congruentemente como principio categorial del nivel estático de la estructura del derecho penal.

1.3.3.5 Principio *non reformatio in peius*

El principio *non reformatio in peius* es una modalidad procesal que deriva del principio categorial *non bis in ídem*.

La *reformatio in peius* o reforma peyorativa se trata de la incongruencia procesal que se origina cuando es agravada la situación ya creada y resuelta de quien interpone un recurso para eliminar o aminorar el agravio sufrido precisamente por la resolución recurrida.¹¹³ Este es el modo más accesible de comprender dicho principio el cual siempre debe ser observado por el Tribunal *Ad quem* con cuidado excesivo y sin perder de vista ¡nunca! que el argumento denominado reducción al absurdo es el único que tiene la contundencia lógica para evitar que se viole tal principio al resolverse un recurso en segunda instancia.

Y es que el argumento de reducción al absurdo se funda en el principio del tercero excluido, en el cual dadas dos proposiciones contradictorias necesariamente una es verdadera y la otra falsa quedándose excluida una tercera posibilidad, por eso dicho argumento tiene su base en el razonamiento, el cual sí es plenamente lógico al sujetarse a las reglas de la lógica con base en el principio indicado.¹¹⁴

El argumento de reducción al absurdo se basa en el citado principio de la lógica, pero tiene la peculiaridad de que el esfuerzo no consiste en comprobar el enunciado que se quiere dar por verdadero sino en comprobar que el enunciado contrario es absurdo. Y si todavía se profundiza más, entonces, en el discurso del operador del derecho lo que se intenta no es demostrar el absurdo sino la inconveniencia de aceptar un enunciado o una norma, es decir, se procura obtener la conclusión de que debe aceptarse lo contrario de lo inconveniente.¹¹⁵

¹¹¹ *Ídem*, p. 7.

¹¹² Cfr. TOCORA, Fernando. *PRINCIPIOS PENALES SUSTANTIVOS (Código Penal de 2000)*. Op. cit., p. 119.

¹¹³ Cfr. CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. *EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM (Nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho)*. Op. cit., p. 75.

¹¹⁴ Cfr. CORREAS, Oscar. *METODOLOGÍA JURÍDICA II. Los saberes y las prácticas de los abogados*. Distribuciones Fontamara, S.A. Segunda edición. México, 2011, pp. 268-269.

¹¹⁵ *Ídem*, pp. 269-271.

Es así que al denominado argumento de reducción al absurdo también se le llama el gran argumento o argumento de reducción al terror, porque aceptarse lo inconveniente siempre es algo terrible que daña y acarrea perjuicios a la sociedad.¹¹⁶

Luego, como acorde con todo lo apuntado se estima que el argumento de reducción al absurdo es el único que tiene la contundencia lógica para demostrar lo inconveniente y terrible que resulta aceptar que se agrave la situación jurídica de quien precisamente la sometió a examen con el fin de mejorarla (y más cuando eso implica contravenir la prohibición de la doble valoración); por lo tanto, también se considera que dicho argumento es el único que asegura la operatividad del principio *non reformatio in peius* de un modo lógico, efectivo y sobre todo con un enfoque estático.

1.3.3.6 Principio de culpabilidad

Del principio categorial *non bis in ídem* deriva de modo muy refinado y complejo el principio de culpabilidad, que constituye sin lugar a dudas el límite que el Estado debe considerar con más cuidado en el ejercicio de su poder de imperio al determinar la existencia del delito en la sentencia definitiva.

Así es, el poder punitivo sancionador del Estado sólo puede ejercerse, de ordinario, hasta cuando el juzgador dicta la sentencia definitiva, que es donde precisamente formula al imputado el juicio de reproche, el cual forma parte de un juicio más amplio: El juicio de culpabilidad.

Como concepto general, la culpabilidad en el derecho penal ocupa diversos espacios interrelacionados: 1) Como límite al *ius puniendi* estatal o como garantía de la persona contra el intervencionismo del Estado; 2) Como base o fundamento de la pena y 3) Como requisito de determinación o medición de la pena.¹¹⁷

Ahora bien, la teoría que sigue permeando en el derecho penal mexicano es la teoría normativa de la culpabilidad fundada por Reinhard von Frank en 1907, quien fue el primero en señalar que la culpabilidad es reprochabilidad. El desarrollo de esta teoría fue continuado por James Goldschmidt y Berthold Freudenthal y concisamente consiste en considerar como elemento de la culpabilidad el estado normal de las circunstancias en las cuales el autor actúa,

¹¹⁶ *Ídem*, pp. 268-271.

¹¹⁷ *Cfr.* ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo y BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *Teoría Jurídica del Delito*. Apud. Morillas Cueva L. *Op. cit.*, p. 55.

así que aun cuando la culpabilidad sigue siendo nexo psicológico también es valorativa al distinguir James Goldschmidt entre norma jurídica y norma de deber y precisar que el elemento normativo de la culpabilidad es justamente la contravención al deber. Por su parte Berthold Freudenthal indicó que entre la culpabilidad y la inculpabilidad hay un espacio que para cubrirse hay que recurrir al principio general de la exigibilidad o del poder, de manera que la culpabilidad es la desaprobación de que el autor se haya comportado de un modo cuando hubiera debido y podido comportarse de otro diferente.¹¹⁸

Así pues, para que el juzgador llegue hasta el momento de formular el juicio de reproche en la sentencia definitiva, previamente tuvo que determinar que la conducta del acusado se adecuó a la descripción que de ella hizo el legislador en un tipo penal. Por lo que de ese modo, sólo el juzgador, quien es el único competente, realiza en dicha sentencia definitiva el juicio de tipicidad, que en el supuesto indicado concluye con la resolución de existencia de una conducta típica.

Luego, el juzgador a lo que procederá es a confrontar esa conducta típica con el orden jurídico general, pero visto éste de modo unitario, es decir, sin limitarse a considerar sólo las normas que regulan la disciplina del derecho penal sino también todo el orden jurídico, esto es, las normas de otras disciplinas del derecho, como la civil, mercantil, fiscal, etcétera; pues sólo de ese modo el juzgador podrá afirmar de manera jurídica y por supuesto no contradictoria, que la conducta típica además es antijurídica.¹¹⁹ Y es que no puede estimarse la antijuridicidad de una conducta cuando ésta por un lado es formalmente contradictoria con la ley penal pero por otra parte resulta plenamente jurídica de conformidad con otro sistema normativo.¹²⁰

¹¹⁸ Cfr. AGUILAR DEL TORO, José Daniel. *LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA*. Op. cit., p. 25.

¹¹⁹ Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio. *ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN*. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 1990, pp. 61-63.

¹²⁰ Al respecto, Sergio Vela Treviño señala: "El artículo 399 del Código Penal dice que contiene el tipo llamado de daño en propiedad ajena lo siguiente: Cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple. En esta figura típica, el bien o interés jurídicamente tutelado es la integridad física de las cosas y preserva, por valoración legislativa, lo mismo la propiedad que la posesión de ellas, como es perceptible cuando se hace referencia a la cosa, que puede ser ajena o propia. La objetividad material resulta de las consecuencias que puede tener la conducta para ser típica, o sea, la causación de daño, destrucción o deterioro, que son tres formas diferentes en que puede afectarse, por variación, la naturaleza física de las cosas. Dentro del concepto tradicional de los bienes, desde el punto de vista del derecho civil, los bienes son las cosas que por no estar excluidas del comercio son susceptibles de apropiación y se clasifican en inmuebles y muebles. Conforme al mismo ordenamiento civil, 'son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior', como lo dispone el artículo 753. En este orden de ideas, los animales son cosas que, cuando tienen un dueño, están protegidos por la tutela especial que proporciona el tipo penal de daño en propiedad ajena, antes transcrito. Por otra parte, los artículos 865 y 866 del Código Civil establecen lo siguiente: Es lícito a los labradores destruir en cualquier tiempo los animales bravíos o cerriles que perjudiquen sus sementeras o plantaciones. El mismo derecho tienen respecto a las aves domésticas en los campos en que hubiere tierras sembradas de cereales u otros frutos pendientes, a los que pudieren perjudicar aquellas aves. Si se colocan los dos preceptos civiles frente al

Cuando el juzgador ya está en la certeza de que el acusado no es inimputable, es decir, que éste sí cuenta con la capacidad de ser un sujeto de derecho penal, entonces y sólo hasta ese momento procederá el examen y en su caso la determinación de su culpabilidad, lo cual requiere de dos ejercicios cuidadosos.

El primer ejercicio consiste en examinar si la conducta imputada al acusado le era exigible, es decir, si en el momento preciso de realizarla dicho acusado debió conducirse conforme a una norma de derecho y, además, pudo hacerlo.¹²¹ Si esto es así entonces el juzgador determinará la exigibilidad de la conducta y pasará a examinar el tema de la reprochabilidad. De lo contrario, si resuelve la no exigibilidad de la conducta entonces tampoco habrá reprochabilidad y la consecuencia final será la inexistencia de delito por ausencia de culpabilidad,¹²² esto es, por inculpabilidad del sentenciado. Y si este primer ejercicio queda superado al determinar el juzgador la exigibilidad de la conducta, entonces en el segundo ejercicio le corresponderá resolver si dicha conducta es o no reprochable al acusado.

El reproche consiste en la desaprobación que el Estado, por medio del juzgador, dirige al sujeto en contra de su conducta realizada en lugar de la esperada, pues lo omitido no se desaprueba, sino lo realizado, porque la omisión de la conducta que la norma imponía es fundamento para la exigibilidad. Así que el reproche se formula a la acción (la conducta realizada), en cambio la exigibilidad se refiere a la conducta que por disposición normativa el Estado esperaba que se realizara.¹²³ Al respecto, Sergio Vela Treviño afirma con más profundidad lo siguiente:

“...si la motivación de la conducta no es reprochable en razón de la existencia de motivos especiales que producen ese efecto de inexigibilidad

artículo 399 del Código Penal, resulta incuestionable la existencia de casos de daño en propiedad ajena, conducta típica indiciaria de ser antijurídica, que no pueden llegar a ser constitutivos de delito no obstante la objetividad de la lesión al bien jurídicamente protegido, porque en otra parte del orden jurídico, ajena al penal, existe una causa que vuelve conforme al derecho a esa conducta típica. Aquí no distinguiremos si se trata de casos de defensa legítima, estado necesario o ejercicio de un derecho, sino que simplemente nos atenemos a la consecuencia final; o sea, partiendo de la base de que hay una conducta típica al destruir a los animales bravíos o cerriles o las aves domésticas, que por ser típica es indiciaria de ser antijurídica, el juicio en orden a la antijuridicidad tendría que resolverse legalmente, declarando que se trata de conductas conformes al derecho, porque hay una disposición legal que faculta la causación del daño y, por lo mismo, se está ante la presencia de una causa de legitimación, proveniente de un sistema normativo no penal, pero que tiene tanta validez como el mismo orden jurídico penal. La conclusión final es en el sentido de que la antijuridicidad tiene que verse a través del orden jurídico general.” *Ídem*, pp. 61-62.

¹²¹ *Cfr.* VELA TREVIÑO, Sergio. *CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Teoría del delito*. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1990, pp. 280-281.

¹²² *Ídem*, p. 189.

¹²³ *Ídem*, p. 331.

de otro comportamiento, tampoco habrá reprochabilidad y la consecuencia final será la de inexistencia de delito. El reproche, en todo caso, se formula, como se ha dicho, a los motivos de la conducta, que no a la conducta misma, de donde resulta la justificación de la frase con que se inicia este apartado, o sea que la culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable al agente.”¹²⁴

Ahora bien, se considera demasiado compleja la sostenibilidad de que el reproche se formula a los motivos de la conducta y no a la conducta misma, sin embargo, esto es congruente desde el enfoque de la finalidad que priva en el ánimo del sujeto y el campo donde se ubique su examen, según corresponda, ya sea en la antijuridicidad o en la culpabilidad, pues existen conductas que objetivamente son idénticas pero subjetivamente diferentes respecto de las que sólo mediante la distinción entre motivo y fin puede determinarse si son o no delito.¹²⁵

Tal es el caso, por un lado, de la conducta correspondiente al tipo penal de atentado al pudor que consiste en tocamientos o manipulaciones con una finalidad lasciva, aunque sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. Y por otra parte la conducta del médico quien a su paciente le realiza las mismas maniobras. Si se aprecian dichas conductas desde un enfoque objetivo, ambas son idénticas, empero, una está regida por la lascivia y la otra por la auscultación para un diagnóstico y lo que las distingue es precisamente la finalidad que priva en el ánimo del sujeto.¹²⁶ Así que la distinción entre motivo y fin se vuelve aún más necesaria si se considera lo que Sergio Vela Treviño cita como sigue:

“...‘Motivo es la causa viciada que impulsa al sujeto a realizar una determinada acción, el cual tiene importancia sobre todo para el juicio de culpabilidad; el fin, en cambio, es aquella intención dirigida hacia un determinado objetivo; este fin último, este objeto final, es el que da la coloración de ilicitud a la acción.’ ”¹²⁷

Así pues, acorde con todo lo apuntado el juicio de reproche es la desaprobación que el Estado hace a quien debió y pudo conducir su conducta conforme a derecho y no lo hizo; sin

¹²⁴ *Ídem*, p. 189.

¹²⁵ *Cfr.* VELA TREVIÑO, Sergio. *ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN*. *Op. cit.*, pp. 87-88.

¹²⁶ *Ídem*, p. 87.

¹²⁷ *Apud.* Ricardo Franco Guzmán. *Ídem*, p. 88.

que dicha conducta hubiera sido guiada por una apreciación falsa de la realidad, o en su caso, al causar con ella un resultado dañoso por inobservancia de un elemental deber de cuidado, pericia, reflexión o diligencia. Y dicho juicio de reproche, es importante enfatizar, únicamente puede realizarlo el juzgador y sólo en la sentencia definitiva.

Por lo que si el juzgador decide que la conducta no es reprochable, entonces declarará la inexistencia del delito por causa de inculpabilidad, en caso contrario establecerá que tal conducta sí es reprochable al sentenciado y con ello quedaría integrada su culpabilidad e igualmente la existencia del delito.

Y es que la reprochabilidad es pues la conclusión del juicio de culpabilidad,¹²⁸ mediante la cual el derecho vincula cierto acontecimiento con un hombre determinado, por eso la culpabilidad destaca de los demás elementos del delito¹²⁹ y sólo procede examinarla hasta la sentencia definitiva ¡y nunca antes de ella! Así que ciertamente como apunta Nódier Agudelo Betancur: “No dice el juez: te condeno porque conocías que violabas la ley, sino que dirá: te reprocho porque conocías el obrar ilícito y lo quisiste a pesar de que bien hubieras podido no obrar.”¹³⁰

Por eso el Estado, a través del juzgador, precisamente en observancia del principio categorial *non bis in ídem* debe proceder de modo muy cuidadoso cuando formula o no el juicio de reproche y, por consiguiente, concluir con la determinación de la culpabilidad o inculpabilidad del sentenciado.

Lo anterior es así ya que el eje sobre el cual el juzgador determinará el calificativo de culpable o inculpable siempre corresponde a una conducta concreta dentro de un contexto específico. De ahí que dicho juzgador nunca podrá emitir más de un juicio de culpabilidad a la misma persona sobre la misma conducta y respecto del mismo contexto. Lo que constituye pues una invariabilidad superlativa que indudablemente está regulada en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³¹ por estar contenida en el principio

¹²⁸ Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio. *CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Teoría del delito. Op. cit.*, p. 189.

¹²⁹ *Ídem*, p. 138.

¹³⁰ Cfr. AGUDELO BETANCUR, Nódier. *CURSO DE DERECHO PENAL (Esquemas del Delito)*. Editorial Temis, S.A. Tercera edición. Colombia, 2004, p. 43.

¹³¹ Al respecto, Rogelio Barba Álvarez sustenta una opinión contraria al expresar lo siguiente: “d) El principio de culpabilidad en la Constitución Mexicana, no obstante de su importancia respecto a los límites y su precisión garantizadora, no lo podemos encontrar en nuestra carta magna, valga la siguiente interpretación, que servirá para reforzar este principio a la luz constitucional, así el art. 1, prohíbe cualquier acto que atenta a la dignidad de la persona humana, el cual se conectan (sic) a los artículos que garantizan la seguridad jurídica del inculcado, así el art. 20. ‘A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio’. Y Art. 22.

categorial *non bis in ídem*. De modo que bajo este enfoque resulta congruente sostener que el principio de culpabilidad se ubica dentro del nivel estático de la estructura del derecho penal.

1.3.4 Principios categoriales que conforman la estructura del nivel dinámico del derecho penal

1.3.4.1 Principio de lesividad

El derecho penal es una ciencia cultural de lesividades, pero no de cualquiera, sino sólo de aquellas que exponen de modo superlativo o impactan de manera desestabilizadora los contextos que son necesarios para que las personas puedan vivir congruentemente en sociedad con condiciones humanas.

Así que al derecho penal no le corresponde enfocarse sobre cualquier lesividad dada en cualquier contexto, pues si eso fuera así entonces el derecho penal se convertiría en un receptáculo de inagotables conductas insignificantes para la vida congruente en sociedad.

Por eso se sostiene que el principio de lesividad, aunque no es el único, sí es uno de los que sirven de modo más coherente para delimitar todos los enfoques de intervención o de abstención del derecho penal, con la finalidad de evitar o en su caso reconducir el extravío de criterios.

Ciertamente, según el principio de lesividad no puede haber delito sin daño, por lo que este principio gira en torno del concepto bien jurídico, es decir, de los intereses o valores que son importantes para la convivencia pacífica en sociedad y que por ello el derecho penal los reconoce como tutelables.¹³²

Se dice que Aristóteles definió el bien como aquello que todos apetecen o buscan,¹³³ sin embargo, el planteamiento del bien jurídico surge en la primera mitad del siglo XIX como expresión del iusnaturalismo penal y en rechazo de la doctrina de los derechos subjetivos de carácter civil en el ámbito penal. Al respecto, Juan Bustos Ramírez señala que Birnbaum fue el primero en hacer su desarrollo y que para éste lo importante era la existencia de un bien que

¹³² 'Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico.' Vid. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR*. *Op. cit.*, p. 65.

¹³² Cfr. TOCORA, Fernando. *PRINCIPIOS PENALES SUSTANTIVOS (Código Penal de 2000)*. *Op. cit.*, p. 145.

¹³³ Cfr. PÉREZ VALERA, Víctor Manuel. *DEONTOLOGÍA JURÍDICA. La ética en el ser y quehacer del abogado*. Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, 2002, p. 108.

se garantizara a todos de modo igual, a través del poder del Estado y a partir de eso construirse un delito sobre la base de una lesión o de la colocación en peligro de ese bien; empero, el propio Juan Bustos Ramírez señala que fue Karl Binding quien difundió tanto el reconocimiento de la labor de Birbaum como la teoría del bien jurídico, aunque mediante una fundamentación exclusivamente jurídico-positiva del bien jurídico que se aparta del planteamiento iusnaturalista de Birbaum para quien la norma crea el bien jurídico y no éste a aquélla.¹³⁴

En cambio, Juan Bustos Ramírez dice que para Karl Binding cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico y con ello se trata de términos inseparables, por lo que aquél pasa a ser un concepto totalmente abstracto y dependiente de la norma, contrariamente a lo señalado por Birbaum, pero que con Franz Von Liszt se completó un ciclo dentro del desarrollo de la teoría del bien jurídico, quien lo impulsó al señalar que el que crea los bienes jurídicos no es el ordenamiento jurídico sino la vida que es la que genera los intereses que se consideran dignos de protección del derecho.¹³⁵

Los bienes jurídicos son pues valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad, así que no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido porque eso corresponde a lo que se denomina objeto material de la acción o del ataque sobre el cual la acción típica se lleva a cabo.¹³⁶ De este modo los bienes jurídicos se definen como aquellos bienes socialmente relevantes que en razón de su importancia se consideran merecedores de protección jurídico-penal,¹³⁷ aun cuando se sostiene que es muy discutido lo que se tiene que entender bajo el concepto de bien jurídico.¹³⁸

¹³⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL*. Editorial Temis S.A. Tercera edición. Colombia, 2005, pp. 29-30.

¹³⁵ *Ídem*, p. 30.

¹³⁶ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General*. Editorial Comares, S.L. Quinta edición. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. España, 2002, pp. 277-278.

¹³⁷ Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal Parte General. Op. cit.*, p. 30.

¹³⁸ Al respecto, Claus Roxin señala: “De todos modos, puede decirse que los defensores de un concepto de bien jurídico crítico frente a la legislación configuran, por lo general, como bienes jurídicos a aquellos presupuestos indispensables para una pacífica y libre convivencia estatal en la que se respeten los derechos fundamentales. Bienes jurídicos son, por ende, la vida, la integridad física, la libertad personal, la autodeterminación sexual, pero también, por ejemplo, el correcto funcionamiento de la justicia o la protección frente a la falsificación de moneda, porque una vida social, libre y segura depende, en última instancia de que éstos (y otros muchos) bienes sean protegidos frente a daños procedentes de ataques ajenos. El reverso de esta concepción es que conductas que únicamente contrarían la moral (como ejemplo, acciones contrarias a las buenas costumbres que llevan a cabo personas adultas con consentimiento recíproco) así como acciones de autolesión y la cooperación en ellas no pueden ser sancionadas sin más, porque allí donde todos están de acuerdo ninguna resulta lesionada, de manera que no se lesiona tampoco la convivencia humana. Tampoco se permite, por ello, la protección de meros tabúes ni preceptos penales ‘simbólicos’ carentes de un concreto efecto de protección jurídica. Todo esto resulta francamente discutible. En la doctrina alemana un concepto de bien jurídico crítico con la legislación como el mencionado únicamente es defendido por una corriente minoritaria

Y precisamente porque la drástica y extrema intervención penal se legitima sobre la base del principio de lesividad,¹³⁹ es que no cualquier impacto a un bien jurídico requiere de la intervención del derecho penal sino sólo sobre los bienes jurídicos que están regulados mediante el tipo penal y que en congruencia con la vida contextualmente pacífica en sociedad deben ser los más importantes.

De esta manera el nivel dinámico de la estructura del derecho penal inicia con el referido principio de lesividad porque precisamente en él es donde se halla el eje determinante de qué conducta ha de considerarse lesiva y cuál no dentro del contexto de congruencia del tipo penal. Por lo que la interpretación y aplicación de dicho principio siempre conduce a examinar con cuidado si culturalmente es congruente o no la importancia o la insignificancia del bien jurídico hasta el extremo de que su regulación se dé específicamente mediante un tipo penal. Lo que ubica pues al principio de lesividad en ese nivel dinámico de la estructura indicada.

1.3.4.2 Principio de intervención mínima

La idea de que la proporción de intervención del derecho penal sigue siendo mínima porque otras disciplinas del derecho son las que se encargan de proteger o tutelar bienes o valores que no necesitan que aquél intervenga¹⁴⁰ ciertamente debe considerarse así, aunque la relación de causa-efecto consistente en que a menor intervención del derecho penal en la sociedad mejores condiciones de vida para sus habitantes¹⁴¹ no está exenta de excepciones.

[...] La teoría de la imputación objetiva, por mí renovada y luego desarrollada de manera permanente, y que ha alcanzado una gran resonancia en Alemania pero también internacionalmente, es –aunque hasta ahora apenas se haya puesto de manifiesto– una consecuencia obligatoria del principio de protección del bien jurídico, puesto que si la función del Derecho penal consiste en la protección del bien jurídico, entonces el injusto jurídico-penal exige el menoscabo de un bien jurídico, de manera que la tutela jurídico-penal de esos bienes únicamente puede llevarse a cabo prohibiendo aquellos riesgos no permitidos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico, y de modo que la realización de un riesgo no permitido sea un resultado típico imputado al autor como su acción propia [...] La imputación objetiva es, por ello, una concepción que resulta de las necesidades de una tutela penal apropiada de bienes jurídicos. Además, la imputación objetiva pone de manifiesto que el injusto penal no puede hacerse derivar de cualesquiera circunstancias ónticas (causalidad o finalidad), sino simplemente de la función del Derecho Penal, esto es, de la protección del bien jurídico.” *Vid.* ROXIN, Claus. *El principio de la protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto*. En: *DESARROLLOS ACTUALES DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ALEMANIA. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen (5-16 de septiembre de 2011)*. Kai Ambos (Dir.) María Laura Böhm (Coord.), *et al.* Traducción al español de Miguel Polaino Orts. Editorial Temis, S.A. Colombia, 2012, pp. 295-297.

¹³⁹ *Cfr.* TOCORA, Fernando. *PRINCIPIOS PENALES SUSTANTIVOS (Código Penal de 2000)*. *Op. cit.*, p. 145.

¹⁴⁰ *Cfr.* ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo y BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *Teoría Jurídica del Delito*. *Op. cit.*, pp. 55-56.

¹⁴¹ *Ídem*, p. 56.

Así es, la prevalencia del referido principio de intervención mínima debe considerarse necesariamente acorde con el diverso principio de lesividad, ya que de éste es de donde surge la congruencia contextual que justifica o no la intervención del derecho penal. Y es que tal intervención de ninguna manera resulta coherente con un Estado democrático de derechos humanos sólo porque un bien jurídico se encuentre regulado de modo específico en un tipo penal.

La intervención del derecho penal sólo se justifica si el bien jurídico contenido en el tipo penal es superlativo para vivir contextualmente en sociedad, con condiciones humanas y su afectación llega hasta el extremo de impedirlo con consecuencias de difícil o de imposible reparación. Este eje argumentativo ciertamente resulta útil para comprender, interpretar y aplicar sin extravíos el referido principio de intervención mínima frente a los innumerables tipos penales que contienen bienes jurídicos tan insignificantes que la dogmática jurídico-penal los ha denominado delitos de bagatela.¹⁴²

1.3.4.3 Principio de subsidiariedad

Bajo este principio se considera que el último recurso de control social que el Estado tiene es la utilización del derecho penal (*ultima ratio*), al agotarse cualquier posibilidad de tutela mediante instrumentos sancionatorios que no inciden sobre la libertad personal.¹⁴³

En ese sentido, el principio de subsidiariedad¹⁴⁴ encuentra su necesaria excepción cuando la lesividad al bien jurídico contenido obviamente en el tipo penal llega a tal extremo que sólo el derecho penal resulta la única disciplina del derecho con la congruencia, contundencia y efectividad coercitiva indispensable para resolverla.

Y es que, sin lugar a dudas, lo que sostiene al principio de subsidiariedad pierde coherencia cuando el bien jurídico afectado se trata de aquellos que requieren de una

¹⁴² Al respecto, Carlos Creus apunta lo siguiente: “Desde un punto de vista genérico es sabido que la *adecuación social de la conducta* constituye una propuesta correctora del tipo ‘para mantener las normas penales en armonía con la vida social de la comunidad’ (Zipf): lo adecuado socialmente no puede ser disvaliosamente tratado por el tipo; pero también sabemos de las dificultades que acarrea pensar en esa corrección como *abstracta frente a un tipo abstracto*. Esas dificultades se han trasladado (y se sobredimensionan) en la consideración del ‘Derecho Penal de bagatelas’, en el que, por un lado tenemos un hecho ‘insignificante’ que cabe en el tipo y por el otro una actitud de conformismo de la sociedad ante esa insignificancia como circunstancia corriente ‘que no le hace mal’ a la sociabilidad, señalándose que en esas hipótesis, cumplir con el tipo imponiendo la pena y efectivizarla, fuera de lo negativo que puede resultar individualmente, acarrea graves entorpecimientos a la tarea jurisdiccional y un profundo desmerecimiento de la función de control preventivo del Derecho Penal en el pueblo ‘por su empleo indiscriminado.’” Vid. CREUS, Carlos. *INTRODUCCIÓN A LA NUEVA DOCTRINA PENAL. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, s/a., pp. 60-61.

¹⁴³ Cfr. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR*. *Op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁴ Muy relacionado en su esencia con el diverso principio de intervención mínima.

regulación penal superlativa, como son todos los que involucran tanto al cuerpo humano como a su funcionamiento integral (físico, mental y espacial); pues en casos así la utilización del derecho penal no sólo es *prima ratio*, sino *única ratio*.

En cambio, cuando se está ante bienes jurídicos cuyo eje fundamental de regulación no es el cuerpo humano en los términos indicados, sino las cosas, entonces ahí sí el principio de subsidiariedad debe considerarse hasta el extremo, es decir, hasta excluir del derecho penal el conocimiento del conflicto y obviamente de la lesividad que pueden resolverse en cualquier otra disciplina del derecho. De ahí que este principio indudablemente se encuentra en el nivel dinámico de la estructura del derecho penal.

1.3.4.4 Principio de irretroactividad de la ley

Si se considera que la esencia del principio de legalidad es la evitación de la arbitrariedad del poder punitivo del Estado en perjuicio de cualquier gobernado, entonces es dable sostener que de este principio también deriva el diverso principio de irretroactividad de la ley, aunque desde dos enfoques distintos.

El primer enfoque no admite una postura antagónica y su comprensión es muy accesible, pues consiste en la prohibición categórica de aplicar en perjuicio de alguien una norma jurídica que todavía no estaba vigente al momento de originarse la situación concreta sobre la que tal aplicación se pretende. Y el segundo enfoque concierne a la permisión de aplicar en beneficio de alguien una norma jurídica vigente, pero que no existía cuando aconteció la situación concreta a la que se aplica.

Así pues, el principio de irretroactividad es sustancialmente una prohibición de la retroactividad de la ley penal, lo que significa que el legislador no puede crear una ley penal para la punición de conductas previas. De ahí la forma latina *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenali*. Sin embargo, si cuando la conducta tipificada como delito fue realizada bajo la vigencia de una ley pero la ley posterior es diversa, entonces se tiene que aplicar la que más favorezca al reo.¹⁴⁵ Y es precisamente por este último enfoque que el principio de irretroactividad de la ley se ubica en el nivel dinámico de la estructura del derecho penal.

¹⁴⁵ Cfr. BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR*. *Op. cit.*, p. 61.

1.4 Valores fundamentales del derecho penal

1.4.1 Regulación de bienes jurídicos elementales para vivir con condiciones humanas

Se estima que una estructura jurídica es valiosa cuando resulta tan indispensable hasta el extremo de que evita el extravío en cualquier contexto.

En esa secuencia, el bien jurídico como pieza básica de la estructura del tipo penal o concepto central de él, constituye un punto de vista decisivo para la clasificación de los distintos grupos de tipos penales. Por lo que si existen disposiciones penales sin relación alguna con un bien jurídico o si aquéllas fueran admisibles desde una perspectiva liberal, es una cuestión negada mayoritariamente.¹⁴⁶

Por eso se considera que el derecho penal es una estructura jurídica valiosa e indispensable para la sociedad, porque es innegable que a través de su elemento central, el tipo penal (así como obviamente la punibilidad) regula bienes jurídicos con más disuasión y contundencia que cualquier otro medio regulado en el resto de las disciplinas del derecho; pero también el tipo penal tiene la finalidad superlativa de evitar el extravío del Estado hacia la arbitrariedad. Y es que ciertamente como apuntan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco:

“La necesidad de recurrir al derecho penal como instrumento de tutela se explica a partir de un dato incuestionable: los medios de protección predispuestos por los otros sectores del ordenamiento no siempre resultan idóneos para prevenir la comisión de hechos socialmente dañosos que deben ser impedidos a fin de garantizar las condiciones de una convivencia pacífica. Además, recurrir a la sanción penal por antonomasia –es decir, a la pena de detención– todavía resulta inevitable para disuadir de la acción dañosa a aquellos sujetos que, sea porque ‘pueden permitirse cualquier tipo de gasto económico’, o bien, porque ‘nada tienen’, serían indiferentes al efecto de sanciones pecuniarias, tales como la del resarcimiento del daño u otras similares [...] Justamente porque el derecho penal se vale de la aplicación de las sanciones más drásticas –tal como eficazmente se ha dicho, la pena de detención funciona como ‘arma de doble filo, es decir, tutela los bienes jurídicos mediante su lesión’ [...] Según una concepción todavía dominante en la ciencia penal, el derecho penal contribuye tendencialmente a asegurar las condiciones esenciales de la convivencia,

¹⁴⁶ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit.*, pp. 276-277.

predisponiendo la sanción más drástica como medio de defensa de los bienes jurídicos.”¹⁴⁷

Así pues, se estima que es mediante la disuasión y la contundencia derivadas del tipo penal (que de ordinario también contiene la punibilidad), que finalmente el derecho penal justifica su valor ante la sociedad como una estructura jurídica valiosa y, por consiguiente, fundamental para su organización, desarrollo y sobre todo para su subsistencia, esta última cada vez más compleja dada la innegable proliferación de instrumentos de comunicación que ciertamente están desplazando la interacción humana y son accesibles a cualquier persona (incluidos obviamente los menores de edad).

1.4.2 Seguridad jurídica a partir del principio de taxatividad

Se considera con firmeza que, por una parte, la seguridad jurídica es el valor que principalmente genera y de igual modo conserva sostenible el concepto de derecho.

Y, por otro lado, que la función del derecho penal es la protección del bien jurídico,¹⁴⁸ aunque entendida aquí tal protección como regulación superlativa.

Por lo tanto, se estima que el elemento más importante de la estructura del derecho penal es sin lugar a dudas el tipo penal, pues en él se encuentran los componentes fundamentales de esta disciplina del derecho, que consisten en la descripción normativa de la conducta, el bien jurídico que regula y la punibilidad.

De este modo, como para el legislador es ineludible cumplir con el imperativo constitucional del principio de taxatividad al llevar a cabo la construcción de cualquier tipo penal; entonces, es congruente sostener que en el derecho penal el valor de la seguridad jurídica tiene su origen precisamente en ese principio.

1.4.3 Estructura de un sistema jurídico rechazador de la crueldad

La crueldad es el modo de proceder más contundente para someter y destruir el cuerpo humano y, por ende, la vida.¹⁴⁹ De ahí que también constituye el elemento más antagónico de toda la estructura normativa del derecho penal.

¹⁴⁷ Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal Parte General. Op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁸ Cfr. ROXIN, Claus. *El principio de la protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto*. En: *DESARROLLOS ACTUALES DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ALEMANIA. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen (5-16 de septiembre de 2011)*. *Op. cit.*, p. 297.

Ahora bien, si se acepta que la finalidad principal del derecho penal consiste en la protección del cuerpo humano y consecuentemente de la vida¹⁵⁰ en grado superlativo, entonces se logra una visión mejor para comprender que toda su estructura normativa está enfocada de modo prioritario a impedir cualquier acto u omisión que cause al cuerpo humano dolor o sufrimiento; esto obviamente sin estimar los diversos supuestos que jurídicamente están regulados en la propia estructura normativa.

El delito tiene dos objetos sobre los que impacta, uno es jurídico y el otro material. El primero es la norma y, por consiguiente, la disposición legal violada. El segundo corresponde a aquel donde el delito recae materialmente, que puede ser la persona (todo hombre vivo o muerto, la persona jurídica, la colectividad y el Estado) y toda cosa.¹⁵¹ Por lo que con base en esto se considera que la prioridad del derecho penal se enfoca a evitar que la persona viva sea el objeto material del delito.

Y es que el Estado en el ejercicio de su poder de imperio de ninguna manera puede sostener o tolerar la legitimidad de un acto u omisión que impacte al cuerpo humano con el único propósito de generarle dolor o sufrimiento (especialmente físico, es más, ni siquiera para llevar a cabo la ejecución de la pena de muerte, que por cierto en este país ya fue abolida).

Por eso la estructura normativa del derecho penal constituye en sí misma el dique rechazador de la crueldad que pudiera pretender cualquier Estado que afirme contar con un orden jurídico; lo que en la actualidad significa un valor fundamental del derecho penal que innegablemente resulta indispensable para vivir en sociedad con condiciones humanas.

1.4.4 Posición garante de la libertad contra intereses arbitrarios

Se estima que el ser humano es el único individuo al que en congruencia con su naturaleza puede clasificársele de modo exclusivo como un ser de intereses; pues se considera que su esencia radica en el pensamiento y que de éste ciertamente deriva uno de los tipos de cargas del comportamiento.

Así es, las cargas que activan el comportamiento son de dos clases: Una que proviene del pensamiento y otra que surge del más profundo instinto de conservación del ser humano.

¹⁴⁹ *Vid. supra*, pp. 5-7.

¹⁵⁰ *Vid. supra*, pp. 5-7.

¹⁵¹ *Cfr.* ALIMENA, Bernardino. *TEORÍA DEL DELITO*. Editorial Leyer. Colombia, s/a., pp. 58-59.

Las cargas provenientes del pensamiento pueden ser de cualquiera de las subclases siguientes: De emotividad, de satisfacción, de placer, de tolerancia, de superación, de orden, de organización, entre otras. En cambio, las cargas que surgen del más profundo instinto de conservación sólo pueden ser de supervivencia.

Ahora bien, se considera que sólo las cargas que provienen del pensamiento son las únicas con la suficiencia distintiva para transformar el comportamiento en conducta; lo que se origina cuando el interés selecciona una o más de esas cargas y posteriormente las distribuye para lograr con ello una decisión. De esta manera se estima que cuando el interés determina una carga del pensamiento lo que hace es depurarla del comportamiento y convertirlo en conducta.

De modo que comportamiento y conducta no son lo mismo, pues el comportamiento es preparatorio de esta última y además nunca es pretensor sino presupuesto de ella. Y es que el comportamiento siempre es activo, nunca pasivo, por eso en la omisión no hay comportamiento sino únicamente conducta.

Otra diferencia más entre comportamiento y conducta se sustenta en que la conducta tiene su centro precisamente en el interés que funciona como distribuidor de las cargas del pensamiento y sólo de éste mas nunca de los impulsos correspondientes al instinto de conservación, pues es claro que dicho instinto se activa sin necesidad del pensamiento ¡por eso es instinto!

Luego, con base en lo indicado respecto de que el centro de la conducta es el interés, lo que sigue sostener es que éste a su vez tiene su centro en la libertad de pensamiento, la cual constituye su imprescindible fundamento.

El concepto libertad comprende diversos entramados pero se considera que es principalmente una sensibilidad porque sin lugar a dudas comienza en el pensamiento y en él impacta la sensación de gozar o no de ella. De ahí que resulte congruente sostener que la libertad se siente en el pensamiento aunque se percibe más en el movimiento; por eso se estima que los elementos esenciales de la libertad son el pensamiento y el movimiento, que juntos conforman el centro de la vida¹⁵² del ser humano en los contextos.

Las libertades humanas se ubican en los límites justos que reconocen a cada quien su ámbito de movimientos, por eso dentro del orden social es preciso que se reconozca a la

¹⁵² *Vid. supra*, pp. 5-7.

persona humana su ámbito de libertad, pero nunca de libertinaje, porque sólo así podrá desarrollar su personalidad y su misión en la vida.¹⁵³

Ahora bien, cuando en un contexto confluyen tanto conductas determinadas por intereses disímiles como comportamientos con cargas provenientes del instinto de conservación es entonces cuando la libertad también encuentra sus límites en el propio contexto; límites que si son rebasados generan el conflicto y con ello el desorden que puede llegar hasta el extremo del caos.

Por lo que en un Estado democrático de derechos humanos ni el conflicto ni el desorden ni el caos pueden permear y menos justificar el ejercicio de la libertad y éste tampoco puede restringirse o privarse; como de igual manera tampoco puede contenerse o disolverse el conflicto, el desorden y el caos mediante conductas determinadas por intereses arbitrarios o comportamientos del mismo modo. Sobre esto Günther Jakobs señala: “...KANT, el más destacado filósofo de la libertad (junto a JOHN LOCKE), que en su *Metafísica de las costumbres* menciona como único ‘derecho innato’ la libertad entendida como ‘independencia con respecto a la arbitrariedad impuesta por otro’,...”¹⁵⁴

Y como la estructura del derecho penal siempre tiene que ser congruente con todos sus principales enfoques, es decir, con su prioridad de evitar que la persona viva sea objeto material del delito¹⁵⁵ dada su función de regulación superlativa del bien jurídico¹⁵⁶ mediante la construcción congruente del tipo penal y la determinación proporcional de la punibilidad; es por todo eso que otro valor del derecho penal consiste en su estructura garante de la libertad del ser humano contra intereses arbitrarios; porque cuando no es así tal estructura pierde consistencia y el derecho penal su congruencia sistemática con el orden jurídico constitucional de los derechos humanos. De modo que como ciertamente Agustín Basave afirma: “Sin la libertad como condición necesaria, los ordenamientos legales resultarían un absurdo.”¹⁵⁷

¹⁵³ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁴ Cfr. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría del derecho penal del enemigo*. En: *DESARROLLOS ACTUALES DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ALEMANIA. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen (5-16 de septiembre de 2011)*. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁵ *Vid. infra*, pp. 124-132.

¹⁵⁶ *Vid. infra*, pp. 288-290.

¹⁵⁷ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, p. 634.

Capítulo 2. El lenguaje en la construcción jurídica

2.1 Bases para la construcción jurídica

La descomposición del contenido de las nociones jurídicas con la finalidad de lograr conceptos fijos y claramente dilucidados requiere, sin lugar a dudas, de un ejercicio imprescindible: El análisis del lenguaje humano.

Por construcción se entiende hacer una cosa utilizando y conjugando los elementos necesarios. Y en este sentido la construcción jurídica es menester para la unidad de la ciencia del derecho y de la vida jurídica; exige una ordenación metódica de los problemas de derecho mediante conceptos fijos y claramente dilucidados, descomponiéndose el contenido de las nociones jurídicas para ver qué formas conceptuales puras le determinan lógicamente, pero nunca fuera de la realidad.¹⁵⁸

2.1.1 El lenguaje como materia prima del derecho

Los sistemas sociales son consecuencia de la propia biología humana y eso implica la convivencia como espacio de realización de lo humano, por eso la constitución de lo social es esencia de lo humano y esto como fenómeno se da en lo social a través del lenguaje por medio de la comunicación, de modo que la realidad de lo humano sólo puede materializarse a partir de la interacción humana en sociedad mediante el lenguaje y la comunicación. Por eso el fenómeno humano aislado de lo social no constituye un verdadero ser humano como tal sino sólo sistemas humanos biológicos, genéticamente humanos, pero no totalmente humanos, por lo que sin socialización no hay fenómeno humano como tal.¹⁵⁹

La comunicación humana es una consecuencia propia del modo como los seres humanos se interrelacionan socialmente y a partir del lenguaje generan mundos en los que viven, de manera que la realidad humana está basada y originada a través del lenguaje,¹⁶⁰ el

¹⁵⁸ Cfr. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales. Op. cit.*, pp. 592-593.

¹⁵⁹ Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *LA IMPUTACIÓN CONSTRUIDA. Sistema jurídico general, subsistema jurídico penal y de medidas de seguridad. La respuesta comunicativa punitiva. La imputación objetiva. Hacia una imputación comunicativa. La teoría del rol.* Editorial Universidad S.R.L. Argentina, 2008, p. 113.

¹⁶⁰ Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA COMUNICATIVA DEL DELITO. Construcción del ilícito a partir de la ontología del lenguaje y la teoría de los sistemas. Responsabilidad por el producto. Organización y estructura del sistema social.* Editorial Universidad, S.R.L. Argentina, 2006, p. 148.

cual es generativo de la realidad y creador del mundo.¹⁶¹ El lenguaje distingue al hombre del animal porque el lenguaje humano (incluido el de los sordos) es completamente distinto del intercambio de señales propio de los animales. Entre los seres humanos, en el lenguaje articulado, quien habla se escucha a sí mismo y percibe su expresión como algo propio y, además, que entre emisor y receptor entiendan el mensaje aproximadamente del mismo modo y de ello surja que el primero se ponga en el lugar del segundo y pueda predecir su reacción es lo que confiere al hombre una posición especial en el seno del mundo animal.¹⁶² El lenguaje es pues la ventaja más importante que tiene el hombre sobre los animales, una prerrogativa humana que nos da superioridad respecto de ellos.¹⁶³

Ciertamente el ser humano mediante el lenguaje puede crear un mundo simbólico compuesto de significaciones que comparte con sus congéneres así como adoptar su papel y comprenderlos. Y es que el lenguaje posibilita el pensamiento y la reflexión pero sobre todo es el mejor camino hacia la cultura.¹⁶⁴

El lenguaje en general es un conjunto sistemático de signos que permite un cierto tipo de comunicación,¹⁶⁵ sólo que el lenguaje humano ciertamente también es ese conjunto de signos pero articulados mediante los cuales las personas de cualquier raza o cultura se comunican.¹⁶⁶ El lenguaje es pues una manifestación de la vida y de la cultura humana.¹⁶⁷

Luego, aceptándose las ideas de que el derecho es un fenómeno eminentemente social¹⁶⁸ y, además, un producto cultural cuya principal fuente es la sociedad,¹⁶⁹ por consiguiente, la ciencia del derecho es una ciencia cultural (de la realidad),¹⁷⁰ que en la visión

¹⁶¹ *Ídem*, p. 160.

¹⁶² Cfr. SCHWANITZ, Dietrich. *LA CULTURA. Todo lo que hay que saber*. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A DE C.V. Segunda edición. Traducción de: Vicente Gómez Ibáñez. México, 2016, p. 607.

¹⁶³ Cfr. RUSSELL, Bertrand. *FUNDAMENTOS DE FILOSOFÍA*. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A. de C.V. México, 2016, p. 66.

¹⁶⁴ Cfr. SCHWANITZ, Dietrich. *LA CULTURA. Todo lo que hay que saber. Op. cit.*, pp. 608-609.

¹⁶⁵ Al respecto, Salvador Gutiérrez Ordoñez al respecto apunta: "...Se denomina **comunicación** al proceso mediante el cual el *emisor* (simple o múltiple) en unas circunstancias concretas transmite, a través de un *canal*, a un *receptor* (simple o múltiple) una información (*sentido*) cifrado en *mensaje* de acuerdo con las unidades y reglas de un *código* que les es común, complementado con el proceso inverso y simétrico por el que el *receptor* descifra, también en unas circunstancias determinadas, tal *sentido* aplicando el mismo código a los estímulos que el *mensaje* provoca en sus canales de percepción." *Vid.* GUTIÉRREZ ORDÓÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. Editorial Síntesis, S.A. España, 1992, p. 19.

¹⁶⁶ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. Editorial Teide, S.A. Tercera edición. España, 1978, p. 1.

¹⁶⁷ *Ídem*, p. 6.

¹⁶⁸ Cfr. NAVA BEDOLLA, José. *FILOSOFÍA Y TEORÍA JURÍDICA. Una relación epistemológica*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2016, p. 161.

¹⁶⁹ *Ídem*, p. 143.

¹⁷⁰ *Vid. supra*, p. 18.

de Agustín Basave: “...es un conocimiento explicativo y sistemático de un sector determinado del universo –lo jurídico–...”¹⁷¹

Por lo tanto, por equiparación ejemplificativa se considera sostenible afirmar que el lenguaje constituye la materia prima¹⁷² de la ciencia del derecho, por eso para construir esta última de modo congruente con la realidad es indispensable partir desde el análisis del lenguaje humano y después de forma especial del lenguaje jurídico.

El lenguaje humano articulado, en sus características esenciales, se manifiesta en una pluralidad de lenguas y dentro de cada una de ellas por una pluralidad de signos fónicos. Los signos lingüísticos son arbitrarios pues no responden necesariamente a la naturaleza de las ideas o cosas significativas y están sujetos a cambios como todas las instituciones humanas.¹⁷³

2.1.2 Funciones del lenguaje

La función fundamental del lenguaje es la expresión y su finalidad esencial es la comunicación.¹⁷⁴ Por función se considera aquella actividad determinada con un sentido de orden teleológico o causalidad final. De este modo se distinguen tres funciones del lenguaje que pueden darse al mismo tiempo en el lenguaje humano: 1) Función apelativa o de llamada: Consiste en actuar sobre el oyente para dirigir o atraer su atención, aquí el lenguaje es una llamada al oyente –como las señales del tráfico de las grandes ciudades–; 2) Función expresiva: En ella el hablante manifiesta su estado psíquico; 3) Función representativa: En esta función el lenguaje puede transmitir un contenido y requiere de un sistema de signos representativos de cosas o ideas y solamente es propia del ser humano,¹⁷⁵ sin embargo, también hay quien sostiene que sólo existe esta última y que las demás son sólo momentos del lenguaje humano.¹⁷⁶

¹⁷¹ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, p. 14.

¹⁷² El concepto *materia prima* también lo utiliza Agustín Basave Fernández del Valle como sigue: “Lo que condiciona la razón de ser de un objeto es su causa. La doctrina aristotélico-tomista distingue cuatro causas: material, formal, eficiente y final. San Agustín añade una quinta causa: la causa ejemplar. La *causa material* –materia prima– sufre una acción configurante por parte de la causa formal. Preguntarnos por la *causa material* del Derecho es preguntarnos por aquello de lo que está hecha su trama. Ahora bien, la trama jurídica está constituida por *normas sociales cumplibles*;...” *Ídem*, p. 10.

¹⁷³ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE. Op. cit.*, p. 2.

¹⁷⁴ *Ídem*, pp. 56-57.

¹⁷⁵ *Ídem*, pp. 13-14.

¹⁷⁶ Al respecto, J. Roca-Pons señala: “Para otro gran filósofo alemán que se ha ocupado de un modo especial de temas lingüísticos, Dempe, sólo existe una función y ésta es representativa. Para él, las dos otras señaladas son sólo momentos del lenguaje humano, que se subordinan a la única función que puede considerarse como tal. Para Dempe es esencial, en la relación significativa propia del lenguaje humano, la intencionalidad, o sea, la relación con el objeto. En este sentido, por ejemplo, nos dice que el maullido del gato de ningún modo puede considerarse representativo.” *Ídem*, p. 16.

Con enfoque distinto, el concepto función también implica relación compleja, como es el caso de la palabra con respecto a la frase, pues ahí los conceptos de función y estructura se complementan conformándose un sistema al existir relación y solidaridad entre sus elementos los cuales están supeditados a la unidad general y organizada que constituye la lengua.¹⁷⁷

2.1.3 Objeto de estudio del lenguaje

La lingüística es ciencia del lenguaje de los textos y el lenguaje puede ser objeto de estudio desde diferentes puntos de vista. Es intrínseco cuando el objeto de ese estudio es el lenguaje como fin u objetivo en sí mismo. En sentido amplio la lingüística comprende fundamentalmente tres aspectos esenciales en el estudio del lenguaje: El fónico o de los sonidos, el gramatical o de las formas significativas y el léxico o del vocabulario.¹⁷⁸

2.1.4 La gramática

La gramática consiste en la descripción del sistema funcional o estructura fundamental de una lengua. Es pues la descripción de las formas lingüísticas significativas determinadas por sus funciones que en su conjunto conforman una estructura cuyos elementos son solidarios en relación con el fin de la lengua.¹⁷⁹ Con base en una concepción muy común las dos partes de la gramática son: La morfología y la sintaxis,¹⁸⁰ aunque también se utiliza el término morfosintaxis por quienes suelen estudiarlas conjuntamente bajo el enfoque de que la forma y la función están en constante dependencia mutua,¹⁸¹ sin embargo, lo que constituye la base de la discutida división de la gramática en morfología y sintaxis es la separación entre palabra y frase.¹⁸²

2.1.4.1 Elementos del lenguaje gramatical

La lengua es un sistema¹⁸³ en el que sus elementos adquieren valor no por sí mismos sino por su relación con los demás. Y aunque el signo lingüístico se basa en el sistema y el

¹⁷⁷ *Ídem*, p. 61.

¹⁷⁸ *Ídem*, pp. 3-4.

¹⁷⁹ *Ídem*, pp. 167-168.

¹⁸⁰ *Ídem*, p. 25.

¹⁸¹ *Cfr.* SECO REYMUNDO, Manuel. *GRAMÁTICA ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE MANUEL SECO*. Editorial Espasa Calpe, S.A. Cuarta edición. España, 1999, pp. 123-124, n.1.

¹⁸² *Cfr.* ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁸³ *Vid. supra*, p. 23.

contexto, sin embargo, la esencia de la función representativa o significación es la falta de inherencia entre el signo y la cosa significada.¹⁸⁴

2.1.4.2 El signo lingüístico

Todo signo supone alguna relación con algo que no es él pero que conduce a lo significado. Esto es así porque el signo o también llamado significante tiene una realidad que pone en contacto con otra realidad o concepto que es lo que constituye lo significado, por lo que significar es pues expresar la referida relación y todos los signos, por serlo, tienen significación. El signo lingüístico constituye una clase especial de signos.¹⁸⁵

Ahora bien, acorde con Saussure quien fue el verdadero iniciador de la lingüística moderna estructural en Europa, debe distinguirse entre el significante y el significado. El significante está constituido por una imagen acústica y el significado por el concepto, de modo que el signo lingüístico es realmente la relación entre ambos.¹⁸⁶ Las ideas de Ferdinand de Saussure para quien el significante estaba centrado en el aspecto fónico (sonido) que en su dimensión lingüística era imagen acústica,¹⁸⁷ ya quedaron superadas¹⁸⁸ con base en las formulaciones de la escuela lingüística danesa de la glosemática creada por Louis Hjelmslev.¹⁸⁹

2.1.4.3 Significación y significado

El acto de comunicación es el principio para comprender la significación de la significación (considerándose que existen varias clases de ella, como en la música o en la pintura)¹⁹⁰ y que la misma se entiende en diferentes acepciones.¹⁹¹ A eso se suma una

¹⁸⁴ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁵ *Ídem*, pp. 17-19.

¹⁸⁶ *Ídem*, pp. 32-33.

¹⁸⁷ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁸ *Vid. infra*, pp. 67-69.

¹⁸⁹ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁰ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁹¹ Sobre el tema J. Roca-Pons señala las siguientes: “a) La significación es el objeto, del cual el signo es el nombre b) La significación es una propiedad de los objetos c) La significación como relación, la cual, a su vez, puede ofrecerse entre signos, entre signo y objeto, entre signo y el pensamiento sobre el objeto, entre signo y la acción humana y entre signo y los hombres que se comunican por medio de signos. En el primer caso a) la distinción entre significado y connotación es particularmente importante. En el ejemplo que nos da Frege en un famoso trabajo –con las expresiones *the morning star*, ‘la estrella matutina’, y *the evening star*, ‘la estrella vespertina’, ambas tienen la misma significación, aunque no la misma connotación. Es decir, ambas expresiones se refieren al mismo objeto, al que, sin embargo, las dos diferentes expresiones que lo designan, según las circunstancias, confieren notas distintas de significado. En el caso b) Husserl representa bien esta posición dentro de una línea tradicional que se remonta a Platón. El mundo real es referido entonces a pura conciencia: su carácter

problemática conceptual de especial importancia: La relación entre significación y noción,¹⁹² pues según la naturaleza del sujeto cognoscente un mismo objeto es conocido de modo diverso.¹⁹³

Por una parte, la noción de un objeto es diferente de su significación porque la noción tiene un contenido más amplio y universal. Y desde otro enfoque, al concepto de noción se asigna un contenido más limitado por considerarse de carácter más abstracto y científico que el de significación, al que se le ven una serie de elementos afectivos ocasionales que no pueden hallarse en la noción; sin embargo, distinguir entre noción y significación de las palabras o frases resulta difícil e injustificado.¹⁹⁴

Se ha considerado que la significación no es problema de la lingüística por implicar trascendencia a la actividad mental y, por ende, no corresponder al lingüista tratar de profundizar en tales complejidades mentales sobre la definición o explicación del sentido¹⁹⁵ de las palabras. Sin embargo, donde el problema de la significación presenta dificultades importantes es en el léxico o vocabulario.¹⁹⁶ Y es que al campo de las formas significativas, que abarca tanto la gramática estricta como el léxico, es a donde pertenecen todos los medios de los que las lenguas se sirven para la expresión de contenidos significativos.¹⁹⁷

Por otra parte, el significado no es una unidad indivisa y en esa congruencia es analizable en unidades menores denominadas semas¹⁹⁸ o componentes, que son las propiedades que componen los significados y representan las implicaciones que una palabra determinada introduce en el discurso, de manera que el significado es un conjunto de semas

de <<objeto intencional>> es como un contenido de conciencia. Por lo que respecta a la significación como relación, la situación es clara cuando tratamos de trasladar un contenido significativo de una lengua a otra, es decir, en las traducciones. La relación se establece entre lo que define y lo definido, o sea, en último término, entre signos." *Ídem*, pp. 21-22.

¹⁹² *Ídem*, p. 22.

¹⁹³ En relación con el tema J. Roca-Pons agrega a lo anterior el ejemplo siguiente: "Piénsese en la diferente manera de conocer al caballo propia de alguien que se dedique, por ejemplo, a comerciar con estos animales o a montarlos en las carreras y la del hombre común, alejado de toda especialidad en el trabajo que afecte a los caballos." *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ídem*, pp. 22-23.

¹⁹⁵ Al respecto, Salvador Gutiérrez Ordoñez señala: "Entendemos por *sentido de un mensaje la totalidad de contenidos que se transmiten en una comunicación concreta*. Dado que un mensaje puede estar constituido por uno o múltiples enunciados y que los enunciados lingüísticos se hallan articulados en *sintagmas (constituyentes)*, diremos que el *sentido de un enunciado* o de un *constituyente* es asimismo el conjunto de notas de significación que tal enunciado o tal constituyente transportan en una comunicación producida por unos actores determinados y dentro de unas circunstancias semiológicas muy concretas. Por consiguiente, el *sentido* engloba todos los aspectos y dimensiones significativas que intervienen en un acto de discurso, ya estén ligados al significante lingüístico, ya sean aportaciones contextuales, ya sean aspectos de referencia, ya valores intencionales o modalidades imprimidas por el emisor. El *sentido* es, por consiguiente, la conjunción y el resultado de diferentes dimensiones significativas. No es una unidad de significación lingüística, sino un elemento de carácter pragmático. Para que un acto de comunicación no resulte fallido el receptor ha de captar todo cuanto el emisor desea transmitirle." *Vid.* GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁹⁶ *Cfr.* ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, pp. 23-25.

¹⁹⁷ *Ídem*, p. 58.

¹⁹⁸ *Vid. infra*, pp. 64-65.

asociado de modo estable con una expresión determinada, sin embargo, es importante destacar que una determinada propiedad eventualmente presente en el uso de una palabra es tanto menos accesible cuanto más complejo sea el análisis necesario para llegar a ella y es que cualquier propiedad que se considere sema de una palabra puede entenderse como una propiedad producto de otras menores y éstas a su vez del mismo modo.¹⁹⁹ Así pues, Rafael Núñez y Enrique del Teso señalan: “...lo que hacemos cuando definimos el significado de una palabra es coleccionar propiedades que concurren en los objetos que puede designar.”²⁰⁰

2.1.4.4 Morfología del lenguaje

La morfología trata de las formas de las palabras o bien de la palabra y sus variaciones y derivaciones, es decir, las modificaciones que por flexión presenta una misma palabra o variaciones que por derivación presentan las palabras al compararlas entre sí. Las modificaciones por flexión corresponden a las del género y número en el nombre y, en relación con este último, el tiempo, el modo y el aspecto en el verbo. Y las variaciones por derivación conciernen a las palabras que ofrecen una misma raíz²⁰¹ como: libro, librero, librería o un mismo sufijo como: librero, niño, herrero.²⁰²

La afijación es pues la que da lugar a los fenómenos de la flexión y la derivación. Y dentro de las concepciones lingüísticas los afijos son morfemas,²⁰³ pertenecientes a la clase de los flexivos o derivativos, frente a los que expresan la raíz que se dividen en prefijos, infijos y sufijos,²⁰⁴ que son más numerosos y con un carácter más predominantemente gramatical que los flexivos o derivativos.²⁰⁵

¹⁹⁹ Cfr. NUÑEZ, Rafael y DEL TESO, Enrique. *SEMÁNTICA Y PRAGMÁTICA DEL TEXTO COMÚN. Producción y comentario de textos*. Ediciones Cátedra, S.A. España, 1996, pp. 62-63.

²⁰⁰ *Ídem*, p. 63.

²⁰¹ Al respecto, Gerardo Dehesa Dávila señala lo siguiente: “La raíz es el elemento básico e irreductible, generalmente monosilábico y común a un conjunto de palabras. Es la parte fundamental de la palabra, pues encierra el sentido esencial del vocablo [...] La raíz lleva la idea fundamental y común a un grupo de palabras, así en la serie: *poblado* [,] *población* [,] *poblacho* [,] *despoblado* [,] *sobrepoblado*...” Vid. DEHESA DÁVILA, Gerardo. *ETIMOLOGÍA JURÍDICA*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2001, p. 125.

²⁰² Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 172.

²⁰³ Sobre este concepto Gerardo Dehesa Dávila apunta lo siguiente: “Los MORFEMAS [...] *morfé*, o afijos son las letras o partículas que se añaden a la raíz para convertirla en una palabra significativa.” Vid. DEHESA DÁVILA, Gerardo. *ETIMOLOGÍA JURÍDICA*. *Op. cit.*, p. 126.

²⁰⁴ Al respecto, Gerardo Dehesa Dávila señala: “Los *morfemas* o afijos se dividen en: PREFIJOS [,] INFIJOS [,] SUFIJOS [...] El *prefijo*, como lo indican sus componentes, son aquellas letras o partículas que se colocan antes de la raíz, en efecto viene del latín *prae* que indica *antes de* y *fixus* = puesto o colocado. Ejemplo: *Infractor*, *resolver*, *inspector*, *releer*, *programa*, *construir*. El *infijo* es el morfema que va colocado en medio, entre la raíz y los sufijos, por ejemplo el infijo *-ete*, en *corr-ete-ar*. El *sufijo* es el morfema que va

En el caso de la flexión ésta puede hallarse, por la concordancia, con mayor o menor grado más cercana a la sintaxis, mientras que la derivación no porque las modificaciones fónicas que la derivación ofrece no afectan a las relaciones de las palabras en la oración o cuando menos no de modo directo. Sin embargo, cabe señalar al respecto que la derivación sí aparece más cercana a la lexicología si a esta última se le considera independiente de la gramática.²⁰⁶

Así pues, resulta que distinguir la flexión de la derivación es indispensable porque en la flexión se expresan relaciones sintácticas que dentro de la oración afectan a la conexión de las palabras; en cambio la derivación tiene un carácter más contingente porque la creación de un nuevo sustantivo no llevará aparejado el surgimiento de todos los derivados de la nueva lengua.²⁰⁷

2.1.4.5 Sintaxis

La sintaxis es una de las dos partes de la gramática²⁰⁸ y trata de la oración y sus elementos.²⁰⁹ Formar una oración requiere de una actividad creadora basada en ciertos patrones o modelos de la lengua que permiten llegar a tal fin.²¹⁰ Así pues, las partes de la oración implican la clasificación tradicional más importante de las palabras, que puede ser morfológica, considerándose que las palabras pueden dividirse por los afijos y por cómo éstos aparecen en ellas o también sintáctica que se basa en la posición o funciones de las palabras en la oración,²¹¹ así que en la oración el orden de las palabras es el medio más genuinamente sintáctico.²¹² Y para evitar confusiones J. Roca-Pons precisa: “Por partes de la oración se entienden, entonces, las palabras desde el punto de vista de su función en la frase.”²¹³

después de la raíz, **sub**; debajo, después de, y **fixus**, puesto, así la palabra inspec-**tor**, dela-**tor**, audi-**tor**, infrac-**tor**, benefac-**tor**, judici-**al**, pen-**al**, constitucion-**al**.” Vid. DEHESA DÁVILA, Gerardo. *ETIMOLOGÍA JURÍDICA*. *Op. cit.*, p. 127.

²⁰⁵ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, pp. 196-197.

²⁰⁶ *Ídem*, pp. 172-173.

²⁰⁷ *Ídem*, p. 197.

²⁰⁸ *Ídem*, p. 25.

²⁰⁹ *Ídem*, p. 172.

²¹⁰ *Ídem*, p. 173.

²¹¹ *Ídem*, pp. 200-201.

²¹² *Ídem*, p. 198.

²¹³ *Ídem*, p. 203.

Ahora bien, el concepto que en la gramática debe tener el sintagma es el de toda sucesión de dos o más unidades significativas,²¹⁴ aunque en un sentido muy general el sintagma²¹⁵ consiste en toda sucesión de elementos lingüísticos. Y en el campo de la sintaxis las relaciones sintagmáticas se dan, por ejemplo, entre las palabras de una oración o entre la raíz y los afijos de una palabra, es decir, entre elementos en un plano horizontal o sucesivo del lenguaje. Sin embargo, el sintagma no es sólo una unidad sintáctica porque en el mismo sentido fundamental pueden considerarse las palabras formadas por más de un morfema o unidad significativa.²¹⁶

Así pues, aunque el sintagma debería ser exclusivamente una unidad sintáctica, empero, la unidad mínima formada por dos o más unidades mínimas, es decir, dos o más morfemas también es un sintagma. De este modo, son sintagmas tanto las palabras conformadas por más de un morfema como las oraciones de cualquier clase.²¹⁷

2.1.4.6 Morfemas

Los morfemas son las unidades o expresiones significativas las cuales por no componerse de otras se consideran mínimas. Son palabras que no pueden subdividirse en porciones significativas más pequeñas, como por ejemplo la preposición “de” o las palabras “papel” o “mesa” así como las raíces y los afijos de todas clases.²¹⁸ Así pues, un morfema²¹⁹ es una unidad mínima significativa²²⁰ y aunque se insiste en su carácter significativo, sin embargo, esto no llega hasta el extremo de precisar de una manera general y aplicable a todas ellas en qué consiste tal significación.²²¹

²¹⁴ *Ídem*, p. 201.

²¹⁵ Al respecto, J. Roca Pons expone: “Un sintagma podría ser llamado una verdadera unidad –compuesta, a su vez, de dos o más unidades mínimas– con un criterio verdaderamente consecuente y lógico desde el punto de vista terminológico, si la palabra sintagmática –u otra análoga que se cree– designara el campo de la lingüística dentro del cual, precisamente, el sintagma podría ser considerado como la unidad fundamental.” *Ídem*, p. 73.

²¹⁶ *Ídem*, pp. 72-73.

²¹⁷ *Ídem*, p. 169.

²¹⁸ *Ídem*, p. 23.

²¹⁹ Sobre una distinta denominación del *morfema*, J. Roca-Pons señala: “...A. Martinet, el más ilustre representante del estructuralismo francés, emplea otro término, el de *monema*, usado también por algunos de los seguidores más directos de Saussure, o sea, los de la escuela de Ginebra. Aunque la cuestión terminológica no es decisiva, creemos que hay razones, si partimos de la necesidad o conveniencia de emplear un término común o genérico a toda clase de unidades mínimas de significación, de que este término sea el de morfema: su amplia propagación en el sentido indicado nos parece la más decisiva.” *Ídem*, p. 175.

²²⁰ *Ídem*, p. 58.

²²¹ *Ídem*, p. 23.

Ahora bien, en sentido estricto, un morfema es toda porción conformada por uno o más fonemas²²² que no puede subdividirse y que cada una tiene significación distinta.²²³ Sin embargo, de acuerdo con un criterio distribucional puro, defendido en Europa y América, concierne a las relaciones entre fonética y fonémica, los fonemas pueden establecerse considerándose sólo sus relaciones con los demás en su aparición en el contexto. De este modo en vez de fonemas se habla de cenemas (término derivado del griego que significa vacío), con el cual se pone de relieve precisamente el carácter vacío de toda sustancia en contraste con los plerematemas (término derivado también del griego que significa lleno), que son las unidades significativas mínimas subdivididas en pleremas y morfemas según la glosemática,²²⁴ escuela lingüística danesa creada por L. Hjelmslev.²²⁵

El concepto de morfema es uno de los fundamentales de la lingüística moderna y es comparado con el concepto de fonema,²²⁶ sin embargo, la diferencia fundamental entre el fonema y el morfema es el carácter significativo de este último²²⁷ y sus partes esenciales son dos: La primera, que es una unidad o elemento mínimo y la segunda, que es una forma que tiene significado y consecuentemente una verdadera expresión.²²⁸

Tradicionalmente ha sido muy común y en Europa aceptado por algún tiempo distinguir entre dos clases fundamentales de unidades significativas mínimas: Semantemas y morfemas, esto, con base en que los semantemas expresan la idea y los morfemas las relaciones entre tales ideas.²²⁹ Distinción considerada importante y que puede tener relación con la separación de las raíces y afijos de la lingüística tradicional, pero carece de rigor formal.²³⁰ Otra distinción interesante es aquella entre palabras o expresiones semánticas (que significan algo por sí mismas) y sinsemánticas (que para significar algo necesitan unirse con

²²² Al respecto, J. Roca-Pons señala que el *fonema*: "...constituye una unidad fónica mínima, determinada en cada lengua por la estructura de la misma en este aspecto, es decir, por el conjunto de relaciones que ofrecen los sonidos de cara al establecimiento de unidades diferenciales. Por ello puede deducirse que un mismo sonido, por ejemplo, no tiene necesariamente el carácter de fonema en todas las lenguas, ya que ello depende de su relación con los demás fonemas de las mismas y de su esencial capacidad para poder diferenciar la significación de las palabras o unidades significativas..." *Ídem*, p. 133.

²²³ *Ídem*, p. 59.

²²⁴ *Ídem*, p. 136.

²²⁵ *Ídem*, p. 24.

²²⁶ *Ídem*, p. 176.

²²⁷ *Ídem*, p. 138.

²²⁸ *Ídem*, p. 176.

²²⁹ Al respecto, J. Roca-Pons precisa: "...En un nombre como *casas*, la primera parte o *casa* es un semantema y la segunda o *-s*, un morfema. En una forma verbal como *cantásemos*, *cant-* (o *canta*) es un semantema frente al resto de la palabra, constituido por varios morfemas, que expresan tiempo, persona, etc." *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*.

otras –sin tiene el valor del prefijo griego equivalente a con–);²³¹ sin embargo, desde un punto de vista lingüístico tal división es subjetiva y por ello tanto los llamados semantemas como los morfemas que se les oponen son pues, en sentido genérico, morfemas.²³²

Así pues, la distinción que cabe dentro de los morfemas es la de morfemas raíces (o léxicos), los derivativos y los flexivos.²³³ Sin embargo, estos dos últimos necesitan de los morfemas raíces, que expresan las ideas más generales del léxico de una lengua y constituyen la base para formar unidades léxicas o palabras, ambas posibles de modificación a través de los flexivos. Ahora bien, los morfemas raíces pueden relacionarse de modo directo con los flexivos sin que requieran de la existencia de los derivativos, pero los derivativos no pueden existir sin los morfemas raíces.²³⁴

2.1.4.7 Las palabras

Las palabras pueden constar de dos o más morfemas, sin embargo, la palabra es una unidad de significación más clara e independiente que ellos pues tiene una significación fija más concreta y definible de tal manera que la mayoría conduce de modo directo a su contenido significativo fundamental.²³⁵ Y si se considera la palabra como unidad mínima de comunicación, entonces una puede tener el valor de una oración,²³⁶ aunque en el sentido de las partes de esta última, es decir, de la oración, la clasificación de las palabras debe basarse precisamente en ellas y no en morfemas.²³⁷

Y aunque la palabra es una unidad, sin embargo, puede verse de manera concomitante desde dos enfoques, es decir, como unidad gramatical y como unidad léxica. Desde el primer

²³¹ *Ídem*, p. 24.

²³² *Ídem*, p. 176.

²³³ Al respecto, J. Roca-Pons señala: “...veamos cómo se nos ofrecen las diferentes clases de morfemas. En primer lugar, señalemos los que coinciden con palabras, por ejemplo, *papel*, *cárcel*, etc. Estas palabras no pueden dividirse en otras unidades significativas más pequeñas, aunque pueden figurar –y de hecho figuran– como raíces en otras palabras, como *papelera* o *carcelero*. Otros morfemas, que parecen identificarse con palabras, pueden considerarse como raíces si, teniendo en cuenta su aparición o, mejor dicho, la manera como aparecen en otras palabras derivadas, procedemos del modo indicado en los ejemplos siguientes: *libr-o*, *cas-a*, etcétera, en los cuales la parte segunda puede interpretarse como la indicación de que una raíz se expresa o se toma dentro de una clase determinada de palabras, de las cuales las otras que ofrecen la misma raíz aparecen como derivadas, tales como *libr-ería* o *cas-erio*, etc. Si seguimos este procedimiento, el número de palabras formadas por morfemas que no necesitan aparecer junto a otros morfemas para tener este valor sería mucho más limitado. Tanto la –o y la –a finales de *libro* y *casa* como –ería y –erio de *librería* y *caserío* tendrían, así, un valor análogo. La –o final de *niño* o la –s final de *niños* entran dentro del campo de la flexión, puesto que expresan ciertas categorías generales a las que no pueden dejar de pertenecer todas las palabras –con excepciones que pueden explicarse e integrarse en la ley general– dentro de sus respectivos grupos, definidos, precisamente, por ofrecer los morfemas flexivos aludidos. En los ejemplos que hemos dado la –o final de *niño* indica el género masculino y la –s el número plural de la misma palabra: *niñ-o-s*.” *Ídem*, pp. 182-183.

²³⁴ *Ídem*, p. 183.

²³⁵ *Ídem*, pp. 189-194.

²³⁶ *Ídem*, p. 202.

²³⁷ *Ídem*, p. 194.

enfoque, como unidad gramatical, la palabra entra en el campo de estudio de la gramática respecto a las relaciones entre sus componentes (básicamente, entre raíces y derivativos o afijos). Y como unidad léxica, destinada a la expresión de ideas o conceptos particulares, por su posición y relaciones con otras palabras en los planos sistemático o en el sintagmático de la oración, su campo de estudio corresponde al léxico sin que eso implique que tengan un carácter exclusivo porque existen casos de equivalencia en el significado de una palabra u oración, por ejemplo, la expresión: a pies juntillas.²³⁸ El sintagma, en un sentido muy general, es toda sucesión de elementos lingüísticos en el plano de la fonología, los sonidos, la morfología o la sintaxis, por lo que no sólo es una unidad sintáctica ya que las palabras formadas por más de un morfema o unidad significativa pueden estimarse sintagmas.²³⁹ A mayor abundamiento, el sintagma es toda sucesión coherente de elementos significativos para formar una unidad superior que puede ser una palabra, una frase o una oración.²⁴⁰

Así pues, la palabra, desde el enfoque de un sintagma (compuesto de raíz y afijos), es objeto de estudio de la gramática mientras que su significación específica o concreta es objeto de la lexicología considerándose a ésta como una parte distinta de la gramática.²⁴¹

Ahora bien, la existencia de las palabras surge por caminos diversos,²⁴² por lo que respecto de dicha existencia la etimología tiene una importancia esencial.²⁴³ Y es que por lo general las palabras se basan en otras, en mayor o menor proporción, ya sea en la propia lengua o en otras, por lo que su creación no es frecuente. Las palabras cambian, se transforman y un procedimiento es la derivación, por ejemplo, con la palabra arte se crea la nueva palabra artista a través del sufijo -ista ya existente. Otro procedimiento es la composición que consiste en la unión de dos o más raíces en sólo una palabra, por ejemplo, la unión de un verbo y un sustantivo que compone la palabra rascacielos.²⁴⁴

Otra situación concerniente a las palabras es que éstas tienen matices significativos distintos,²⁴⁵ no siempre se emplean en el mismo sentido²⁴⁶ y algunas presentan una doble

²³⁸ *Ídem*, p. 69.

²³⁹ *Ídem*, pp. 72-73.

²⁴⁰ *Ídem*, p. 252.

²⁴¹ *Ídem*, p. 170.

²⁴² *Ídem*, p. 298.

²⁴³ *Ídem*, p. 279.

²⁴⁴ *Ídem*, p. 298.

²⁴⁵ *Ídem*, p. 279.

²⁴⁶ *Ídem*, p. 287.

evolución. Una por vía popular (mediante el uso frecuente del pueblo) y otra por vía culta (mantenida en uso culto y sin cambios formales tan acentuados).²⁴⁷

2.1.4.8 Estructura de la oración y sus elementos organizacionales

En gramática se prefiere la denominación de oración al de frase por considerarse que esta última proviene de la lengua corriente. La oración es la forma más pequeña de mensaje y se compone de dos elementos: Un tema y una tesis. El primer elemento, el tema, es sobre lo que trata la oración (un ser, animado o inanimado), mientras que el segundo elemento, la tesis, es algo que se dice sobre ese tema.²⁴⁸ Así, Manuel Seco señala que la oración es pues: "...una verdadera red de relaciones,..."²⁴⁹ en cuya estructura las palabras se orientan en dos núcleos que siempre son: El sustantivo y el verbo.²⁵⁰ Sin embargo, como partes de la oración se establecen las categorías siguientes: Sustantivo, adjetivo, verbo, adverbio, pronombre y artículo.²⁵¹

Las palabras agrupadas en torno del núcleo sustantivo conforman con él lo que se denomina sujeto y aquellas que se agrupan alrededor del núcleo verbo componen con éste el predicado. De ese modo, desde el enfoque del contenido de la oración el sujeto corresponde al tema y el predicado a la tesis, considerándose esto la base para un análisis gramatical correcto, pues la concordancia de núcleos es un criterio de forma y como el objeto de la gramática es la forma (portadora de sentido) y no sólo el sentido, entonces, el análisis enfocado exclusivamente al sentido de ninguna manera es gramatical.²⁵²

Ahora bien, en una oración el sustantivo es una palabra capaz de funcionar como núcleo del sujeto; palabra que se caracteriza por imponer su concordancia al núcleo del predicado. Los sustantivos, por naturaleza, son los nombres y los pronombres²⁵³ pero por el fenómeno de traslación (también llamado transposición), una palabra de determinada clase puede utilizarse de manera interina para desempeñar una función propia de otra clase y con ello surgen los sustantivos provisionales, sin embargo, es importante destacar que a esas

²⁴⁷ *Ídem*, p. 293.

²⁴⁸ Cfr. SECO REYMUNDO, Manuel. *GRAMÁTICA ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE MANUEL SECO. Op. cit.*, pp. 123-124.

²⁴⁹ *Ídem*, pp. 126-127.

²⁵⁰ *Ídem*, pp. 125-126.

²⁵¹ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE. Op. cit.*, p. 209.

²⁵² Cfr. SECO REYMUNDO, Manuel. *GRAMÁTICA ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE MANUEL SECO. Op. cit.*, pp. 127-128.

²⁵³ *Ídem*, p. 133.

palabras lo que les proporciona el carácter de sustantivo es el artículo,²⁵⁴ que suele ser el acompañante característico del nombre²⁵⁵ y que junto con el adjetivo son sus adjuntos naturales con la misión de actualizar, apuntalar y precisar su significación.²⁵⁶

Por otra parte, el predicado es el conjunto de palabras que se agrupan alrededor del verbo, el cual corresponde a uno de los dos núcleos de la oración. Ahora bien, aun cuando no todos los verbos son núcleos del predicado, sin embargo, el núcleo del predicado sí es necesariamente un verbo y es a este último al que corresponde, en exclusiva, la función de núcleo indicada, distinguiéndose de los demás verbos precisamente por su concordancia con el núcleo del sujeto. Y en cuanto al enfoque del sentido de la oración el verbo tiene la función fundamental de situar el tema en el tiempo, esto es, atribuirle una realidad, incorporándolo en la secuencia de lo que sucede.²⁵⁷

Luego, así como los adjetivos son adjuntos de los sustantivos, los adverbios lo son de los verbos y cuando acompañan a un verbo modifican su significado y con ello evidencian algunas veces la manera como la acción del verbo se produce, o el tiempo, el lugar o su intensidad, en este último caso, por ejemplo, en la oración: “Se trabaja mucho” hay un adverbio que es idéntico a un adjetivo, pues la palabra “mucho” es capaz de dos usos distintos, pero son los sustantivos, sobre todo, los que más frecuentemente desempeñan la función adverbial, ya sea acompañados o no de sus complementos. Sin embargo, se identifican como complementos adverbiales²⁵⁸ a todos los términos (sustantivos, adjetivos y verbos) que desempeñan la misma función que los adverbios, esto es, la de completar el verbo.²⁵⁹

Ahora bien, una clase de predicado muy común es el denominado cualitativo, que enuncia alguna cualidad o todo un conjunto de cualidades respecto del ser que se menciona en el sujeto, es decir, indica lo que es o cómo es aquél. Así pues, el adjetivo que forma parte del predicado y está en concordancia con el núcleo del sujeto se llama predicativo (aunque hay

²⁵⁴ Acorde con Manuel Seco: “...Los artículos son de dos tipos, *definido* (*el, los, la, las, lo*) e *indefinido* (*un, unos, una, unas*). *Ídem*, p. 137.

²⁵⁵ *Ídem*, p. 147.

²⁵⁶ *Ídem*, p. 138.

²⁵⁷ *Ídem*, pp. 149-152.

²⁵⁸ Al respecto, Manuel Seco apunta: “Las gramáticas suelen llamar <<complementos circunstanciales>> a los de lugar, tiempo, modo, instrumento, causa, cantidad, constituidos por un sustantivo con o sin preposición o por un adverbio; dejan fuera de ese grupo al <<complemento agente>> (*El valle fue arrasado por las aguas*) y al de finalidad y de destinatario, generalmente confundidos estos dos últimos con el <<complemento indirecto>>.” *Ídem*, p. 157. n 3.

²⁵⁹ *Ídem*, pp. 153-157.

quienes también le denominan atributo) y siempre tiene que ir en la forma correspondiente al mismo género y número que tiene la palabra núcleo del sujeto, lo que por cierto constituye la diferencia con el predicativo conformado por un nombre en el que la concordancia no siempre se da, por ejemplo la oración: “Los gastos excesivos fueron su ruina.”, no podría decirse de otra manera más que de esa.²⁶⁰

2.1.5 Semántica

El origen de la semántica se remonta a los escritos de Platón y Aristóteles pero dicho término hasta el siglo XX comenzó a usarse con carácter general.²⁶¹ La semántica se refiere a la significación de las palabras y a toda clase de significación dentro de la lingüística con excepción de la fonología, es decir, la semántica se extiende a la gramática y a la lexicología, concerniente esta última al estudio léxico de las palabras, esto es, de su significación particular.²⁶²

Así pues, por semántica se entiende el estudio del significado en el lenguaje y dicho estudio debe dar cuenta de cuál es la relación del lenguaje con el mundo, es decir, cómo las palabras enganchan con la realidad, qué tipo de relaciones existen entre el lenguaje y las cosas, sucesos, personas, propiedades, cualidades y objetos del mundo.²⁶³ De este modo la semántica se ocupa del estudio de los significados y de los procedimientos por los que los signos se refieren al mundo exterior, en el entendido de que el significado es el concepto que debe esbozarse de manera intuitiva y después debe acabar más refinado por el bagaje alcanzado con el desarrollo de dicha disciplina.²⁶⁴ Así pues, Rafael Núñez y Enrique del Teso señalan: “...no debemos olvidar que la semántica busca precisamente qué es lo que pensamos o representamos cuando oímos una palabra.”²⁶⁵

2.1.5.1 Semántica componencial

En la semántica componencial se consideran determinados rasgos que componen cada una de las unidades semánticas (por ejemplo las palabras) y en el vocabulario de una lengua

²⁶⁰ *Ídem*, pp. 184-185.

²⁶¹ *Cfr.* CONESA, Francisco y NUBIOLA, Jaime. *FILOSOFÍA DEL LENGUAJE. Op. cit.*, p. 101.

²⁶² *Cfr.* ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE. Op. cit.*, p. 274.

²⁶³ *Cfr.* CONESA, Francisco y NUBIOLA, Jaime. *FILOSOFÍA DEL LENGUAJE. Op. cit.*, p. 101.

²⁶⁴ *Cfr.* NUÑEZ, Rafael y DEL TESO, Enrique. *SEMÁNTICA Y PRAGMÁTICA DEL TEXTO COMÚN. Producción y comentario de textos. Op. cit.*, p. 59.

²⁶⁵ *Ídem*, p. 67.

permiten descubrir un sistema interno de relaciones semánticas,²⁶⁶ lo que ciertamente se relaciona con la teoría de los campos semánticos²⁶⁷ con la que se ha intentado dar sentido sistemático al estudio del léxico.²⁶⁸

Ahora bien, la clase de relaciones que la palabra podrá tener en la oración la determina la naturaleza de los componentes semánticos de la palabra. De este modo un análisis semántico componencial requiere, obviamente, de la separación e identificación de los elementos con los que semánticamente puede considerarse compuesta la palabra y si se quiere y, además, es posible, todo eso hasta puede confrontarse con el antónimo correspondiente. Un ejemplo de esto son las palabras hombre y mujer con sus respectivos componentes, pues en este caso la palabra hombre está compuesta de los elementos masculino y adulto confrontados con la palabra mujer cuyos componentes son femenino y adulto. Otro caso es el verbo pensar que implica un componente humano, pero los que resultan de especial interés son los llamados componentes relacionantes que siempre llevan implícita una relación de sujeto y objeto como los verbos amar y encontrar.²⁶⁹

Luego, en congruencia con todo lo anterior, los referidos rasgos que componen cada una de las unidades semánticas (por ejemplo, las palabras) se denominan semas. Y el conjunto de éstos que componen una unidad semántica se denominan sememas, los que a su vez pueden constituir una unidad mayor: El archisemema. Acorde con esto, la definición es la suma de los rasgos distintivos semánticos, es decir, de los semas. Algunos de ellos pueden ser esenciales-distintivos y otros sólo accidentales, por ejemplo, por una parte la palabra silla indica una serie de rasgos esenciales-distintivos como el respaldo y la función de poder sentarse en ella pero por otro lado como rasgos accidentales pueden estimarse el terciopelo, el número de patas y el material del que está fabricada (madera). De este modo el método semasiológico parte de la palabra y su relación con la realidad extralingüística.²⁷⁰

²⁶⁶ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 282.

²⁶⁷ Al respecto, J. Roca-Pons señala: “Según la aludida teoría, del mismo modo que el valor de las unidades fonológicas y gramaticales viene determinado por las relaciones de dichas unidades con las demás dentro de su misma clase, así mismo ocurre con el léxico. En una lengua que no posee, por ejemplo, la palabra *tibio*, el valor de los vocablos *caliente* y *frío* será muy diferente del que tiene en una lengua con los tres términos. La palabra *mouton* en francés no tiene el mismo valor que *sheep* en inglés, puesto que la primera recubre el campo semántico ocupado en inglés por *sheep* y *moutton*. La misma comparación puede hacerse entre *peix* en catalán y *pez* y *pescado* en castellano: la primera recubre lo que en la segunda se halla dividido entre las dos palabras indicadas.” *Ídem*, p. 280.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ídem*, p. 282.

²⁷⁰ *Ídem*, pp. 282-283.

Los semas son pues los rasgos distintivos de significación que constituyen los significados lingüísticos mientras que el semema es el significado de un signo léxico y el semema construido es el resultado de la combinación de varios signos léxicos, su significado es único porque cuando sus signos entran en relación forman una unidad, es decir, posee una clase designativa única como resultado de la intersección de los significados de los signos que se combinan, por ejemplo: libro y rojo son dos signos pero cuando entran en relación forman una unidad pues los rasgos que constituyen la significación de libro y los que definen rojo pasan a ser los semas de libro rojo.²⁷¹

Así pues, las relaciones semánticas se establecen entre palabras que sus significados comparten algún sema que marca el género próximo de una clase, entendido éste como la clase más pequeña que la incluya con propiedad, por ejemplo, blanco y negro comparten el sema color y por ello tienen una relación semántica.²⁷²

Otro elemento de dicho método semasiológico son los clasemas, que están constituidos por la selección de ciertas palabras y su implicación o su exclusión mutua; casos como reflexionar implica un sujeto humano. La palabra muchacho se compone de animado y humano pero no de adulto, sin embargo, humano supone animado pero varón excluye a hembra. Así pues, los componentes semánticos son elementos teóricos necesarios para el análisis de una lengua por lo que no deben considerarse elementos del vocabulario. Y es que la significación de una palabra está conformada por componentes semánticos que se interrelacionan por constantes lógicas, de esta manera las palabras pueden tener relación en el sentido de las partes con el todo, por ejemplo, la palabra miembro se relaciona con club, reunión, etcétera.²⁷³

De ese modo los clasemas son rasgos contextuales tejedores de concordancias de contenido que forman un nivel de coherencia semántica, la que cuando se viola genera precisamente una anomalía semántica, por ejemplo, las expresiones un reloj anciano o la gallina gruñe; todo eso con excepción de situarse en otro esquema de pertinencia como en los

²⁷¹ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, pp. 91-93.

²⁷² Cfr. NUÑEZ, Rafael y DEL TESO, Enrique. *SEMÁNTICA Y PRAGMÁTICA DEL TEXTO COMÚN*. *Producción y comentario de textos*. *Op. cit.*, pp. 71-72.

²⁷³ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 283.

cuentos infantiles y las fábulas porque en esos casos los árboles hablan y las alfombras vuelan.²⁷⁴

Así pues, es preciso señalar la distinción entre palabras o expresiones semánticas, que son las que significan algo por sí mismas. Y las sinsemánticas que para significar algo necesitan unirse con otras.²⁷⁵

2.1.5.2 Marcadores semánticos

Un campo semántico se constituye con palabras cuya significación ofrece ciertos rasgos en común, pero de donde deriva la representación semántica de una oración es de su estructura profunda. Así, los marcadores semánticos, que pueden compararse con los semas, representan componentes conceptuales que no deben confundirse con los sintácticos. En el caso de la oración: La hija es bonita, la palabra hija es femenino y constituye un marcador sintáctico, pero también la significación de dicha palabra, es decir, hija, conlleva al marcador semántico familiar.²⁷⁶

2.1.5.3 Principio de composicionalidad

Acorde con el principio de composicionalidad el significado de una expresión compleja depende únicamente de dos elementos: El significado de sus componentes y su estructuración sintáctica.²⁷⁷

Ahora bien, aunque el principio de composicionalidad no dice qué es el significado o cuál es la estructura sintáctica de una expresión compleja y eso dificulta dotarlo de contenido, sin embargo, da lugar a una predicción relevante: Si una expresión es ambigua entonces este principio deja abierta tres posibles fuentes de esa ambigüedad,²⁷⁸ dos directas y una indirecta.²⁷⁹

²⁷⁴ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. Op. cit., pp. 90-91.

²⁷⁵ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. Op. cit., p. 24.

²⁷⁶ *Ídem*, pp. 283-284.

²⁷⁷ Cfr. GARCÍA MURGA, Fernando. *SEMÁNTICA*. Editorial Síntesis, S.A. España, s/a., p. 102.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ Al respecto, Fernando García Murga expone: "...dos fuentes directas y una indirecta. Las fuentes directas que pueden generar la ambigüedad en las expresiones complejas son: (i) Al menos una parte constituyente es en sí misma ambigua, o (ii) la expresión compleja se corresponde con al menos dos estructuras sintácticas diferentes. La fuente indirecta consiste en que (iii) la combinación semántica de las partes constituyentes permite la aplicación de dos reglas semánticas diferentes. Los siguientes ejemplos muestran, respectivamente, estas posibilidades: (20) a. perder un gato b. golpear al ladrón con los prismáticos c. futbolista inteligente. El origen de la ambigüedad de (20a) está en la ambigüedad de una de sus partes: La palabra 'gato'. Por su parte, la oración (20b) se deriva de dos estructuras sintácticas diferentes; en una de ellas, el sintagma preposicional 'con los prismáticos' modifica el sintagma verbal 'golpear al ladrón' y en otra,

Asimismo, este principio también predice que si en una expresión compleja una expresión se sustituye por otra que sea sinónima de la sustituida, el significado de dicha expresión compleja no se modifica, tal es el caso de las expresiones complejas: “empezar el examen” e “iniciar el examen”, en las que las palabras “empezar” e “iniciar” son sinónimos y en ellas no hay ambigüedad estructural ni semántica.²⁸⁰

Luego, la interpretación más fuerte de este principio, por su absoluta fidelidad al mismo, consiste en que el sistema gramatical establece una correspondencia biunívoca entre las reglas sintácticas y las semánticas.²⁸¹

2.1.6 La glosemática

La glosemática danesa fue creada por Louis Hjelmslev²⁸² y constituye un desarrollo de la doctrina saussuriana hasta sus últimas consecuencias pues aspira a una formalización absoluta de la lingüística, es decir, a una lingüística pura y por ello excluye tanto la fonética como la semántica; de este modo queda excluida la substancia que afecta tanto a la expresión como al contenido. El método de esta escuela comprende tres requisitos que consisten en que la descripción debe ser: 1) Autocoherente, lo que implica estar exenta de contradicción; 2) Exhaustiva y 3) Tan sencilla como sea posible. Así pues, según la escuela glosemática sólo la forma puede ser objeto de estudio lingüístico.²⁸³

Y acorde con esta escuela el signo lingüístico resulta de la unión de la forma del contenido con la forma de la expresión, de este modo la glosemática distingue dos planos: El de la expresión y el del contenido y en cada uno de ellos subdistingue la forma de la substancia. En el plano de la expresión la substancia está constituida por los sonidos y otros fenómenos fónicos como la entonación y el acento. Y la forma la constituyen las unidades cuya obtención puede darse con independencia de tales caracteres extralingüísticos y sobre la base de las relaciones o funciones entre estas posibles unidades.²⁸⁴ Para esta escuela el

modifica el sintagma determinante ‘*el ladrón*’. Finalmente, la combinación de nombre y adjetivo en (20c) puede realizarse mediante dos reglas semánticas diferentes, de tal forma que se derive la interpretación intersectica (*futbolista e inteligente*) y la subsectiva (*inteligente para ser futbolista*).” *Ídem*, pp. 102-103.

²⁸⁰ *Ídem*, p. 103.

²⁸¹ *Ídem*, p. 104.

²⁸² Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 24.

²⁸³ *Ídem*, pp. 347-348.

²⁸⁴ *Ídem*, pp. 33-34.

adjetivo constituye una clase especial de unidades que queda definida por sus posibilidades de relación con otras unidades que pueden considerarse del mismo modo.²⁸⁵

Así pues, acorde con Hjelmslev la forma de la expresión se denomina cenemática y la forma de contenido pleremática por lo que la substancia fónica y de pensamiento queda excluida de la lingüística y de esta manera la substancia queda definida de este modo como radicalmente formal llevándose así la doctrina de Saussure, en este aspecto, hasta las últimas consecuencias,²⁸⁶ pues tanto el aspecto físico o fisiológico que se encuentran en el estudio fónico del lenguaje como el contenido significativo de las diversas categorías lingüísticas, aunque no de modo general, en la glosemática se consideran objeto de estudio extralingüístico.²⁸⁷

En la concepción rigurosamente formal de la glosemática los plerematemas (que coinciden con los morfemas en sentido genérico) se dividen en pleremas y morfemas; los pleremas comprenden las raíces y los derivativos, en cambio los morfemas se hallan en la flexión y se distinguen y se definen por su capacidad de determinar ciertos morfemas en otros sintagmas, que en la terminología de esta escuela danesa coinciden con las palabras.²⁸⁸

Ahora bien, un concepto importante de destacar de la glosemática es el de la concordancia. Ésta es una clase de reacción que se da dentro de un mismo sintagma entendido éste como la unión de una base (plerema) con una característica (morfema), por lo que dicha reacción se denomina homosintagmática.²⁸⁹ Así pues, en la glosemática el sintagma consiste en la unión indicada, es decir, de la raíz o tema con un reflexivo.²⁹⁰

De esta manera la significación tiene un carácter puramente formal y sólo se da en el contexto, pero entendido éste, en la glosemática, como el lenguaje. El signo se subdivide en unidades más pequeñas hasta ya no ser signos sino figuras que en el plano del contenido son el resultado de dividir un significado siempre formal, por ejemplo, la palabra muchacho en “humano”, “joven” y “masculino”. Así, el procedimiento deductivo de la glosemática opera mediante un sistema de definiciones cuyo análisis concierne a la descripción de un objeto por las dependencias uniformes de otros objetos en relación con el mismo y entre sí, de modo que

²⁸⁵ *Ídem*, p. 56.

²⁸⁶ *Ídem*, p. 71.

²⁸⁷ *Ídem*, p. 335.

²⁸⁸ *Ídem*, p. 182.

²⁸⁹ *Ídem*, p. 199.

²⁹⁰ *Ídem*, p. 252.

lo que interesa a tal análisis no son los objetos en sí mismos sino sus relaciones, que son la base para el concepto básico de función que consiste en una relación de dependencia entre los elementos analizados que se denominan funtivos.²⁹¹

2.1.7 Borrosidades del lenguaje

En el lenguaje se pueden presentar dificultades cuando dos o más palabras tienen el mismo significado o si éste es análogo (sinonimia), pero también cuando en sólo una palabra coinciden dos o más significados distintos (homonimia), sin embargo, el significado fundamental implica el predominio de una o alguna palabra y ello conduce a reaccionar acorde con dicho significado al oírlo o verla escrita, de manera aislada, dentro de la pluralidad de sentidos que puede asignársele.²⁹²

La sinonimia es la identidad de significado entre dos o más signos lingüísticos, es decir, debe existir igualdad total de significados, no sólo parecidos. Así pues, se plantea únicamente entre significados y no entre designaciones, denotaciones (referentes) o connotaciones, términos o expresiones. De este modo, aunque exista equivalencia contextual no hay sinonimia entre hiperónimos e hipónimos, por ejemplo, escritor puede reemplazar a novelista o árbol a manzano pero no son idénticos en el contenido pues no tienen la misma significación ni clase designativa; por consiguiente el hiperónimo puede reemplazar al hipónimo mas no a la inversa.²⁹³

Y es que la estructura de los significados lingüísticos se despliega mediante relaciones jerárquicas en un eje vertical que va de lo genérico a lo específico (hiperónimo, también conocido como archilexema) y en un eje horizontal (hipónimos) que son subordinados de aquél y que cuando entran en relación constituyen la cohiponimia que es una relación de oposición.²⁹⁴ Así pues, la relación de la sinonimia es onomasiológica,²⁹⁵ es decir, se orienta

²⁹¹ *Ídem*, pp. 348-349.

²⁹² *Ídem*, p. 289.

²⁹³ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, pp. 118-120.

²⁹⁴ *Ídem*, pp. 127-128.

²⁹⁵ Al respecto, Salvador Gutiérrez Ordoñez señala: “La *Onomasiología* es la disciplina que tiene por objeto el estudio de las relaciones orientadas que van del significado al significante. La *Onomasiología* es una disciplina distinta de la *Lexicología estructural*. Tiene problemas específicos, como es el de la *sinonimia*. Su camino es paralelo al proceso que sigue el hablante en la codificación de los mensajes: significado-significante [...] <<El *campo onomasiológico* se basa sobre la unidad de un concepto y estructura un conjunto de designaciones, de sinónimos, delimitables, ellos también por medio de semas>> (Baldinger, 1967, 53).” *Ídem*, pp. 109-110.

del significado (no significante)²⁹⁶ hacia varias expresiones y los problemas que presenta son al emisor, nunca al receptor.²⁹⁷ En cambio en la homonimia la relación es semasiológica²⁹⁸ que va desde una expresión a varios significados y por lo general quien escucha es quien debe resolver los problemas de ella en sus dos vertientes de la utilización del lenguaje, es decir, en la homofonía si se trata de lenguaje oral o en la homografía que atañe al lenguaje escrito.²⁹⁹

Ahora bien, no puede ignorarse que, en general, los cambios semánticos están determinados o influidos por el cambio del mundo real³⁰⁰ y pueden tener como resultado un ensanchamiento o una restricción de sentido.³⁰¹

2.1.7.1 Polisemia

La polisemia implica la pluralidad de sentidos de las palabras y afecta a las significaciones que pueden relacionarse descriptivamente en la misma palabra. Sobre su origen, los factores que producen los cambios son diversos y hasta complejos pues el significado de la polisemia no sólo es distinto en diversos estratos sociales sino también respecto del modo de interpretarla, ya sea en lo individual o por cada grupo ideológico. De modo que la polisemia es esencialmente un fenómeno a considerar en un plano horizontal, es decir, en la evolución de cualquier lengua.³⁰²

Por lo que la polisemia es una propiedad semántica de una palabra, de modo que, técnicamente, una palabra es polisémica si se le puede asignar dos o más descripciones semánticas distintas a las que un origen etimológico común puede atribuirle; dicho de otro modo, cuando a una forma gráfica es posible asociar varios significados.³⁰³

²⁹⁶ Sobre los conceptos *significante* y *significado* Salvador Gutiérrez Ordoñez apunta lo siguiente: “...será *significante* todo aspecto sustancial del mundo representante que caso (sic) de sufrir mutaciones produzca obligatoriamente mutaciones en el plano de lo representado. Y viceversa: el *significado* de un signo está integrado por todos aquellos aspectos de sustancia del contenido, que caso (sic) de sufrir (sic) mutación exigen cambio obligatorio en el plano del *significante*.” *Ídem*, p. 45.

²⁹⁷ *Ídem*, p. 124.

²⁹⁸ Al respecto, Salvador Gutiérrez Ordoñez apunta: “La *Semasiología* es la disciplina que contempla las relaciones que van de *significante* a *significado* [...] reproduce en su forma de operar la actividad interpretativa del oyente [...] La definición que J. Dubois ofrece de los campos semánticos coincide con nuestra concepción de los campos semasiológicos: <<Se puede así intentar describir el campo semántico de la palabra *table*. Si se procede a partir de una concepción polisémica, el campo semántico que se establecerá deberá dar cuenta de todas las significaciones de la palabra *table*>>...” *Ídem*, p. 110.

²⁹⁹ *Ídem*, p. 124.

³⁰⁰ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 293.

³⁰¹ *Ídem*, p. 297.

³⁰² *Ídem*, p. 288.

³⁰³ Cfr. ESPINAL, María Teresa., *et. al. SEMÁNTICA*. Ediciones Akal, S.A. España, 2014, p. 84.

Ahora bien, la polisemia no sólo se da entre palabras sino también entre expresiones equivalentes semánticamente, por ejemplo: morir y pasar a mejor vida,³⁰⁴ pero tratándose de palabras la polisemia puede deberse a una coincidencia casual en la evolución de dos o más de ellas. La polisemia es pues el resultado de ciertos cambios semánticos o de significación, es decir, que lo más frecuente es que se deba a un proceso histórico evolutivo de las lenguas que consiste en que una palabra se emplee necesariamente en situaciones o contextos diferentes y eso es causa de que gradualmente adquiera nuevos matices que pueden producir que su significación originaria cambie considerablemente.³⁰⁵

Y en la polisemia (al igual que en la homonimia) las relaciones también son semasiológicas, pues van de una expresión a varios significados y aunque la lingüística ha buscado sostener la naturaleza opuesta entre las dos, no hay criterios fiables que permitan su diferenciación.³⁰⁶

2.1.7.2 Ambigüedad

La homonimia y la polisemia son relaciones semasiológicas³⁰⁷ específicas y la ambigüedad su problema más conocido.³⁰⁸ Así pues, mientras la homonimia es un fenómeno relacional, es decir, que una misma expresión está ligada a dos o más significados, en cambio la ambigüedad es el resultado que una homonimia produce en un acto de comunicación concreto. Y es que no toda homonimia genera ambigüedad, pues esta última surge cuando el receptor se halla ante una perplejidad interpretativa, es decir, que frente a varios sentidos posibles no sabe cuál elegir.³⁰⁹

Lingüísticamente un mensaje ambiguo se define como la secuencia de signos que, fuera de todo contexto, es posible asignarle dos o más interpretaciones y es al receptor ante quien se presenta como una encrucijada; una disyunción entre dos o más interpretaciones distintas que admiten varias descodificaciones. Ahora bien, los enunciados ambiguos no

³⁰⁴ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 290.

³⁰⁵ *Ídem*, p. 287.

³⁰⁶ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, p. 124-126.

³⁰⁷ *Vid. supra*, p. 70.

³⁰⁸ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, p. 110.

³⁰⁹ *Ídem*, p. 137.

siempre son semejantes porque existen diversas clases de ambigüedad,³¹⁰ entre ellas, por ejemplo, la sintagmático-semántica en la que las secuencias presentan doble sentido.³¹¹ Así pues, un mensaje ambiguo es un fenómeno de significación (no de designación ni de denotación) y se genera siempre en una homonimia o polisemia.³¹²

2.1.7.3 Vaguedad

Una de las causas que favorece el cambio semántico es la vaguedad de la significación³¹³ de las palabras, lo que es comprobable por las dificultades que en ocasiones presenta su definición.³¹⁴ El fenómeno de la vaguedad es, sin embargo, de designación no de significación.³¹⁵ La designación es un término utilizado en una doble vertiente: como relación y como objeto. Por una parte atañe a la relación que media entre un signo y los elementos a los que dicho signo es aplicable y por otro lado corresponde a la clase de componentes que poseen en común las propiedades de ser denotados por ese signo en un acto de discurso y, además, que satisfacen todas las propiedades de su *significatum*,³¹⁶ es decir, del conjunto de notas semánticas que definen las propiedades de la clase de objetos a los que puede aplicarse ese signo.³¹⁷

En semántica la designación es un concepto paralelo al de extensión,³¹⁸ este último en la tradición aristotélica fue utilizado como una propiedad del concepto, entendiéndose como el: "...conjunto de objetos que caen bajo un concepto."³¹⁹, mientras que en la lógica moderna la extensión de un término es entendida como la clase de objetos de los cuales el término es

³¹⁰ *Ídem*, p. 139.

³¹¹ Al respecto, Salvador Gutiérrez Ordoñez apunta: "Algunas secuencias como: -La elección del alcalde. -La condena del juez. -La defensa del PSOE. -La crítica del crítico. presentan doble sentido (<<el presidente elige>>/<<el presidente es elegido>>, <<El juez condena>>/<<El juez es condenado>>, <<El PSOE se defiende>>/<<El PSOE es defendido>>...). Todos estos decursos poseen una misma descripción fonológica y sintáctica. La raíz de su ambivalencia se halla en la duplicidad de relaciones semánticas (de naturaleza sintagmática) que median entre los dos componentes de tales construcciones." *Ídem*, p. 141.

³¹² *Ídem*, p. 138.

³¹³ Al respecto, Salvador Gutiérrez Ordoñez apunta: "...La significación. Es vista aquí como una de las manifestaciones sustanciales del significado. Se diferencia u opone a la *designación* y a la *denotación*. La *significación* se resuelve en un conjunto de notas semánticas (*significatum*) que definen las propiedades de la clase de objetos a los que ese signo puede ser aplicado. Todos los miembros o componentes de dicha clase han de satisfacer tales rasgos o propiedades de contenido." *Ídem*, p. 68.

³¹⁴ Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 292.

³¹⁵ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, p. 143.

³¹⁶ *Ídem*, pp. 68-69.

³¹⁷ *Vid. supra*, pp. 64-65.

³¹⁸ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. *Op. cit.*, p. 69.

³¹⁹ *Apud*. Ferrater. *Ídem*, p. 64.

verdadero.³²⁰ Así pues, la clase está definida por unas propiedades y son éstas las que definen una clase de elementos y no a la inversa, es decir, la clase permanece idéntica respecto de sus propiedades, por ello la designación creada por la significación “silla” puede tener, en un momento, diez millones de componentes y en otro veinte.³²¹

Ahora bien, aun cuando la significación y la designación son dos propiedades semánticas del signo y existen independientemente de cualquier actualización en el discurso y, además, son constantes en todas sus utilizaciones, sin embargo, tales conceptos se encuentran en relación de proporcionalidad inversa, pues entre mayor sea el número de rasgos definientes entonces la designación es menor. Y viceversa, cuantas menos propiedades de significación entonces es mayor el número de elementos de la designación.³²² Un ejemplo precisado por Salvador Gutiérrez Ordoñez es el siguiente: “El signo libro, fuera de todo contexto, posee un conjunto de propiedades de contenido que constituyen su *significatum* y que delimitan su designación.”³²³ Así pues, un término es vago cuando sus límites designativos son imprecisos, donde una realidad puede ser denotada³²⁴ por un signo o varios signos semejantes o no puede determinarse un límite entre un concepto y otro.³²⁵

Luego, la vaguedad es un fenómeno que se identifica con falta de especificación en el significado³²⁶ y puede ser de cuatro tipos: 1) Indeterminación referencial; 2) Indeterminación

³²⁰ *Ibidem.*

³²¹ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL. Op. cit.*, p. 69.

³²² *Ibidem.*

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ Sobre el concepto *denotación* Salvador Gutiérrez Ordoñez señala: “...La **denotación** posee asimismo dos dimensiones: se emplea para significar tanto el *acto de referencia* como el *objeto* de ese acto (el *denotatum* –pl. *denotata*– o *referente*). Desde este último punto de vista la *denotación* se define como el objeto u objetos a los que singulariza y se aplica una expresión en un acto de discurso concreto. Frente a la *significación* y a la *designación*, la *denotación*: a) No es una propiedad intrínseca del signo. Es algo que se hace con los signos en el discurso. b) No es una propiedad constante. *Significación* y *designación* son únicos para cada signo; los denotata de un mismo signo pueden ser múltiples. En cada acto de comunicación el denotatum puede variar. La expresión *el piano* se ha aplicado millones de veces para designar –sin modificaciones en su significación– miles de pianos distintos [...] la secuencia *El actual rey de Francia* ha servido para referirse a Luis XIV, Luis XV o a cualquier otro monarca del país vecino: una sola significación, una sola designación y múltiples denotaciones [...] el *designatum* se opone a *denotatum* como la clase al componente [...] Para que haya denotación se han de cumplir algunas condiciones: a) Existencia de lo que B. Russell denominaba una *expresión denotativa* (o *expresión definida* en otros autores). Para que un signo pueda denotar es necesario que se una a ciertos elementos lingüísticos que lo <<actualicen>> o determinen (artículos, indefinidos, posesivos, demostrativos, e incluso su misma forma de plural). Los nombres propios no necesitan de tales determinaciones. La secuencia *perro* no puede denotar si no aparece bajo formas como *el perro, este perro, tu perro, un perro, cierto perro...* b) Acto de discurso. Las circunstancias de comunicación proporcionan los parámetros para identificar el referente de las expresiones definidas. No existe denotación sin acto de habla. Dado que los actos de habla pueden ser todos distintos, la denotación de una misma expresión definida puede variar.” *Ídem*, pp. 69-70.

³²⁵ Salvador Gutiérrez Ordoñez expone con claridad los ejemplos siguientes: “...No es infrecuente que una mujer de 25 sea designada con los nombre de *niña, chica, muchacha, mujer* e incluso *señora*. Ante un montón de tablas viejas unos hablantes aplicaban el término *leña* y otros la palabra *madera* [...] Los significados son unidades discretas, pero en la designación la transición es imperceptible. <<¿Dónde está el límite en la realidad entre *claro* y *oscuro*?...¿Dónde está el límite entre *joven* y *viejo*, entre *sano* y *enfermo*, y entre *rápido* y *lento*, entre *frío* y *caliente*, entre *tono* y *listo*, entre *bueno* y *malo*, entre *grande* y *pequeño*?>> [...] existe pues intersección de clases.” *Ídem*, pp. 143-144.

³²⁶ Cfr. ESPINAL, María Teresa., *et. al. SEMÁNTICA. Op. cit.*, p. 84.

en el grado de cumplimiento de ciertos atributos; 3) Falta de especificación de ciertos atributos y 4) Disyunción de valores.³²⁷

2.1.7.4 Indeterminación

La indeterminación se encuadra dentro de la semasiología³²⁸ y es un problema que se presenta al receptor (no al que habla), sin embargo, se diferencia nítidamente de la ambigüedad porque ésta invariablemente se genera en una homonimia, en cambio, en la indeterminación el significado siempre es único por lo que no hay duplicidad o multiplicidad de ellos. De modo que la indeterminación se origina de una falta de información, es decir, el receptor desea saber más datos³²⁹ de los que en el mensaje se le transmiten. Ahora bien, una misma secuencia para algunos puede ser indeterminada y para otros no o bien puede suceder que en un momento concreto dicha secuencia puede ser suficientemente explícita para un oyente y en otro instante la considere indeterminada.³³⁰

Así pues, la indeterminación frente a la ambigüedad es diferenciable porque en un enunciado ambiguo siempre hay disyunción por admitir dos o más descodificaciones mientras que en el indeterminado hay sólo una descodificación posible; el mensaje ambiguo admite la anfibología y el indeterminado no.³³¹

2.1.7.5 Vacío

A diferencia del morfema pleno, es decir, el verdadero morfema, se encuentra otro denominado vacío que es aquel que no puede justificarse por ningún contenido

³²⁷ Al respecto, María Teresa Espinal, *et. al.*, cita lo siguiente: “Kempson [...] establece cuatro tipos de vaguedad en el significado léxico: (i) indeterminación referencial (es decir, el significado de la unidad léxica parece claro, pero es difícil decidir si esta unidad se puede aplicar o no a ciertos objetos; por ejemplo, *pueblo/ciudad*); (ii) indeterminación en el grado de cumplimiento de ciertos atributos (por ejemplo, el adjetivo *bueno* <que tiene bondad en su género> es vago, por cuanto no nos permite distinguir con precisión entre el significado de *buen vino*, *cuchillo bueno*, *buen profesor*); (iii) falta de especificación de ciertos atributos (por ejemplo, la palabra *habitante* no especifica edad, raza, profesión, aspecto, religión, etc.); (iv) disyunción de valores (por ejemplo, la conjunción *o* <denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas>, pero en español, como en otras muchas lenguas naturales, *o* puede tener un uso exclusivo: *Está casado o divorciado*, o un uso inclusivo: *En el caso de una reacción alérgica, si el paciente se encuentra mareado o con vómitos, debe llamar al doctor inmediatamente*).” *Ibidem*.

³²⁸ *Vid. supra*, p. 70.

³²⁹ Al respecto, Salvador Gutiérrez Ordoñez apunta: “Secuencias como –John y Harry fueron a Cleveland. –Luis está estudiando. –Hace frío. –Abierto los domingos. no son ambiguas, pero sí pueden ser indeterminadas. Al que descodifica le pueden interesar además otros datos (si John y Harry fueron juntos o separados, qué es lo que estudia Luis, si el frío es intenso, si además de abrir los domingos también abren durante los días laborales...).” *Vid. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL. Op. cit.*, p. 142.

³³⁰ *Ídem*, pp. 142-143.

³³¹ *Ídem*, p. 143.

significativo.³³² Ahora bien, con base en los postulados de la escuela lingüística danesa de la glosemática,³³³ específicamente en lo que concierne a la subdivisión del signo mediante un procedimiento deductivo es sostenible la denominación de “morfema” vacío cuando una palabra formada con éste carece de contenido por imposibilitar la descripción específica y constante de un objeto. Y por añadidura, al utilizarse de modo tan amplio que con ello no se logra llegar a una concordancia significativa concreta y claramente delimitada, es decir, no puede precisarse cuál es la función de la palabra por faltar relación entre sus funitivos (unidades más pequeñas –figuras– en las que la palabra se subdivide y que constituyen los elementos analizados en la relación de dependencia).

2.2 Lenguaje jurídico

2.2.1 Construcción del lenguaje jurídico

Se considera indudable que la construcción del lenguaje jurídico de ningún modo puede ni debe prescindir de las directrices elementales con las que el lenguaje ordinario se estructura semántica y sintácticamente. Y aunque es innegable que el lenguaje jurídico requiere de términos técnicos para su funcionalidad, sin embargo, eso de ninguna manera justifica que con él se hagan construcciones ocurrentes o arbitrarias, o peor aún, extraviadas.

Una de las problemáticas graves en la construcción del derecho y más específicamente del concepto jurídico que generalmente termina expresado en una norma jurídica o sentencia, concierne a la indiferencia de utilizar el lenguaje jurídico de manera congruente y sobre todo funcional. Eso puede advertirse mediante el análisis de las oraciones construidas con términos que carecen precisamente de univocidad semántica y jurídica, o peor todavía, que están vacíos de contenido semántico. Y sin importar eso el legislador o el juzgador los utilizan con ignorancia u ocurrencia y hasta con arbitraria comodidad para pretender recomponer extravíos que ni siquiera ellos comprenden. Es entonces cuando surge la necesidad de eliminar esos equívocos desde el lenguaje ordinario, pero acorde con la ciencia del derecho.

Así pues, en toda ciencia el lenguaje es el medio de transmisión del conocimiento y la ciencia jurídica se sirve de un lenguaje propio y un léxico que en cada caso expresa con

³³² Cfr. ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 184.

³³³ *Vid. supra*, pp. 67-69.

precisión sus conceptos y cada uno de ellos requiere un término. De ahí que la ciencia jurídica elabora conceptos que tienen que ser capaces de representar su contenido porque una expresión técnica precisa previene litigios tediosos aun cuando se le critique que al alcanzar precisión semántica se aleje de un entendimiento simple, pues si el lenguaje jurídico pierde exactitud entonces queda inhabilitado para expresar su contenido de manera llana.³³⁴

Cuando a una noción corriente la ley le adhiere consecuencias particulares en el ámbito jurídico, entonces dicha noción se convierte en relevante,³³⁵ por eso es necesario tener cuidado en la construcción del lenguaje jurídico y sus conceptos ya que de eso precisamente depende la funcionalidad del derecho y, por ende, el éxito o fracaso de su esencia: La seguridad jurídica.

De este modo, para la ciencia del derecho el lenguaje jurídico también debe ser visto y considerado como su materia prima con la importancia que sobre su indispensabilidad destaca Cesáreo Rodríguez-Aguilera quien apunta:

“En todo oficio la palabra puede ser útil; incluso necesaria. En el mundo del Derecho la palabra es indispensable. Nuestras herramientas, dice el jurista italiano Carnelutti, no son más que palabras. Todos empleamos palabras para trabajar, mas para nosotros los juristas son la materia prima precisamente. Las leyes están hechas con palabras, como las casas con ladrillos. Nosotros somos ingenieros de las palabras.”³³⁶

2.2.2 Finalidad del lenguaje jurídico

El propósito del lenguaje jurídico estriba en plasmar la realidad, pues las palabras son usadas para eso, para descubrir la realidad, de modo que todos los conceptos de la ciencia jurídica son construcciones imaginarias (de tipo ideológico) al servicio de unos propósitos, sin embargo, no debe perderse de vista que hay reglas que gobiernan el uso mínimo del lenguaje y gracias a su estructura no puede ser desordenado. De ahí que aun cuando mediante el lenguaje jurídico se comunica una esfera de la realidad diferente a la del mundo sensible, empero, siempre debe observarse que el lenguaje jurídico es substancialmente una parte del

³³⁴ Cfr. LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002, pp. 19-20.

³³⁵ *Ídem*, p. 17.

³³⁶ Cfr. RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. *EL LENGUAJE JURÍDICO*. Editorial Colofón, S.A. de C.V. México, s/a., p. 9.

lenguaje ordinario.³³⁷ Y sólo entonces, a partir de esa premisa es que resulta procedente construirlo de manera congruente con los sistemas lingüístico y jurídico correspondientes.

Ahora bien, se considera que la finalidad principal del lenguaje jurídico es comunicar y delimitar la contextualidad del conflicto, por lo tanto, el éxito o fracaso de la solución de este último depende preponderantemente de la claridad, precisión, completitud y contundencia de la construcción de dicho lenguaje (cualidades que por cierto no son sinónimos o equivalentes entre sí),³³⁸ es decir, las ideas que se expresen mediante el lenguaje jurídico deben ser perceptibles a la inteligencia de manera breve pero acabada, con exactitud rigurosa de tal modo que produzcan gran impresión en el ánimo y lo convenzan, pues sólo de esa forma el lenguaje jurídico puede resistir y superar interpretaciones ocurrentes o arbitrarias que finalmente son las que lo conducen al fracaso, que sin lugar a dudas termina impactando la esencia del derecho, esto es, la denominada seguridad jurídica.

Y es que cuando el lenguaje jurídico llega al campo de la interpretación, ésta en ocasiones ocurrente, o peor aún, arbitraria, es donde inicia la prueba de firmeza o vulnerabilidad de dicho lenguaje, pero sobre todo de su funcionalidad.

2.2.3 Funcionalidad del lenguaje jurídico

El lenguaje jurídico comprende palabras de alcance legal que sólo tienen sentido para el derecho, empero, para que éste sea funcional no debe detenerse en construir un repertorio de conceptos de modo científico, sino práctico, a fin de obtener resultados de carácter social,³³⁹ sin que ello implique construir tales conceptos con base en ocurrencias o arbitrariedades o bien dejándose de observar reglas sintácticas y semánticas elementales. Por lo tanto, se reitera, el lenguaje jurídico para que sea funcional debe construirse en primer orden con base en la claridad, precisión, completitud y contundencia.

Y como lenguaje de especialidad, el lenguaje jurídico también requiere de formalidad, es decir, neutralidad afectiva, carencia de elementos emotivos y exención de subjetivismos,

³³⁷ Cfr. LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje. Op. cit.*, pp. 14-15.

³³⁸ Con base en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia es pertinente diferenciar los conceptos *claridad*, *precisión*, *completitud* y *contundencia*, como sigue: “**claridad**...**3**. Distinción con que por medio de los sentidos, y más especialmente de la vista y del oído, percibimos las sensaciones, y por medio de la inteligencia, las ideas.” “**precisión**...**3**. Concisión y exactitud rigurosa en el lenguaje...” “**completitud**. f. Cualidad de completo.” “**completo**...**2**. Acabado...” “**contundencia**. f. Cualidad de **contundente**...” “**contundente**...**2**. Que produce gran impresión en el ánimo, convenciéndolo.” *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. Editorial Espasa Calpe, S.A. Vigésima segunda edición. España, 2009, tomo I, pp. 564, 605 y 646, tomo II, p. 1819.

³³⁹ Cfr. LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje. Op. cit.*, p. 17.

pues con él no se pretende una recreación espiritual o estética como en los textos literarios, epistolares o periodísticos.³⁴⁰

Así pues, en el lenguaje jurídico lo que cuenta son las pautas y convenciones que todos deben seguir y no los factores de expresividad personal como en la literatura, pues el objetivo de dicho lenguaje es regular las relaciones de las personas cuya actividad está sometida a actos cotidianos. De ahí la necesidad que sea comprensible para todos aun cuando se hagan en él precisiones científicas pues éstas no deben separarse del significado ordinario de la palabra toda vez que la claridad no sólo implica que las palabras precisen el concepto sino que el texto sea entendido sin esfuerzo.³⁴¹

2.2.3.1 Semántica jurídica

La semántica revela que las palabras evolucionan y cambian de significado, algunas de ellas se utilizan de manera contradictoria o encubierta como “libertad” o “democracia”, otras como “indicios” o “sana crítica” son expresiones que como normas de valor jurídico resultan muy amplias y pueden conducir a la contradicción o a la duda fácilmente.³⁴²

De este modo, para la ciencia del derecho la semántica jurídica es imprescindible pero sobre todo es su principal elemento de congruencia, pues de esta última depende la sostenibilidad y efectividad comunicativa de dicha ciencia así como la funcionalidad del sistema jurídico al que corresponda.

Por lo tanto, cuando se está dentro del campo de la semántica jurídica es indispensable conducirse con cuidado riguroso al utilizar sus conceptos o construir nuevos, lo que ciertamente es difícil pero exigible desde el enfoque de la finalidad comunicacional de la ciencia que no permite ni debe permitir disminuciones o debilidades estructurales que sólo obstaculizan su progreso.

En el ámbito de una sociedad el lenguaje jurídico y el lenguaje común no tienen la misma difusión, por lo que los límites de la extensión entre ellos no es fácil precizarla,³⁴³ sin embargo, los conjuntos de reglas semánticas que tienen una función en la comprensión de las

³⁴⁰ Cfr. LÓPEZ RUIZ, Miguel. *REDACCIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010, pp. 5-6.

³⁴¹ *Ídem*, p. 11.

³⁴² Cfr. RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. *EL LENGUAJE JURÍDICO*. *Op. cit.*, pp. 11-12.

³⁴³ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *SENTIDO Y HECHO EN EL DERECHO*. Distribuciones Fontamara, S.A. Traducción: Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría. México, 2001, p. 114.

normas jurídicas son dos: Las primeras son las reglas que conciernen a la comprensión inmediata de una norma jurídica y que no son más explícitas que las del mismo tipo del lenguaje común cuando éste funciona bastante bien para el intercambio normal de información en el universo del discurso cotidiano, de modo que las normas jurídicas se comprenden sin que surjan dudas. Y las segundas son las reglas de interpretación jurídica.³⁴⁴

Ahora bien, la palabra constituye la entraña del derecho, pues éste es lenguaje ante la verdad evidente de que mediante él se manifiesta el derecho. Y es que en el ámbito jurídico todos los procesos de comunicación son posibles mediante las palabras porque no hay fenómeno jurídico que no sea expresable en palabras,³⁴⁵ de modo pues que el derecho es esencialmente lenguaje³⁴⁶ sin lugar a dudas.

Por lo tanto, se estima congruente sostener que la semántica jurídica es el núcleo de esa “entraña”, es decir, el elemento principal de la palabra que da a ésta su contenido y consistencia a fin de que la ciencia del derecho logre coherencia, por eso es imprescindible la necesidad de cuidar rigurosamente la construcción y aplicación de los términos que en ella se utilizan.

Y es que el contenido semántico de los signos es trascendente para la materia jurídica porque el lenguaje jurídico se integra por elementos destinados a sugerir formas de acción a través de esos signos.³⁴⁷ Así Leoncio Lara Sáenz también apunta:

“Desde el punto de vista semántico, las palabras empleadas por las normas legales deben utilizarse según su acepción usual en nuestro idioma, y cuando se trata de *términos técnicos*, éstos se deben entender en el sentido que se les confiere en la disciplina científica, técnica o artística. Cuando para efectos de una norma se quiere atribuir un significado o un alcance distinto a un término, es necesario que la propia norma formule la definición correspondiente.”³⁴⁸

³⁴⁴ *Ídem*, p. 120.

³⁴⁵ *Cfr.* ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *COMUNICACIÓN, LENGUAJE Y DERECHO. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2012, p. 29.

³⁴⁶ *Cfr.* DEHESA DÁVILA, Gerardo. *ETIMOLOGÍA JURÍDICA. Op. cit.*, p. 95.

³⁴⁷ *Cfr.* LARA SÁENZ, Leoncio. *PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Sexta edición. México, 2003, p. 218.

³⁴⁸ *Ídem*, p. 218.

2.2.3.2 Término fidedigno

Se considera indiscutible que la norma principal de cualquier texto jurídico o legal debe ser la claridad,³⁴⁹ sin embargo, alcanzarla es complicado cuando en la construcción del lenguaje jurídico se utilizan términos que desde su contenido o vacío semántico generan sintagmas sintácticamente defectuosos. Al respecto José Barragán Barragán señala: “El Derecho, que normalmente no inventa los vocablos jurídicos, sino que se limita a darles un significado institucional preciso e idóneo, empleará estos mismos vocablos para crear instrumentos jurídicos que respondan al significado mismo de tales vocablos.”³⁵⁰

Luego, sobre el vocablo y el término resulta importante destacar lo siguiente: El vocablo es la palabra de uso general con un significado específico, en cambio el término es un vocablo al que se le da un significado particular relacionado con una disciplina técnica o científica,³⁵¹ de modo que el vocablo es el género y el término la especie.

Ahora bien, existen tres tipos de términos: a) El empírico, cuyo significado sea verificable mediante la experiencia; b) El operativo, el cual su significado puede ser definido por acciones necesarias para observarlo o medirlo y c) El fidedigno, que expresa el más alto grado de los otros dos, es decir, de lo empírico y de lo operativo,³⁵² pues implica que el mismo significado se comprende de forma universal de tal manera que todos lo entienden del mismo modo hasta el extremo de no poder confundirlo con otro fenómeno.³⁵³

Luego, por término jurídico debe entenderse el conjunto de vocablos que correspondientes de manera original al lenguaje común el derecho desde un enfoque científico o formal les otorga un significado específico en relación con un fenómeno estrictamente jurídico o del campo de las disciplinas del derecho y que puede variar en razón de la atribución de significado que le dé la doctrina o las normas. Y difiere del concepto jurídico

³⁴⁹ Cfr. LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje. Op. cit.*, p. 24.

³⁵⁰ Cfr. BARRAGÁN BARRAGÁN, José. *ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS CUATRO RECURSOS DE AMPARO REGULADOS POR LAS SIETE PARTIDAS*. Universidad de Guadalajara. Segunda edición. México, 2000, p. 10.

³⁵¹ Cfr. LARA SÁENZ, Leoncio. *PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA. Op. cit.*, p. 120.

³⁵² Al respecto, Leoncio Lara Sáenz apunta sobre este tema lo siguiente: “En el ejemplo de la relación gasto-administración de justicia, los términos ‘gasto’ y ‘administración’ son empíricos en cuanto que gasto implica el análisis de los diferentes fondos o recursos financieros que el Estado aplica anualmente en el presupuesto de egresos para la consecución de la justicia. El término ‘gasto’ respecto a la administración de justicia es operativo, en razón de las diversas partidas que componen el gasto público, para sueldos, para materiales y suministros y para servicios generales, mismos que integran el gasto corriente que el Estado mexicano destina a la consecución de la justicia, y es fidedigno, en cuanto que todos entendemos por gasto de la administración de justicia, aquellos que realiza el Estado mexicano y que están contenidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación y no los gastos que realiza el particular para ejercer una acción judicial en tribunales, que puedan ser los honorarios del abogado patrono, o bien los relativos a la realización de las diligencias que de su propia bolsa realiza el accionante, para transportarse, grabar o filmar el acto jurídico-procesal.” *Ídem*, pp. 120-121.

³⁵³ *Ídem*, p. 120.

porque este último tiene un valor permanente al reflejar circunstancias de inmutabilidad atribuible a cualquier sistema de derecho en el tiempo, como resultado de procesos de conceptualización de trabajos científicos en torno a principios generales del ordenamiento jurídico.³⁵⁴

Así pues, se considera que en la construcción jurídica debe buscarse la claridad, precisión, completitud y contundencia de sus términos y esforzarse para que éstos sean fidedignos de modo que hagan funcional el derecho como sistema generador de seguridad jurídica útil y no aparente como sucede cuando un término jurídico es el centro de múltiples interpretaciones incesantes y, además, con resultados disímiles entre sí.

2.2.3.3 Sintáctica jurídica

El concepto orden se considera como el principal elemento estructural para la funcionalidad de cualquier sistema. De modo que los elementos de una estructura perteneciente a un sistema aunque por sí mismos sean semánticamente valiosos, sin embargo, cuando su utilidad y funcionalidad depende del orden y éste no se tiene entonces las cualidades intrínsecas de esos elementos quedan inutilizadas hasta el extremo de que se vuelven inservibles a la estructura y, por ende, ésta a su vez al sistema.

Por lo que se estima que tratándose del lenguaje jurídico de nada sirve contar con términos fidedignos y conceptos precisos si el acomodo de ellos es desordenado en la oración hasta el extremo de no lograr con ella transmitir una comunicación efectivamente comprensible.

Luego, se considera importante señalar que una sintáctica jurídica congruente es aquella en la que en la oración existe orden entre un tema y una tesis,³⁵⁵ es decir, cuando esos elementos componen una verdadera red de relaciones³⁵⁶ de la que sin duda depende tanto el valor semántico de la palabra como la coherencia y eficacia del acto de comunicación, que sólo puede darse si esa red de relaciones ciertamente constituye una estructura acorde con el sistema lingüístico que la regula, porque de no ser así entonces la comprensión e interpretación puede llegar hasta extremos contradictorios con los propios términos o

³⁵⁴ *Ídem*, p. 219.

³⁵⁵ *Vid. supra*, p. 61.

³⁵⁶ *Vid. supra*, p. 61.

conceptos jurídicos utilizados en la oración y por supuesto con el entramado científico del que éstos derivan.

2.2.4 Disfuncionalidad del lenguaje jurídico

Se considera que el lenguaje jurídico se vuelve disfuncional desde su construcción y eso sucede cuando por un lado con la ocurrencia o la arbitrariedad se pretende innovar innecesariamente o cuando por otra parte se busca reconducir extravíos que en lugar de superarse mediante la eliminación, paradójicamente se siguen sosteniendo con irresponsabilidad ignorante de modo que cuando la comprensión e interpretación llegan al lenguaje jurídico éste ya desde su origen presenta una problemática de disfuncionalidad. Por ello, para evitar eso es indispensable construirlo acorde con reglas semánticas y sintácticas elementales del lenguaje ordinario, pero también con directrices congruentes de semántica-jurídica y sintáctica-jurídica.

2.2.5 Desestabilizadores constantes del lenguaje jurídico

El lenguaje jurídico tiene desestabilizadores constantes que son uno de sus más graves conductores hacia la disfuncionalidad, la polisemia es uno de ellos.

La polisemia es un fenómeno al cual el derecho no es ajeno aun cuando en su construcción se tenga cuidado extremo.³⁵⁷ Dentro de la dimensión del derecho Marcos Llinas Volpe la entiende como: "...la suma institucionalizada de valores contextuales, siempre instantáneos, aptos continuamente para enriquecer.",³⁵⁸ pues el significado de una conducta socialmente considerada como "normal" surge a partir de los valores de la sociedad y de la necesidad del momento, por eso el legislador debe prever que el significado de una palabra traiga consigo la disfunción del texto y en ese sentido para evitar la incoherencia debe pretender utilizar palabras con sentido³⁵⁹ único o de no ser posible entonces precisarlo en la ley.³⁶⁰ La polisemia es pues el problema que representa los distintos valores semánticos de los

³⁵⁷ Cfr. LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje. Op. cit.*, p. 18.

³⁵⁸ *Ibidem.*

³⁵⁹ Al respecto, Marco Llinás Volpe precisa de modo pertinente: "El sentido de una palabra consistirá en su capacidad de ser integrante de un sintagma y de desempeñar una función." *Ibidem.*

³⁶⁰ *Ibidem.*

signos lingüísticos utilizados en las normas jurídicas, por eso tratándose de la búsqueda del sentido del “texto” legal éste de inmediato conduce al “contexto”.³⁶¹

La ambigüedad es sin lugar a dudas otro de los desestabilizadores constantes del lenguaje jurídico.

Así es, el lenguaje jurídico es un instrumento de técnica³⁶² que debe aprehender el contexto y favorecer la captación del significante³⁶³ y eludir la ambigüedad porque la ambivalencia terminológica y la pluralidad de interpretaciones en el plano de la ciencia es comunicación ineficaz. De modo que el lenguaje jurídico debe ser práctico y exento de complicaciones porque los significados elásticos suponen el debilitamiento de su fuerza reguladora.³⁶⁴

Luego, en un enunciado jurídico la ambigüedad puede presentarse desde los enfoques semántico, sintáctico o pragmático. Los nombres propios designan individuos (cosas, eventos, personas o acciones particulares) y los predicados atributos (propiedades: –mayoría de edad, compraventa– o relaciones entre dos individuos: –pariente–). Los predicados tienen dos dimensiones de significado: El sentido, que es el atributo (propiedad o relación) que el predicado designa. Y la referencia, que es la clase de todos los individuos que poseen el atributo designado por el predicado.³⁶⁵

De este modo, la ambigüedad semántica es una propiedad del sentido de los predicados, por lo que un predicado es ambiguo siempre que exista pluralidad de respuestas para la pregunta ¿qué cosa se entiende?³⁶⁶ Así pues, un predicado es semánticamente ambiguo cuando su sentido es incierto.³⁶⁷ Riccardo Guastini al respecto expresa lo siguiente:

³⁶¹ Cfr. VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén. *DERECHO Y COMPRENSIÓN*. Editorial Tirant Lo Blanch. México, 2016, p. 72.

³⁶² Al respecto, José Arturo González Quintanilla señala: “...Técnica (del griego *tejne*, que significa arte-habilidad) considerada como sinónimo de práctica, para pasar del campo de la abstracción-especulación, al de las acciones concretas, entendiendo **por Técnica, la utilización de instrumentos, guías, materiales o mecanismos procedimentales para trascender en la conversión o aproximación del pensamiento puro, en acorde conjugación para su verificación concreta y existencialmente viva en cuanto a los hechos en sí, dirigiendo las actividades al fin propuesto.** El logro de un objetivo, mediante el aprovechamiento de un determinado actuar, realizado bajo eficaces patrones de conducción, acarrearán una mayor efectividad en el resultado, a la vez, permiten detectar el grado alcanzado según la técnica utilizada, al margen del genio propio de quien esté actuando.” Vid. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales. Op. cit.*, p. 577.

³⁶³ Vid. *supra*, p. 70, n. 296.

³⁶⁴ Cfr. LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje. Op. cit.*, p. 20.

³⁶⁵ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Sexta edición. Traducción: Marina Gascón y Miguel Carbonell. México, 2004, pp. 60-61.

³⁶⁶ *Ídem*, p. 63.

³⁶⁷ *Ídem*, p. 61.

“Otros ejemplos de ambigüedad semántica se encuentran en todas las disposiciones constitucionales que hacen reenvíos a la ‘ley’, y que dejan indeterminado si debe tratarse: a) de ley formal o de acto con fuerza de ley; b) de ley estatal o de ley regional, etcétera.”

“La ambigüedad de las expresiones a veces usadas en el lenguaje de las fuentes hace que el intérprete pueda decidir discrecionalmente qué norma se expresa en la disposición en cuestión.”³⁶⁸

Por otra parte, la ambigüedad sintáctica depende de la estructura lógica del enunciado, es decir, del modo como las palabras están conectadas entre sí. Y aunque estas ambigüedades comúnmente se resuelven según el contexto, sin embargo, ante una disposición sintácticamente ambigua el intérprete puede decidir discrecionalmente qué norma expresa la disposición concerniente. De ahí que un enunciado es sintácticamente ambiguo cuando el significado de los conectivos sea incierto o los cuantificadores estén indeterminados.³⁶⁹

El anglicismo “y/o” es un ejemplo porque en castellano esa combinación no existe,³⁷⁰ pues una oración no puede al mismo tiempo sumar ideas y dar alternativas³⁷¹ porque sin lugar a dudas es contradictoria hasta el extremo de llegar a la inseguridad jurídica.

Así es, en un texto normativo el uso de las conjunciones “o” e “y” requiere de mucho cuidado porque la conjunción copulativa “y” une o suma, de modo que usada en un texto normativo puede significar que cualquiera de ambos elementos es suficiente o que lo es el conjunto de ambos; en cambio, la conjunción disyuntiva “o” expresa la alternativa entre dos elementos. De manera que el uso de y/o, y/u, es un intento de suplir la ausencia de las palabras latinas *vel* (alternativo inclusivo) y *aut*, así que su uso en textos normativos debe evitarse por inadecuado y confuso.³⁷² Y más cuando se trata de la construcción de tipos penales, pues a lo que ese anglicismo conduce es específicamente a la violación directa del

³⁶⁸ *Ídem*, p. 64.

³⁶⁹ *Ídem*, pp. 61-67.

³⁷⁰ *Cfr.* SCHMELKES DEL VALLE, Corina. *MANUAL PARA LA PRESENTACIÓN DE ANTEPROYECTOS E INFORMES DE INVESTIGACIÓN. TESIS*. Oxford University Press México, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1998, p. 114.

³⁷¹ BACA-VILLARREAL, Ma. del Carmen. Cátedra en el Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Procesal. Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. San Nicolás de los Garza, Nuevo León. México, 2015.

³⁷² *Cfr.* LÓPEZ RUIZ, Miguel. *REDACCIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS. Op. cit.*, pp. 93-94.

principio de taxatividad.³⁷³ De este modo la ambigüedad sintáctica abre a las expresiones del lenguaje jurídico a la variedad de las interpretaciones.³⁷⁴

Ahora bien, en el lenguaje de las fuentes la ambigüedad pragmática es rara pero puede suceder que una disposición esté afectada de ella. Al respecto, Riccardo Guastini expone:

“Por ejemplo, puede imaginarse una norma de conducta que se haya formulado –como frecuentemente sucede– no ya mediante un enunciado deóntico (o sea, mediante el uso de los verbos ‘deber’ y ‘poder’, o de expresiones equivalentes, como ‘es obligatorio’, ‘es permitido’, etcétera), sino mediante un común enunciado indicativo del tipo ‘un sujeto toma parte en la asamblea’. Una norma así puede ser entendida: *a*) como una norma imperativa (el sujeto en cuestión debe tomar parte en la asamblea); *b*) como una norma permisiva (el sujeto en cuestión tiene la facultad de tomar parte en la asamblea); *c*) como una norma constitutiva (el sujeto en cuestión es constitutivamente miembro de la asamblea; de modo que, por ejemplo, si no se le convoca, se invalida la reunión de la asamblea; su ausencia tiene importancia para el cálculo del número legal, etcétera).”³⁷⁵

De este modo un enunciado es pragmáticamente ambiguo cuando puede ser utilizado para cumplir diferentes actos de lenguaje y en el contexto no queda claro cuál ha sido cumplido, tal es el caso de un enunciado que puede ser entendido como previsión, promesa, advertencia o amenaza, por ejemplo: “llegaré a las ocho”.³⁷⁶

Luego, otro de los desestabilizadores del lenguaje jurídico es sin lugar a dudas la vaguedad.

Al respecto, la vaguedad atañe al significado, es una propiedad de la referencia de los predicados y además característica de todos ellos. Un predicado es vago cuando ¿a qué cosa se refiere? siempre admita una respuesta dudosa. De este modo es semánticamente vago un

³⁷³ Un ejemplo es la construcción jurídica del tipo penal previsto en el artículo 365 BIS, fracción I, del Código Penal para el estado de Nuevo León que establece: “ARTICULO 365 BIS.- TAMBIEN SE EQUIPARÁ (sic) AL DELITO DE ROBO Y SE SANCIONARÁ CON PENA DE CINCO A QUINCE AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE CIEN A MIL CUOTAS, CON INDEPENDENCIA DE LAS PENAS QUE LE CORRESPONDAN POR LA COMISIÓN DE OTROS DELITOS, AL QUE: I.- DESMANTELE ALGUN O ALGUNOS VEHICULOS ROBADOS Y/O COMERCIALICE CONJUNTA O SEPARADAMENTE SUS PARTES;” (Énfasis añadido y ortografía original). Página web: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/codigos/codigo_penal_para_el_estado_de_nuevo_leon/ (consulta: 30 de junio de 2018).

³⁷⁴ Cfr. CAPELLA, Juan Ramón. *ELEMENTOS DE ANÁLISIS JURÍDICO*. Editorial Trotta, S.A. Cuarta edición. España, 2006, p. 115.

³⁷⁵ Vid. GUASTINI, Riccardo. *ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA*. Op. cit., p. 67.

³⁷⁶ *Ibidem*.

predicado en el que la referencia sea indeterminada.³⁷⁷ Así pues, se está ante una expresión afectada de vaguedad cuando no existe un conjunto identificado de propiedades definatorias que permitan determinar con exactitud cuándo poder referirse a algo y cuándo no.³⁷⁸ En relación con esto Miguel López Ruiz apunta:

“En la teoría del derecho se entiende por vaguedad, la imprecisión o indeterminación del significado de los vocablos y de los sintagmas cuyo significado se encuentra en una delgada situación marginal.”³⁷⁹

Ahora bien, la vaguedad conceptual es aquella en la que la autoridad se expresa y no sólo es una posibilidad sino una realidad que vuelve indecible el derecho en el sólo ámbito semántico y, por ende, incompleto, pues abre las expresiones del lenguaje jurídico a la variedad de las interpretaciones perdiéndose de vista que el ámbito semántico es esencial para la funcionalidad del derecho,³⁸⁰ sin embargo, se considera que el desestabilizador que más afecta al lenguaje jurídico es el término vacío, es decir, aquel que carece de contenido por imposibilitar la descripción específica y constante de un objeto, pues al utilizarse de manera tan amplia no se logra con él llegar a una concordancia significativa concreta y claramente delimitada.

De tal modo que cuando una oración jurídica se construye con un término vacío y éste constituye precisamente el tema³⁸¹ de dicha oración entonces la tesis³⁸² pierde su estabilidad estructural por no contar con el centro semántico-jurídico que de manera necesaria requiere para ser funcional (como predicado) en la oración. Lo que implica pues que la tesis carecerá del elemento que ciertamente imponga a la oración su concordancia.³⁸³

2.2.6 Ocurrencia y arbitrariedad

Se considera que la construcción jurídica es un proceso que de ordinario siempre está expuesto al extravío como consecuencia de la ignorancia o la soberbia y peor aún, de ambas.

³⁷⁷ *Ídem*, pp. 60-63.

³⁷⁸ *Cfr.* CÁCERES NIETO, Enrique. *LENGUAJE Y DERECHO. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO SISTEMA DE ENUNCIADOS*. Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda edición. México, 2001, p. 56.

³⁷⁹ *Cfr.* LÓPEZ RUIZ, Miguel. *REDACCIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS*. *Op. cit.*, p. 25.

³⁸⁰ *Cfr.* CAPELLA, Juan Ramón. *ELEMENTOS DE ANÁLISIS JURÍDICO*. *Op. cit.*, p. 115.

³⁸¹ *Vid. supra*, p. 61.

³⁸² *Vid. supra*, p. 61.

³⁸³ *Vid. supra*, pp. 61-63.

Las normas jurídicas y las sentencias judiciales son los actos de autoridad que más cuidado y profundidad requieren en su construcción. Y es que de las primeras (normas) depende la esencia del derecho, es decir, la seguridad jurídica y de las segundas (sentencias) la realidad de ésta última. En otras palabras, la percepción de la seguridad jurídica. Por eso las cualidades de cuidado y profundidad son pues de importancia superlativa.

De esta manera, la construcción del derecho, especialmente de las normas jurídicas y las sentencias judiciales, por supuesto incluida en estas últimas la jurisprudencia, de ningún modo puede ni debe alejarse de las reglas fundamentales del lenguaje (ordinario y jurídico) como tampoco de la dogmática, porque los conceptos provenientes de esta última son los que dan consistencia a dichas normas y sentencias, respectivamente, por eso el cuidado y la profundidad son imprescindibles.

Ahora bien, se considera que a la construcción jurídica lo que más le impacta es la inaceptable utilización tanto de la ocurrencia como de la arbitrariedad, partes antagónicas del cuidado y la profundidad que aquélla siempre requiere. La ocurrencia que a este tema concierne es aquella que corresponde a la idea inesperada³⁸⁴ a la que el legislador, por ignorancia, ordinariamente se sirve (la que por supuesto también comprende la subordinación a las indicaciones del partido político del que su cargo de legislador depende).

Luego, la construcción de la norma jurídica de ningún modo puede darse bajo la ocurrencia porque ésta de ordinario se aparta del lenguaje jurídico que cuidadosamente debe utilizarse para dar congruencia al sistema normativo al que aquélla corresponde. Una de las formas que la ocurrencia aparta del lenguaje jurídico es de ordinario su sustitución por el lenguaje coloquial y en ocasiones, peor aún, hasta literario, que en lugar de lograr la óptima funcionalidad de dicho sistema por el contrario sólo conduce a la confusión y, por ende, a la inconsistencia de la norma en relación con él.

Un ejemplo de este tema son las ocurrencias expresadas con un lenguaje casi literario por los legisladores del Congreso del estado de Nuevo León, del Partido Acción Nacional, mediante las cuales determinaron la necesidad de incluir, de nueva cuenta, los “antecedentes personales” en el artículo 47, fracción V, del Código Penal, a través de su reforma de 11 de septiembre de 2008. Y es que con ese lenguaje contravinieron postulados teóricos

³⁸⁴ *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. *Op. cit.*, tomo II, p. 1609.

fundamentales del sistema neoclásico de la teoría del delito bajo los cuales dicho Código Penal está estructurado, pero no sólo eso, sino que tampoco entendieron la tesis (actualmente jurisprudencia) emitida por el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Cuarto Circuito (con residencia en Monterrey, Nuevo León), con registro número 175,313 de rubro: “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA O SANCIÓN. A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 47, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN DE 28 DE JULIO DE 2004, LOS ANTECEDENTES PENALES NO DEBEN CONSIDERARSE PARA GRADUARLA CON BASE EN LOS CRITERIOS DE PELIGROSIDAD O TEMIBILIDAD DEL REO, SINO BAJO EL DE CULPABILIDAD.”, que fue la que motivó dicha reforma.³⁸⁵

La reforma indicada, de 11 de septiembre de 2008, fue sustentada con base en la exposición de motivos de la que en lo conducente se obtiene:

“ ‘...contar con una legislación penal adecuada y ajustada a los principios jurídicos...’ [...] Respecto de la reforma al artículo 47, del Código Penal para el estado de Nuevo León, de fecha 28 de julio de 2004, se dijo: ‘Oportunamente, el Grupo Legislativo del Partido Acción Nacional, hizo ver las inconsistencias, ambigüedades, lagunas y contradicciones en que se incurría en la iniciativa que se dictaminaba, estableciendo que lo más factible era que se promovieran juicios de amparo y que en su oportunidad la Justicia Federal estableciera criterios que seguramente iban a ser contrarios a lo que se proponía en la iniciativa que se aprobaba.’ [...] ‘...Tal apreciación netamente jurídica, se ha visto confirmada por el transcurso del tiempo, que siempre ha sido el mejor consejero precisamente por el ‘sentimiento de la justicia eterna e imprescriptible.’ [...] ‘...considerando que el sentido de responsabilidad debe ser característica de éste (sic) Congreso, ya que ‘es lo que despierta confianza y afecto, y abre a la esperanza’ y que al carecer de él ‘se origina recelo o abierto rechazo’; se promueve la presente iniciativa,...’ [...] ‘...es menester tomar en cuenta los antecedentes penales del procesado como agravante de peligrosidad,...’ [...] ‘...no es correcto estimar que la pena o sanción solo se deban graduar bajo el criterio de la culpabilidad del acto concreto por el que se juzga al detenido (sic), sino que en sana lógica debe también considerarse lo que éste representa por

³⁸⁵ Vid. AGUILAR DEL TORO, José Daniel. *LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA*. Op. cit., pp. 35-37.

su pasado de peligrosidad, o temibilidad,... [...] ‘...es obvia la urgencia de la aprobación de la iniciativa que se presenta (...) a fin de evitar que los jueces del orden penal continúen involuntariamente violando garantías individuales.’ ”³⁸⁶

Por lo que con base en esos argumentos fue que los legisladores aprobaron la reforma referida pero sin precisar cuáles son los “principios jurídicos” a los que una legislación “adecuada” ha de ajustarse; ni señalaron cuáles fueron las “inconsistencias”, “ambigüedades”, “lagunas” y “contradicciones” en las que según ellos se incurría con la iniciativa de la reforma de 28 de julio de 2004 al citado artículo 47, del Código Penal para el estado de Nuevo León; pero también consideraron como una apreciación “netamente jurídica” que mediante juicios de amparo la “Justicia Federal” establecería criterios que con seguridad serían contrarios a esa iniciativa (de 28 de julio de 2004) y, según lo expresaron, eso se vio confirmado por el transcurso del tiempo, que para ellos “siempre ha sido el mejor consejero” por “el sentimiento de la justicia eterna e imprescriptible”, pero también los legisladores agregaron que promovieron tal iniciativa (de 11 de septiembre de 2008) porque el sentido de responsabilidad debía ser “característica” de ese Congreso, ya que para los legisladores eso: “despierta confianza y afecto, y abre a la esperanza” porque sin ello “se origina recelo o abierto rechazo.”³⁸⁷

Luego señalaron que no era correcto que la pena o sanción se graduara sólo bajo el criterio de culpabilidad del acto concreto por el que se juzga al “detenido” sino que en “sana lógica” también tenía que considerarse lo que éste representaba por su pasado de peligrosidad o temibilidad, sin embargo ¿qué debe entenderse por “sana lógica”? y ¿cómo ésta llevó a los legisladores a esa determinación?³⁸⁸ Pues bien, esa “argumentación” fue la que expusieron a través de ese lenguaje sin considerar los postulados del referido sistema neoclásico de la teoría del delito, que en ese caso era imprescindible estimarlos.

Por lo que cuando los conceptos que el legislador emplea no corresponden a un lenguaje unívoco, entonces existe el riesgo de que el juzgador los entienda de modo distinto³⁸⁹ y luego este último se sirva de la ocurrencia para aplicar normas construidas sin cuidado y

³⁸⁶ *Ídem*, pp. 41-42.

³⁸⁷ *Ídem*, p. 43.

³⁸⁸ *Ídem*, pp. 43-44.

³⁸⁹ *Cfr.* VON WEBER, Hellmuth. *LINEAMIENTOS DEL DERECHO PENAL ALEMÁN*. Editorial Ediar. Traducción de la segunda edición alemana (1948) por Leonardo G. Brond, revisada y prologada por Eugenio Raúl Zaffaroni. Argentina, 2008, p. 43.

bajo esa modalidad de comunicación. Lo que por supuesto no implica una consecuencia necesaria o que la ocurrencia sea sólo exclusiva de la actividad legislativa pues la ocurrencia también se presenta *per se* tanto en la dogmática-jurídica como en la actividad jurisdiccional, respectivamente.

Así es, por ejemplo, la expresión “es de explorado derecho” es una ocurrencia que se utiliza con comodidad en sentencias judiciales para sostener otras ocurrencias, porque el juzgador sustituye con ella todos los elementos dogmáticos, normativos, jurisprudenciales y argumentativos que en su caso debe exponer pero por supuesto evita, según él, al considerarlos conglobados en la expresión ocurrente indicada y que de ningún modo los contiene.

Ahora bien, expresiones como “colcha de pueblo”³⁹⁰ o “ensalada navideña penal”,³⁹¹ ciertamente son ocurrencias compatibles con una conversación coloquial mas no con un lenguaje idóneo para exponer un tema de forma congruente con la ciencia jurídica.

Por otra parte, la arbitrariedad es un modo superficial, cómodo y rápido de atribuir a un término jurídico u oración su significado. Y es utilizada por quienes creen poder hacerlo (como los legisladores o juzgadores), pero también quienes apoyados en su formación y trayectoria se arriesgan a no informarse ni profundizar sobre el origen, reglas, estructura y esencia del significado de un término jurídico u oración, de modo que el centro de todo eso se halla en la falta de voluntad o su deficiencia.

Así pues, la arbitrariedad puede llegar hasta el extremo de sostener la afirmación de que un término jurídico u oración son equivalentes aun cuando su contenido semántico o su construcción sintáctica (en el caso de la oración) es disímil entre el término u oración original y la que la sustituye, lo que congruentemente puede denominarse una sustitución arbitraria.

³⁹⁰ La expresión “colcha de pueblo” Leoncio Lara Sáenz la utiliza así: “...a las citas textuales, que de paso debe señalarse que son utilizadas únicamente en el supuesto de estricta necesidad, pues de otra manera el texto parece, utilizando una expresión común y corriente, una ‘colcha de pueblo’, es decir, un conjunto de parches que conforman un tejido que no es el adecuado ni propio;...” *Vid.* LARA SÁENZ, Leoncio. *PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA*. *Op. cit.*, p. 182.

³⁹¹ Jorge Ojeda Velázquez utiliza la expresión “ensalada navideña penal” como sigue: “La doctrina ha profundizado mucho en el estudio analítico del delito, pero su orientación metodológica ha caído en graves exageraciones que han creado abstracciones que no favorecen la claridad de las ideas y se pierden en sutilezas. La exageración del procedimiento analítico, además, ha llevado no sólo a fragmentar el delito en varias partes, sino también a considerar a cada una de éstas como una entidad independiente, como un *quid* dotado de vida autónoma, de manera que el delito se ha reconocido como una suma de elementos dispares y heterogéneos en la que ciertos elementos que pertenecen al mundo de lo abstracto se combinan con otros elementos que pertenecen al mundo de lo concreto hasta llegar a formar una ‘ensalada navideña penal.’” *Vid.* OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Tesis para una Teoría Pura del Delito y de las Sanciones*. En: *CRIMINALIA. Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*. Editorial Porrúa. Año LXXI, No. 2, México, D.F., Mayo-Agosto, 2005, pp. 5-6.

Y aunque la dación de significado es un acto de poder, pues la violencia o el prestigio pueden dar a un vocablo un significado diverso, todo depende de quién disponga de tales medios, sin embargo, la arbitrariedad radical se observa tanto al otorgar significado a los términos como en el momento de aplicarlos a un referente,³⁹² esto último se hace en el acto de habla cuando se convierte algo a alguien en el referente de un significado.³⁹³

De este modo, aunque el contexto puede determinar el significado a pesar de la arbitrariedad radical de sentido, se sabe que un juez en uso de su fuerza puede otorgar a un vocablo un significado especial que otro tenía, pues en una sentencia al otorgar sentido a una conducta convierte a ésta en el referente de ese significado, por lo que la dación de sentido comprende el arbitrio y el poder.³⁹⁴

Luego, en la construcción del lenguaje jurídico es imprescindible tener cuidado en la falacia de apelación inapropiada a la autoridad *ad verecundiam* porque ciertamente es razonable guiarse por el juicio de un experto reconocido ante una pregunta difícil, pero los expertos difieren e incluso erran, sin embargo, el extravío surge cuando a quien se apela no tiene una autoridad legítima en la materia en cuestión, pues existen circunstancias sobre ciertos personajes que hacen que esta apelación falaz sea tentadora y, por ende, peligrosa. De modo que el argumento *ad verecundiam* puede resultar lamentable respecto de la elección de expertos si la opinión de éstos resulta equivocada o simplemente no tienen legitimidad para reclamar autoridad.³⁹⁵ Y más aún si evidentemente no hay una conexión lógica entre la premisa menor (argumento de autoridad) y la conclusión, pues que alguien autorizado sostenga un argumento de ningún modo permite inferir que lo sostenido con base en ese argumento sea verdadero.³⁹⁶

³⁹² Al respecto, Óscar Correas señala: “El referente de las palabras, es la parte del mundo exterior acerca de la cual el productor del signo y emisor del mensaje, cree poder decir algo. No importa que sea falso o que en realidad no exista tal referente, o que nada se pueda decir de él. Habrá un referente, toda vez que el usuario del lenguaje *crea* decir algo, de algo que cree existente. La palabra ‘dios’, por ejemplo, tiene referente aun para los ateos. Si para ellos dios no existe, de todos modos constituye un objeto exterior al sujeto emisor, acerca del cual éste pretende decir algo. El hecho de que, para los ateos, diga mentiras o se refiera a una ficción, no quita que el sujeto *pretende* decir algo acerca de un objeto que él cree exterior. El referente de la palabra ‘administración’ –por *administración pública*– como dios para los ateos, es una ficción, como veremos, y sin embargo se trata de un objeto exterior al sujeto emisor, acerca de lo cual éste pretende decir algo.” Vid. CORREAS, Óscar. *TEORÍA DEL DERECHO*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2004, p. 22.

³⁹³ *Ídem*, pp. 22-23.

³⁹⁴ *Ídem*, pp. 23-24.

³⁹⁵ Cfr. COPI, Irving M y COHEN, Carl. *INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA*. Editorial Limusa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2011, pp. 173-175.

³⁹⁶ Cfr. NUÑEZ, Rafael y DEL TESO, Enrique. *SEMÁNTICA Y PRAGMÁTICA DEL TEXTO COMÚN*. Producción y comentario de textos. *Op. cit.*, p. 289.

Por lo tanto, se considera que la ocurrencia y la arbitrariedad son elementos que impactan en el lenguaje jurídico de una manera notoria y desestabilizante, que se originan por falta de cuidado y profundidad en el conocimiento y aplicación del origen, reglas y esencia de las estructuras que componen el sistema al que dicho lenguaje corresponde, convirtiéndose éste en un medio de disfuncionalidad del derecho y, por consiguiente, de inseguridad jurídica.

2.2.7 Lenguaje jurídico-penal

La guía de la función del derecho penal es la organización del sistema social³⁹⁷ y en congruencia con esto se considera que el eje del lenguaje jurídico-penal es sin lugar a dudas el tipo penal porque es el elemento delimitador que proporciona coherencia y claridad al concepto delito³⁹⁸ visto éste como estructura semántica que compone un sistema de lenguaje.

Y es que toda la actividad procesal-penal se desarrolla siempre bajo un centro que es el delito, sin embargo, como el derecho es una ciencia cultural, la ocurrencia, la arbitrariedad o la creencia son elementos que en el común de las personas toman de manera rápida una posición frente a lo que estructuralmente el legislador regula como delito, de modo que lo único que garantiza eliminar cualquiera de esos elementos es el referido tipo penal, pues de otro modo cualquier ocurrencia, arbitrariedad o creencia cultural volverían asistemático al derecho penal y, por ende, disfuncional.

Así pues, el lenguaje jurídico-penal como medio de comunicación en una teoría comunicativa del delito constituye un elemento de importancia fundamental para la organización y convivencia de los sistemas humanos y para la comprensión de los sistemas jurídicos, los cuales deben ser observados a partir de la coordinación de acciones cuya viabilidad se da mediante el lenguaje, pues la única realidad del pensamiento tiene lugar en el lenguaje.³⁹⁹

Ahora bien, como la comprensión de la ley resulta de su interpretación y ésta debe comenzar por la letra de la ley, entonces el legislador penal ciertamente tiene por tarea la

³⁹⁷ Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *LA IMPUTACIÓN CONSTRUIDA. Sistema jurídico general, subsistema jurídico penal y de medidas de seguridad. La respuesta comunicativa punitiva. La imputación objetiva. Hacia una imputación comunicativa. La teoría del rol. Op. cit., p. 113.*

³⁹⁸ Al respecto, Jorge Ojeda Velázquez llega hasta el extremo de afirmar: “El delito (en abstracto) no es conforme al tipo, sino que es el tipo mismo...” Vid. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Tesis para una Teoría Pura del Delito y de las Sanciones*. En: *CRIMINALIA. Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Op. cit., p. 12.*

³⁹⁹ Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA COMUNICATIVA DEL DELITO. Construcción del ilícito a partir de la ontología del lenguaje y la teoría de los sistemas. Responsabilidad por el producto. Organización y estructura del sistema social. Op. cit., pp. 34-35.*

descripción exhaustiva del delito, por lo que el concepto empleado para ello debe entenderse tal como se utiliza en el uso habitual del lenguaje sin que la interpretación pueda exceder del posible sentido lingüístico de un concepto, ni perderse de vista que un concepto ambiguo puede ser definido por la misma ley o extraerse del contexto de ella.⁴⁰⁰

Por lo tanto, mención especial debe destacarse cuando se está en el campo del derecho penal considerándose lo que José Arturo González Quintanilla apunta:

“El medio técnico por antonomasia en la formulación de los supuestos (hipótesis), entre otros, viene a ser el lenguaje. En materia penal, por razones de legalidad, las descriptivas deben ser muy precisas, para no permitir posiciones anfibiológicas (sic), ya que, ‘dadas las metas de la precisión, de la seguridad y de la coincidencia terminológica en el lenguaje legal, no hay lugar en el último para finalidades filológicas o estéticamente deseables, por medio de las cuales se pretenda obtener una riqueza y variación de expresiones lingüísticas. En lugar de las últimas, deberá contentarse con cierta pobreza o limitación de estilo, si esto es necesario, para facilitar el funcionamiento seguro del principio constitucional de la legalidad (artículos 14 y 16 de la Constitución Federal), que en nuestra vida jurídica tiene mayor importancia con motivo de su fundamentación en el Derecho escrito’.”⁴⁰¹

Al respecto, la palabra anfibología se deriva del griego y su significado esencialmente es: “ ‘...los dos al mismo tiempo’ o ‘ataque por los dos lados’.”, de modo que un enunciado es anfíbolo cuando su significado es indeterminado debido a la manera poco precisa o extraña en la que sus palabras se combinan.⁴⁰²

Por consiguiente, en el lenguaje jurídico-penal es de importancia capital evitar la anfibología pues de él depende sin lugar a dudas la esencia del derecho que no es otra más que la seguridad jurídica a la que Eugenio Raúl Zaffaroni se refiere como objetivo y respecto

⁴⁰⁰ Cfr. VON WEBER, Hellmuth. *LINEAMIENTOS DEL DERECHO PENAL ALEMÁN*. Op. cit., pp. 42-44.

⁴⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. Op. cit., p. 579.

⁴⁰² Cfr. COPI, Irving M y COHEN, Carl. *INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA*. Op. cit., pp. 188-189.

del derecho penal como meta al expresar: “...el derecho penal no puede tener otra meta que la de proveer seguridad jurídica, puesto que ese debe ser el objetivo de todo el derecho.”⁴⁰³

⁴⁰³ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1986, p. 49.

Capítulo 3. Las estructuras de la orden de aprehensión en México

3.1 La construcción jurídica de la orden de aprehensión en México

3.1.1 El derecho a la libertad

Acorde con la idea de dignidad, que implica la categoría exclusiva que diferencia al ser humano del resto de las especies y que constituye el fundamento de los derechos humanos así como la esencia universal que lo conforma completamente como un fin para vivir con felicidad y no simplemente existir en el mundo,⁴⁰⁴ se considera coherente sostener que para vivir⁴⁰⁵ como tal, es decir, como ser humano, son dos las condiciones superlativas que requiere, denominadas salud y libertad; sin embargo, donde de ordinario se encuentra lo superlativo de ambas es precisamente en su confluencia: El movimiento.

El movimiento es el modo de existencia de la materia que incluye en sí todos los procesos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, es pues, toda interacción de objetos materiales.⁴⁰⁶ De ahí que en el ser humano es esencial porque le impacta directamente su salud y la conservación de ella, por eso la libertad de movimiento le es indispensable para vivir en congruencia con los diversos contextos de un Estado democrático de derechos humanos.⁴⁰⁷

Y aunque es indudable que ciertamente acontecen situaciones jurídicas que requieren del poder de imperio del Estado para impactar la libertad de movimiento del ser humano, sin embargo, como eso implica la afectación de una condición superlativa de vida, entonces el ejercicio de tal poder también se convierte en una situación jurídica de grave importancia y capital cuidado. Situación que conduce hasta el extremo de cuestionar y examinar exhaustivamente cuáles son los requisitos constitucionales que puntualmente deben cumplirse en un Estado democrático de derechos humanos para que pueda afectarse a un ser humano su libertad de movimiento al ordenarse su captura mediante un acto de autoridad como la orden de aprehensión.

⁴⁰⁴ *Vid. supra*, pp. 7-9.

⁴⁰⁵ *Vid. supra*, pp. 5-7.

⁴⁰⁶ *Cfr. ROSENTHAL-IUDIN. DICCIONARIO FILOSÓFICO*. Ediciones Brontes S.L., España, 2013, p. 276.

⁴⁰⁷ *Vid. supra*, p. 25.

3.1.2 Concepto jurídico de orden de aprehensión

La orden de aprehensión, señala Guillermo Colín Sánchez, puede ser vista desde dos posiciones: La dogmática y la procesal. Desde la primera de ellas la orden de aprehensión es una situación jurídica y modo de lograr la presencia del imputado en el proceso.⁴⁰⁸ Y desde la segunda es una resolución judicial en la que con base en el pedimento del ministerio público y satisfechos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ordena la captura de un sujeto determinado para ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad que lo requiere con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o “hecho” que se le atribuye.⁴⁰⁹

De lo anterior se debe destacar la congruencia de utilizar aquí el término imputado, que según Miguel Fenech es el más adecuado porque es el participio sustantivado del verbo imputar, que significa atribuir a otro una culpa, delito u acción, pues agrega que el término imputado lo prefiere al de inculcado porque el verbo inculpar significa acusar a alguien de una cosa. Y su derivado inculcado significa lo contrario ya que sirve para designar a la persona inocente o sin culpa.⁴¹⁰

Al respecto, Guillermo Colín Sánchez señala como principio positivo y aconsejable llamar “con su propio nombre” a las cosas o a todo aquello que se pretenda identificar, pero además que exista congruencia entre el nombre y el contenido correspondiente ya que en la vida diaria con frecuencia se advierte todo lo contrario.⁴¹¹ Con lo que coincide Juan José González Bustamante quien menciona que a los términos debe dárseles desde el principio su exacto significado⁴¹² y que la trayectoria que va siguiendo una persona en el curso del proceso reviste importancia desde el punto de vista de los cambios o mutaciones de su situación jurídica, lo cual da origen a consecuencias diversas en el aspecto formal del proceso,⁴¹³ lo que expone como sigue:

⁴⁰⁸ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Decimonovena edición. México, 2005, p. 362. *Apud.* “Pompeo Pezzatini, *La Custodia Preventiva*: 34.”

⁴⁰⁹ *Ídem*, pp. 362-363.

⁴¹⁰ Cfr. FENECH, Miguel. *DERECHO PROCESAL PENAL*. Editorial Labor, S.A. Tercera edición. España, 1960, volumen primero, p. 336.

⁴¹¹ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005, *Op. cit.*, pp. 3-4.

⁴¹² Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO*. Editorial Porrúa, S.A. Tercera edición. México, 1959, p. 282.

⁴¹³ *Ídem*, p. 245.

“Impropiamente se llama acusado, a la persona en contra de quien se endereza la acción penal en abstracto. Nuestras leyes incurren en esta impropiedad al emplear, indistintamente, los términos ‘acusado’, ‘detenido’, etcétera. La persona de quien se sospecha que ha cometido un delito, es un indiciado; si llevado al proceso se decreta su formal prisión, será un procesado. Al término de la instrucción, si el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias, será un acusado o enjuiciado, y al pronunciarse la sentencia en que se define su responsabilidad penal, se convertirá en un sentenciado. Por último, al ejecutarse el contenido del fallo judicial para que compurgue las sanciones impuestas, se habrá convertido en un reo.”⁴¹⁴

Así pues, acorde con la naturaleza jurídica de la orden de aprehensión se considera prevalente la postura de Miguel Fenech de utilizar el término imputado ya que encuentra coherencia y fundamento en lo expuesto por Hans Kelsen quien dice que una consecuencia no es imputada sólo a una conducta humana sino también a un hecho o a otras circunstancias externas pero que el objeto de una imputación siempre es conducta humana.⁴¹⁵

Ahora bien, como se comparte la afirmación de Hans Kelsen en el sentido de que el objeto de una imputación siempre es conducta humana,⁴¹⁶ por lo tanto resulta congruente lo que Guillermo Colín Sánchez expone sobre la orden de aprehensión, tanto desde la posición dogmática como de la procesal, sin embargo, en esta última posición no se justifica la disyuntiva que propone en la parte final pues lo que se atribuye al imputado como objeto de imputación es siempre una conducta y no un hecho. De ahí que la orden de captura de un sujeto determinado para ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad que lo requiere es con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta que se le atribuye, término éste que de ninguna manera equivale o es sinónimo del vocablo “hecho”.

Al respecto, Hans Kelsen señala que por “hecho” se entiende una realidad,⁴¹⁷ sin embargo, entre imputar (atribuir) a un sujeto una realidad o imputarle una conducta existen diferencias que en la disciplina del derecho penal tienen significación relevante, pues el término conducta implica un interés que en un contexto mueve las cargas de la voluntad hacia

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ Cfr. KELSEN, Hans. *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. *Op. cit.*, p. 115.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ *Ídem*, p. 22.

una decisión⁴¹⁸ y, además, constituye el primer elemento de la estructura genérica denominada “delito” en todas las teorías que se derivan de la teoría atomizadora del delito (bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica y hexatómica).⁴¹⁹ En cambio, lo que puede decirse del vocablo “realidad” es que consiste en el producto acabado de la perceptibilidad mediante un procedimiento de interpretación cultural de ella respecto de la confluencia de formas, colores e impactos.⁴²⁰

Por otra parte, Julio Acero expresa que los términos aprehensión y detención suelen usarse como sinónimos sin que tal confusión tenga trascendencia en la práctica. No obstante, aclara que la aprehensión es el acto mismo de la captura, el hecho material del apoderamiento de la persona, en cambio, la detención es un estado: El estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento.⁴²¹

Al respecto, cabe señalar que Juan José González Bustamante coincide esencialmente con Julio Acero al advertir tal confusión y precisar que el término aprehensión proviene del latín *prehensia*, que es la acción consistente en prender o asegurar, por lo que aprehensión es el acto material que consiste en asegurar o prender a una persona, es la acción de apoderarse de ella, de asegurarla para prevenir su fuga. Por su parte, la detención es el estado de privación de libertad que sufre una persona por virtud de un mandamiento judicial.⁴²²

En el mismo sentido Guillermo Borja Osorno señala que la detención es la medida cautelar más importante en el proceso penal y se distingue de la aprehensión en que ésta es el momento en que se captura a una persona mientras que la detención es el estado de privación de la libertad posterior a la aprehensión.⁴²³

⁴¹⁸ *Vid. supra*, pp. 46-47 y *Vid. infra*, pp. 282-284.

⁴¹⁹ *Cfr.* GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales. Op. cit.*, p. 576.

⁴²⁰ *Vid. infra*, p. 266.

⁴²¹ *Cfr.* ACERO, Julio. *PROCEDIMIENTO PENAL. Ensayo doctrinal y comentarista sobre las leyes del ramo, del Distrito Federal y del estado de Jalisco*. Editorial José M. Cajica Jr. S.A. de C.V. México, 1968, p. 129.

⁴²² *Cfr.* GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. Op. cit.*, pp. 113-114.

⁴²³ *Cfr.* BORJA OSORNO, Guillermo. *DERECHO PROCESAL PENAL*. Editorial José M. Cajica Jr. S.A. México, 1969, p. 221.

Para Sergio García Ramírez la orden de aprehensión es el título jurídico general u ordinario, expedido por la autoridad judicial penal para la captura de un sujeto (a quien él denomina inculpado), a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento.⁴²⁴

Por su parte, Ludwig Ovando Ramón señala que la orden de aprehensión en la que se exigen colmar los requisitos de fondo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un mandato judicial que tiene como finalidad conducir a la persona investigada a la audiencia en la que será imputada; mandato que debe analizarse acorde con los datos de prueba existentes en la carpeta de investigación.⁴²⁵

Así pues, se puede concluir que en México la orden de aprehensión es la situación jurídica regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consistente en la resolución judicial que dispone la captura de una persona para ponerla de inmediato a disposición de la autoridad que la requiere con el fin de que conozca todo sobre la conducta que se le imputa.

3.1.3 La importancia de la orden de aprehensión en un Estado democrático de derechos humanos

La orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es en sí misma un acto de autoridad de suma importancia porque impacta de modo fundamental en el derecho humano a la libertad el cual es indispensable para vivir con dignidad desde que se nace hasta que se muere. Negar esto conduciría a un absurdo⁴²⁶ indudablemente, por lo que la discusión sobre la importancia de la orden de aprehensión sólo debe situarse y depender de su esencia jurídica, es decir, de lo que significa un acto de autoridad destinado a capturar a una persona en un Estado democrático de derechos humanos, pues si la discusión no se situara dentro de este campo temático se extraviaría sin lugar a dudas.

⁴²⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Las reformas de 1993-2000*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Cuarta edición. México, 2003, p. 9.

⁴²⁵ Cfr. OVANDO RAMÓN, Ludwig. *MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2015, p. 82.

⁴²⁶ Al respecto, Anthony Weston explica que el argumento de la reducción al absurdo (*reductio ad absurdum*) es aquel que muestra que la negación de la conclusión conduce al absurdo, es decir, a un resultado contradictorio o que no tiene sentido. Vid. WESTON, Anthony. *LAS CLAVES DE LA ARGUMENTACIÓN*. Editorial Planeta, S.A. Traducción de Mar Vidal. España, 2011, p. 74.

Un supuesto simple de tal extravío sería, por ejemplo, si la importancia de la orden de aprehensión se minimizara a partir de una discusión sobre actos procesales posteriores a ella, pues en ese caso indudablemente se perdería el horizonte sobre su esencia jurídica, que se reitera, concierne al momento de la captura de una persona dentro de un Estado democrático de derechos humanos.

Otro ejemplo de equivocación sería discutir sobre la estructura de la orden de aprehensión atendiendo primero a su regulación procesal (Código Nacional de Procedimientos Penales), que a su regulación constitucional (artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), pues resulta innegable que la problemática estructural de la orden de aprehensión que se encuentra en el citado artículo 16 no se subsana ni se recompone con otra estructura procesal regulada en una norma diversa. Lo que se afirma en congruencia con la evidente jerarquía que existe entre tales ordenamientos.

Luego, en un ejercicio dialéctico serio no puede negarse la importancia que tiene para la ciencia del derecho la construcción jurídica de la orden de aprehensión y más aún si con tal acto de autoridad el Estado puede abusar sin límites de su poder de imperio y convertir dicho mandamiento de captura en un medio facilitador de arbitrariedad al servicio de quien detente el poder en turno, o peor todavía, volverlo un medio de impunidad para quienes a pesar de que su captura procede conforme a derecho, sin embargo, logran evadirla por las deficiencias estructurales que presenta dicha construcción y que actualmente lejos de remediarse se hicieron más vulnerables por la ignorancia y la pereza de quienes tienen la grave responsabilidad de legislar en este país tan necesitado de seguridad jurídica sin extravíos ni disparates.

Así pues, por la incapacidad de la técnica jurídica (con sus diversos operadores) no se logró el consenso necesario sobre los elementos conceptuales que determinan lógicamente a la orden de aprehensión como el acto jurídico que permite la captura de una persona dentro de un Estado democrático de derechos humanos, por lo que tal problemática sigue sin solución y requiere resolverse sin lugar a dudas.

Por lo que ante este panorama y resultados es impostergable que la ciencia del derecho sea la que se encargue de construir la estructura de la orden de aprehensión, pues dicha ciencia es la que con mejor organización puede proporcionar de manera sistemática, profunda y congruente los elementos conceptuales que tal actividad intelectual requiere.

3.1.4 Cronología de la construcción jurídica constitucional de la orden aprehensión comprendida desde el 5 de febrero de 1917 hasta el 18 de junio de 2008

<p>Diario Oficial del Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, del lunes 5 de febrero de 1917 (Fe de erratas 6 de febrero de 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857.</p> <p>“Art. 16.- Nadie puede ser [...] No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado [...]”⁴²⁷</p>	<p>Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 3 de septiembre de 1993 (Respecto del artículo 16) <u>entró en vigor</u> el sábado 4 de septiembre de 1993.</p> <p>“ARTICULO 16.- Nadie puede ser ...”</p> <p>“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un <u>hecho determinado que la ley señale como delito</u>, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”⁴²⁸</p>	<p>Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el lunes 8 de marzo de 1999 (Respecto del artículo 16) <u>entró en vigor</u> el martes 9 de marzo de 1999.</p> <p>“Artículo 16.-...”</p> <p>“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un <u>hecho que la ley señale como delito</u>, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”⁴²⁹</p>	<p>Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el miércoles 18 de junio de 2008 (Respecto del artículo 16) <u>su entrada en vigor</u> acorde con los artículos transitorios del Primero al Cuarto.</p> <p>“Artículo 16. Nadie puede ser...”</p> <p>“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”⁴³⁰</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁴²⁷ Vid. www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf (consulta: 18 de noviembre de 2015 –énfasis añadido–).

⁴²⁸ Vid. www.diariooficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4780397&fecha=03/09/1993 (consulta: 18 de noviembre de 2015 –énfasis añadido–).

⁴²⁹ Vid. www.diariooficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4997854&fecha=08/03/1999 (consulta: 18 de noviembre de 2015 –énfasis añadido–).

⁴³⁰ Vid. www.diariooficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008 (consulta: 18 de noviembre de 2015 –énfasis añadido–).

Los artículos transitorios concernientes al artículo 16 constitucional relativos a la entrada en vigor del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008 es información importante para este trabajo.⁴³¹

3.1.5 Elementos estructurales de la orden de aprehensión

La orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, tiene una estructura con elementos de diversa naturaleza jurídica. Unos son de índole procesal-formal (invariable, alternativa o mixta) y otros se pueden considerar como elementos de fondo.

3.1.5.1 Elementos de enfoque procesal-formal

El primer elemento estructural de la orden de aprehensión corresponde a la determinación de la única clase de autoridad facultada para decidir sobre el libramiento o no de ella, es decir, la autoridad judicial. Este elemento es de índole procesal-formal-invariable porque concierne a la competencia del órgano del Estado del que únicamente puede originarse dicho acto jurídico dentro del proceso penal, por lo que en esto no influye el sentido de la decisión judicial, esto es, si se libra o no la resolución de captura, pues ese tema es

⁴³¹ Sólo se transcriben los artículos del PRIMERO al CUARTO, porque son los que conciernen al artículo 16 constitucional: “**Primero.** El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes. **Segundo.** El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto. En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito. En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órganos legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales. **Tercero.** No obstante lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, siendo plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor. Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio Segundo. **Cuarto.** Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto.” *Vid.* www.diaarioficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008 (consulta: 18 de noviembre de 2015).

completamente independiente de la constante constitucional que dispone que sólo la autoridad judicial puede (o no) librar una orden de aprehensión.

Luego, el segundo elemento estructural de la orden de aprehensión de naturaleza jurídica procesal-formal-mixta consiste en que preceda a ella cualquiera de las figuras siguientes: Denuncia o querrela. Este elemento se considera como procesal-formal-mixto por la disposición categórica concerniente a que para librar la orden de aprehensión se requiere invariablemente de alguna de esas dos figuras procesales, según corresponda. Y es mixto porque mientras su invariabilidad atañe a la precedencia de la denuncia o la querrela, en cambio su naturaleza alternativa se refiere a la operatividad de la especie (denuncia o querrela); por consiguiente, tanto la denuncia como la querrela, según corresponda, son requisitos de procedibilidad⁴³² para librar la orden de aprehensión.

La denuncia es hacer de conocimiento de la autoridad competente la comisión de un delito que se persigue de oficio mientras que la querrela es sustancialmente lo mismo aunque con diferencias importantes, pues los delitos que a ella corresponde comunicar su conocimiento son aquellos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, es decir, mediante una declaración de voluntad del interesado (víctima u ofendido) en que se persiga jurídicamente a los responsables y se les sancione.⁴³³

En esencia, igualmente se pronuncia Eduardo López Betancourt quien destaca que en la querrela se debe expresar la clara intención de que se castigue al responsable del delito, pues mientras la denuncia por quien tiene conocimiento de un delito es una obligación, en cambio los delitos de querrela tienen su razón de existir en que sanciones de oficio pudieran traer mayor perjuicio a la víctima (u ofendido), tanto en lo material como en lo afectivo o por lo menos en alguno de esos dos supuestos.⁴³⁴

⁴³² Al respecto, Sergio García Ramírez señala que los requisitos de procedibilidad son condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal (la averiguación previa), por lo que este concepto aquí también se considera aplicable en relación con las figuras procesales de la denuncia o la querrela y la orden de aprehensión, pues si bien es cierto que Sergio García Ramírez señala lo apuntado refiriéndose a la otrora averiguación previa, sin embargo, es innegable que la denuncia o la querrela son requisitos de procedibilidad de la orden de aprehensión porque sin alguno de ellos, según corresponda, no puede librarse, tal como expresamente lo establece el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta edición. México, 1983, p. 386.

⁴³³ *Ídem*, pp. 387-389.

⁴³⁴ *Cfr.* LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *DERECHO PROCESAL PENAL*. IURE editores, S.A. de C.V. México, 2003, pp. 76-77.

3.1.5.2 Elementos de fondo

El primer elemento de fondo de la orden de aprehensión consiste en que la denuncia o la querrela, según corresponda, concierna a un “hecho que la ley señale como delito”. El segundo elemento de esta naturaleza consiste en que ese hecho que la ley señale como delito esté “sancionado con pena privativa de libertad”. A su vez el tercer elemento está unido a los dos anteriores con la conjunción copulativa “y” el cual consiste en que “obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho”, mientras que el cuarto elemento (el último), está unido al tercero de ellos también con la conjunción copulativa “y” que atañe a que sobre “ese hecho” igualmente “exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Se afirma que estos elementos son de fondo porque su examen requiere del análisis de postulados sustanciales que exigen del juzgador conocimientos de mayor envergadura que los necesarios para decidir sobre la existencia y procedencia de elementos jurídico-procesales como la denuncia o la querrela (según corresponda), que no implican la misma dificultad que la de examinar temas relacionados con la teoría del tipo penal y la punibilidad; la teoría de la prueba y la teoría de la argumentación jurídica, que se requieren para intentar resolver cuándo se está ante un “hecho que la ley señale como delito”, si éste está o no “sancionado con pena privativa de libertad”, si se está o no en el caso de que “obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho” e igualmente si se está o no en el supuesto de que sobre “ese hecho” también “exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Así es, verificar la existencia de la denuncia y sus formas procesales de presentación o la existencia de la querrela y sus elementos relativos a la personalidad y legitimación de quien la promueve junto con analizar la oportunidad del plazo para presentarla son temas que indudablemente no tienen la complejidad de los indicados como elementos de fondo precisamente porque su naturaleza jurídica es distinta.

Al respecto, Ludwig Ovando Ramón señala que los requisitos de fondo de la orden de aprehensión son la existencia de datos que acrediten un hecho que la ley señale como delito; probabilidad de que la persona investigada es autora o partícipe del hecho; que el delito de que se trate contenga una pena privativa de la libertad y datos que acrediten la presencia de

algún riesgo para los bienes procesales que haga necesaria la cautela.⁴³⁵ Sin embargo, con esto último no se coincide porque en ninguna parte del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está regulada la presencia de algún riesgo para los bienes procesales que haga necesaria la cautela, por lo que eso sin lugar a dudas no es requisito de la orden de aprehensión.

3.1.6 Determinación del principal elemento estructural de la orden de aprehensión en México

Es importante establecer con claridad que la orden de aprehensión en sus diversas estructuras siempre ha tenido un elemento principal del que dependen todos los demás. Ese elemento obvio es de fondo y su determinación requiere de cuidado especial porque en él se funda la intervención del derecho penal para posibilitar la captura de una persona en un Estado democrático de derechos humanos.

En el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917 al 2 de septiembre de 1993 el elemento principal de la orden de aprehensión se refería expresamente a la punibilidad. Esto es así al señalar que la denuncia, acusación o querrela fueran de un “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, por lo que si en “la ley” no estaba prevista punibilidad de prisión para tal “hecho” entonces la orden de aprehensión simplemente no podía librarse y, por ende, resultaba inútil examinar el resto de los requisitos relativos al tema de la probable responsabilidad del “inculpado”.

Luego, del 3 de septiembre de 1993 al 7 de marzo de 1999 la denuncia, acusación o querrela debían ser de un “hecho determinado que la ley señale como delito” sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, sin embargo, el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión no era ninguno de esos sino la acreditación de “los elementos que integran el tipo penal”. Lo anterior es así porque si alguno de esos elementos no se acreditaba consecuentemente tampoco se integraba el tipo penal y ello daba lugar a negar la orden de aprehensión sin necesidad de continuar con el análisis de su siguiente elemento estructural, es decir, la probable responsabilidad del “indiciado”, lo que por cuestión de congruencia secuencial resulta obvio.

⁴³⁵ Cfr. OVANDO RAMÓN, Ludwig. *MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Op. cit., p. 83.

Con esa secuencia, del 8 de marzo de 1999 al 17 de junio de 2008 la estructura de la orden de aprehensión prescindió del concepto “acusación” para referirse sólo a los elementos de denuncia o querrela, sin embargo, en esencia siguió conservando el elemento “hecho que la ley señale como delito” aunque de él se eliminó el vocablo “determinado”, pero lo importante aquí es señalar que el elemento principal de aquélla no fue ése sino la acreditación del “cuerpo del delito”. Por lo que si éste a pesar de toda su deficiencia conceptual y disfuncionalidad no se acreditaba, la orden de aprehensión tampoco se libraba y, por consiguiente, el estudio del elemento relativo a la probable responsabilidad del “indiciado” ya no se realizaba por resultar obviamente innecesario.

Ahora bien, a partir del 18 de junio de 2008 el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concierne y gira en torno del “hecho que la ley señale como delito”; elemento que del 3 de septiembre de 1993 al 17 de junio de 2008 permaneció relegado en la estructura de la orden de aprehensión con motivo de la principalidad de los “elementos que integran el tipo penal” y el “cuerpo del delito”, respectivamente, pero ahora, ante la supresión de ellos, el “hecho que la ley señale como delito” pasó a tener el lugar principal en dicha estructura porque de él dependen tanto la connotación jurídico-penal que se dé al contenido de la denuncia o la querrela, según corresponda, así como al resto de los elementos estructurales que atañen a su existencia jurídica y la probabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión.

3.1.7 Transición del principal elemento estructural de la orden de aprehensión en México

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el lunes 5 de febrero de 1917 (que reformó la de 5 de febrero de 1857), el principal elemento estructural de la orden de aprehensión fue el siguiente: “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, pues el artículo 16 disponía que ninguna orden de aprehensión o “detención” podía librarse sino por la autoridad judicial, sin que precediera denuncia, acusación o querrela (requisitos formales) de un “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”.

Al respecto, Jorge Ojeda Velázquez señala que desde la expedición de la Constitución de 1917 el artículo 16 no había sufrido modificación alguna sino hasta el sábado 4 de septiembre de 1993 que entró en vigor su primera reforma publicada el día anterior en el

Diario Oficial de la Federación,⁴³⁶ sin embargo, José Nieves Luna Castro precisa que el citado artículo 16 sí fue reformado el 3 de febrero de 1983, aunque con adición de párrafos vinculados a otros temas, pero aclara que nunca se había afectado el contenido esencial relativo al libramiento de la orden de aprehensión.⁴³⁷

A su vez Sergio García Ramírez apunta que el texto original del artículo 16 se conservó intacto desde su expedición en 1917 hasta la reforma de 1993, seguida por las reformas de 3 de julio de 1996 y de 8 de marzo de 1999.⁴³⁸ Sobre la reforma de 3 de julio de 1996 (que no atañe a la orden de aprehensión), Sergio García Ramírez señala que se adicionaron dos párrafos al artículo 16 constitucional –noveno y décimo– referentes ambos a la intervención de comunicaciones privadas.⁴³⁹

Así pues, es importante dejar aclarado que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 el artículo 16 no fue modificado respecto de la orden de aprehensión sino hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, que incorporó al derecho penal mexicano la denominada teoría final de la acción.

Esa teoría, más conocida como finalismo, la inició Hans Welzel en Alemania durante los años treinta, presentándola en toda su extensión sistemática hasta 1940.⁴⁴⁰

En México, la exposición sistemática de dicha teoría comenzó a partir de un artículo publicado por Moisés Moreno Hernández que intituló: “ ‘Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad’ ”, por lo que las características más relevantes del finalismo fueron incorporadas en la legislación penal federal hasta 1994.⁴⁴¹

De este modo, con la incorporación de los “elementos que integran el tipo penal” al artículo 16 de la Constitución Federal, se adecuó dicho texto constitucional a las tendencias

⁴³⁶ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL. Teoría y práctica*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2005, tomo I, p. 219.

⁴³⁷ Cfr. LUNA CASTRO, José Nieves. *EL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MÉXICO. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 2003, p. 207.

⁴³⁸ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Las reformas de 1993-2000. Op. cit.*, p. 7.

⁴³⁹ *Ídem*, p. 8.

⁴⁴⁰ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *DOLO. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Quinta edición. México, 2004, p. 43.

⁴⁴¹ Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *Cien momentos clave de la dogmática penal en el Bicentenario (1810-2010)*. En: *DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO*. Coordinador: Alberto Enrique Nava Garcés. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2012, p. 90.

doctrinales aparentemente vanguardistas en Europa pero el legislador no definió en dicha Constitución cuáles eran los elementos que integraban el tipo penal, pues lo hizo en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y con ello adoptó la tendencia que estimó más vanguardista en ese momento, es decir, la doctrina finalista.⁴⁴²

Así, con base en la teoría final de la acción la aludida reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 convirtió la estructura semántica: “elementos que integran el tipo penal” en el elemento principal de la orden de aprehensión, en lugar de la diversa estructura “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, vigente desde el 5 de febrero de 1917.

Al respecto, en términos generales no existió oposición a la iniciativa de la Cámara de Diputados durante el debate ante ella pues quienes intervinieron en él lo hicieron para enaltecer la bondad de la misma.⁴⁴³

Por su parte, Gerardo Armando Urosa Ramírez con base en el Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, de 17 de agosto de 1993, apunta que sobre dicha reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 se dijo que vinculaba de mejor manera el derecho sustantivo con el adjetivo:

“ ‘de modo tal que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política criminal del Estado mexicano y no como teorías desasociadas, en ocasiones esto ha generado distancias considerables y, hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.’ ”⁴⁴⁴

Aunado a lo anterior, Gerardo Armando Urosa Ramírez señala que en ese sentido también se expresó, entre otros, el diputado Fernando Gómez Mont, quien manifestó:

“La reforma busca regresar a una armonía entre el derecho sustantivo penal y el derecho adjetivo penal, por que [sic] son parte, son dos brazos

⁴⁴² Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO*. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Editorial Straf. México, 2013, pp. 477-478.

⁴⁴³ Cfr. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004, p. 130.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

de un mismo sistema y no tienen que seguir escuelas separadas. Ese es el propósito.”

“[...] Yo lo que quiero decir es que la acreditación de una conducta prohibida por la ley sustituye ahora el concepto ambiguo de cuerpo del delito.”⁴⁴⁵

Esa reforma fue aprobada por 300 votos a favor y 20 en contra y se turnó al Senado como cámara revisora. El dictamen fue aprobado en lo general y en lo particular por 49 votos a favor y 2 en contra y pasó a las legislaturas de los Estados para los efectos constitucionales correspondientes, aprobándose por la mayoría de dichas legislaturas mediante decreto de 2 de septiembre de 1993⁴⁴⁶ publicado al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación. Sin embargo, dicha reforma no funcionó porque propició un desencadenamiento de modificaciones en las legislaciones penales tanto federales como locales de la república mexicana y motivó de igual manera una serie de críticas y comentarios en torno a su contenido y al que debiera ser el correspondiente al concepto tipo penal; también se realizaron investigaciones y foros diversos porque en la realidad la aludida reforma trastocó la esencia misma de la sistemática penal procesal del país.⁴⁴⁷

Así, basándose en una exposición de motivos que parte del reconocimiento de no haber funcionado la citada reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, la cual en los ámbitos de procuración de justicia se calificó como “ ‘incrementos alarmantes en índices de impunidad’ ”; en diciembre de 1997 se presentó una iniciativa para una nueva modificación al artículo 16 constitucional (también al 19), que culminó con la llamada “ ‘contrareforma’ ”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999 con vigencia a partir del día siguiente.⁴⁴⁸

Sobre esta reforma de 8 de marzo de 1999 a la que Sergio García Ramírez identifica como de “3 de marzo de 1999”, éste señala que con ella se sustituye el concepto de “elementos del tipo penal” por la fórmula “cuerpo del delito” para fundamentar una orden de aprehensión. A lo que agrega que dicha reforma se presentó como consecuencia de numerosos problemas en la procuración y administración de justicia que hicieron crisis con una

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ *Ídem*, pp.130-131.

⁴⁴⁷ *Cfr.* LUNA CASTRO, José Nieves. *EL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MÉXICO. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional. Op. cit.*, pp. 208-209.

⁴⁴⁸ *Ídem*, pp. 209-210.

delincuencia creciente y peligrosa aunado a los tropiezos y fracasos derivados de errores en la reforma de 1993 que no fueron corregidos oportunamente.⁴⁴⁹

En relación con lo anterior Guillermo Colín Sánchez comparte la idea de que el concepto cuerpo del delito fue sustituido por los elementos del tipo penal al señalar lo siguiente:

“Es importante aclarar, por ser necesario, que con motivo de las reformas a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se eliminó la palabra cuerpo del delito, para sustituirla por ‘elementos del tipo penal’; por ese motivo en los Códigos de Procedimientos Penales se hace referencia sólo a ésto [sic] último.”⁴⁵⁰

Al respecto, José Nieves Luna Castro señala que la reforma de 8 de marzo de 1999 era inminente y manifiesta. A lo que agrega:

“Ahora bien, el argumento central de la aludida iniciativa fue la dificultad del órgano persecutor (Ministerio Público) para lograr su labor de procuración de justicia, debido, según se dice, al incremento de cargas para acreditar ‘los elementos del tipo penal’, sin embargo, de esa ‘dificultad’ o conversión de la preinstrucción en un ‘juicio sumario’, no tiene la culpa la concepción compleja del tipo, ni las ‘teorías’ o ‘dogmática’ que han permitido su desarrollo, así como tampoco la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir de manera congruente con el texto legal respectivo, las resoluciones que en la propia iniciativa se mencionan, sino por el contrario, la propia falta de integración y complementación de la reforma anterior, por la inadecuada manera de traducirla en la legislación ordinaria procesal que no se actualizó de manera suficiente, congruente y oportuna.”⁴⁵¹

Así pues, durante el proceso legislativo de la reforma de 8 de marzo de 1999, tanto el Ejecutivo como las respectivas Comisiones de la Cámara de Senadores sostuvieron un criterio en nombre del interés social y la: “ ‘situación de emergencia que viven algunas partes del

⁴⁴⁹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Las reformas de 1993-2000. Op. cit.*, p. 8.

⁴⁵⁰ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005. *Op. cit.*, p. 373.

⁴⁵¹ Cfr. LUNA CASTRO, José Nieves. *EL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MÉXICO. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional. Op. cit.*, p. 223.

país' ”, pero además reconocieron abiertamente restringir las “garantías individuales” con el fin de combatir la criminalidad y la impunidad, por lo que de manera abierta señalaron haber flexibilizado los requisitos para poder solicitar una orden de aprehensión.⁴⁵²

Al respecto, cabe señalar lo sorprendente que resultó la facilidad con que se cambió radicalmente de criterio en comparación con los debates de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993. Y cómo lo que fue digno de halago y admiración después fue repudiado y criticado como consta de los decretos del Ejecutivo Federal para modificar la legislación así como de los argumentos de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores a la que le fue turnada para su estudio y dictamen la iniciativa de decreto por el que se reformaron los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 constitucionales.⁴⁵³

Sobre el tema Enrique Díaz-Aranda apunta que según lo expuesto por el legislador de 1998-99, la adopción de la doctrina finalista no contribuyó a mejorar la procuración de justicia en México, por lo que dicho legislador criticó a su antecesor y se pronunció a favor de una legislación libre de dogmatismos.⁴⁵⁴

Así pues, con base en el citado decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 8 de marzo de 1999, el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión pasó a ser el “cuerpo del delito”, sin embargo, esto también presentó y sigue presentando problemas importantes.

De este modo, Enrique Díaz-Aranda señala que considerándose como sustento la reforma a la Constitución (publicada en el Diario Oficial de la Federación el lunes 8 de marzo de 1999) y las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código Penal cabe preguntarse ¿qué se debe entender actualmente como cuerpo del delito en México?⁴⁵⁵

Al respecto, José Nieves Luna Castro expresa que no puede aceptarse del todo la idea de una absoluta regresión del concepto “cuerpo del delito” porque ni siquiera es auténtico u original. A lo que agrega:

⁴⁵² Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *DOLO. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México. Op. cit.*, p. 191.

⁴⁵³ Cfr. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Op. cit.*, p. 148.

⁴⁵⁴ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *DOLO. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México. Op. cit.*, p. 199.

⁴⁵⁵ *Ídem*, p. 184.

“Es decir, no se recoge en mérito de su contenido material propio; de su connotación lingüística, gramatical o semántica, que sería, en puridad técnica, un equivalente del tipo en su conformación Belingniana de 1906, desprovisto de toda valoración (‘valorativamente neutro’) [...] el concepto cuerpo del delito no cumple ya cabalmente con la función garantista del tipo necesaria en un estado de derecho moderno, ni siquiera para efectos del ámbito procesal al que pertenece y con relación a resoluciones características de etapas procedimentales provisionales o anteriores a la sentencia.”⁴⁵⁶

Asimismo, José Nieves Luna Castro considera que el concepto “cuerpo del delito” fue rescatado del desuso por parte del legislador mexicano como si fuera material de desecho al que se le trata de dar un contenido más amplio que varía según la legislación secundaria de que se trate, a nivel federal o estatal.⁴⁵⁷

De esa manera José Nieves Luna Castro manifiesta que el “cuerpo del delito” está siendo utilizado en un proceso de reciclaje como material previamente usado y abandonado para tratar de darle un nuevo aspecto, por lo que ante la ineficacia del aludido concepto propuso su supresión de la legislación nacional y su sustitución por una nueva institución de carácter procesal que cumpla de mejor manera con la función garantista del tipo y que a su vez sea congruente con la estructura procesal penal mexicana.⁴⁵⁸ En ese sentido señala lo siguiente:

“...Por un lado, la reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales en donde en lugar de usar un concepto sustantivo como el de tipo penal, o uno tan infuncional como el del cuerpo del delito, se utilice una expresión propia del ámbito procesal y a título de garantía de grado de comprobación mínima en relación al tipo, como sería el ‘encuadramiento típico preliminar’, que habría de definirse en la legislación procesal federal unificada. Ello claro está, exclusivamente para el dictado de las resoluciones provisionales aludidas, pues evidentemente que el dictado de una sentencia definitiva debe exigir el acreditamiento exacto y uno a uno, de todos los elementos típicos (con independencia de su naturaleza), o

⁴⁵⁶ Cfr. LUNA CASTRO, José Nieves. *EL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MÉXICO. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional. Op. cit.*, p. 224.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ *Ídem*, p. 225.

grado de plenitud o certeza, en respeto absoluto al principio de legalidad y estricta aplicación de la ley.”⁴⁵⁹

Es pertinente una aclaración importante: Al señalar José Nieves Luna Castro que no puede aceptarse del todo la idea de una absoluta regresión del concepto “cuerpo del delito”⁴⁶⁰ se debe considerar que éste sólo formaba parte del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con anterioridad a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, en la que en ese artículo 19 (que regulaba el auto de formal prisión), se sustituyó el citado concepto “cuerpo del delito” por la estructura semántica: “elementos que integran el tipo penal”.

Así, se debe tener bien claro que el concepto “cuerpo del delito” fue incorporado en el artículo 16 constitucional hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999. Por lo que antes de esa reforma, es decir, desde el 5 de febrero de 1917 el concepto “cuerpo del delito” nunca había sido regulado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, con la diversa reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, la oración: “hecho que la ley señale como delito” evidentemente pasó a ser el elemento principal de la orden de aprehensión aun cuando en esencia tal estructura siempre ha formado parte del artículo 16 constitucional, aunque no como elemento fundamental de análisis para librar (o no) una orden de aprehensión.

Así pues, se concluye que con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, la oración: “hecho que la ley señale como delito” pasó a ser el elemento principal de la orden de aprehensión.

3.2 Concepto de delito desde sus diversas construcciones conceptuales

3.2.1 La teoría del delito en los sistemas penales

La dogmática jurídico-penal tiene por objeto la interpretación, sistematización y elaboración conceptual de las categorías penales para la comprensión del derecho vigente. Y a la dogmática de la teoría del delito le corresponde la formación de un sistema del derecho

⁴⁵⁹ *Ídem*, p. 272.

⁴⁶⁰ *Ídem*, p. 224.

penal que implica un orden sobre la totalidad de las categorías básicas según principios o bajo una idea determinada.⁴⁶¹

Por su parte la moderna teoría del delito es el resultado de un desarrollo dogmático del siglo XX en el que tuvieron lugar tres momentos decisivos: Los conceptos clásico y neoclásico del delito así como el concepto de delito del finalismo, sin embargo, en ese lapso también se incluyen nuevos sistemas de derecho penal que proponen renovar los anteriores.⁴⁶²

Al respecto, en Alemania se han desarrollado los cuatro grandes sistemas de análisis de la teoría del delito, que son: 1) sistema clásico; 2) sistema neoclásico; 3) sistema finalista y 4) sistema funcionalista; los cuales se emplean en todos aquellos países que tienen un sistema jurídico de tradición romano-canónica-germánica, como México. El punto de coincidencia entre esos cuatro sistemas penales radica en que al delito lo consideran como una conducta, típica, antijurídica y culpable.⁴⁶³ Y entre los primeros tres sistemas no existe pugna porque sus postulados son producto de una evolución paulatina para crear un sistema mejor.⁴⁶⁴

3.2.1.1 Sistema clásico

Enrique Díaz-Aranda señala que en 1881 Franz von Liszt expuso en su libro de derecho penal las bases del sistema clásico del delito apoyándose en conocimientos de las ciencias naturales, pues se quería someter a ellas y a su ideal de exactitud a las ciencias del espíritu y con ello reconducir al derecho penal a componentes de la realidad mensurables y verificables empíricamente. De manera que Franz von Liszt partió de lo siguiente: conducta, antijuridicidad y culpabilidad. Y fue hasta 1906 que Ernst Beling puso de manifiesto la función del tipo y con ello la creación de la tipicidad.⁴⁶⁵

Así pues, Enrique Díaz-Aranda indica que el sistema clásico del delito fue seguido por los juristas Franz von Listz y Ernest Beling bajo el influjo del pensamiento naturalista que tuvo gran influencia en el siglo XIX así como el pensamiento del positivismo científico. Y que se relaciona con el término causalismo porque el concepto delito tiene como base el concepto causal de acción, entendida la acción en sentido estricto y de modo completamente

⁴⁶¹ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 92.

⁴⁶² *Ídem*, p. 93.

⁴⁶³ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 571.

⁴⁶⁴ *Ídem*, p. 599.

⁴⁶⁵ *Ídem*, pp. 575-577.

naturalístico como movimiento corporal y modificación del mundo exterior (resultado) unidos acorde con la teoría de la equivalencia de las condiciones.⁴⁶⁶ Este sistema se caracteriza por adscribir todo lo objetivo al tipo y a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad de modo que el delito tiene una parte externa que corresponde a la antijuridicidad y una parte interna que pertenece a la culpabilidad de manera íntegra.⁴⁶⁷

Bajo el enfoque del sistema clásico del delito el tipo penal es neutro porque corresponde a la descripción puramente externa de la realización de la acción sin componentes de orden valorativo (elementos subjetivos y normativos del tipo) y el injusto se fundamenta en el desvalor del resultado (en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos).⁴⁶⁸

El concepto naturalístico de acción presentó dificultades para explicar la omisión que fue el punto débil de la construcción del concepto de acción causal. Y el tipo penal tanto de realización dolosa como imprudente (culposa) es idéntico (acción, causalidad, resultado), porque el dolo y la culpa son formas de la culpabilidad, entendida ésta según una concepción psicologista que consiste en la verificación de una relación psíquica entre lo interno y lo externo. La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) es entendida como presupuesto y no como elemento de ella. Luego, en el concepto de *dolus malus* se refunden tanto el dolo como la conciencia de la antijuridicidad de modo que en el *dolus malus* se comprende el conocimiento de los elementos del tipo penal y la conciencia de la antijuridicidad, por lo que el error⁴⁶⁹ excluye el dolo dejándose subsistente en su caso la punibilidad por la imprudencia (culpa).⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ En relación con la teoría de la equivalencia de las condiciones, Ángel Calderón Cerezo y José Antonio Choclán Montalvo señalan: “De acuerdo con esta teoría creada por el procesalista austríaco Julios GLASER y desarrollada por von BURL, todas las condiciones que coadyuvan a la producción del resultado tienen el mismo valor, de forma tal que, causa en sentido jurídico-penal es toda condición que no pueda suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado. Esta fórmula permite concebir como causa del resultado toda *conditio sine quae non*, es decir, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado. Para afirmar la causalidad es indiferente que concurren varias condiciones del resultado, independientes entre sí, puestas por varios sujetos (causalidad acumulativa), no interrumpiendo el curso causal la intervención de un tercero que actúa de modo imprudente o incluso doloso. Asimismo, en esta perspectiva causal, resulta indiferente que hayan contribuido también a su producción circunstancias de la víctima (por ejemplo, anormalidad corporal o psíquica de la víctima, como el caso de lesiones leves que se agravan por la condición de hemofílico del agredido) o la actuación dolosa o imprudente de la misma (por ejemplo, no seguir el tratamiento médico indicado) [...] El problema de la causalidad es un problema de carácter científico-natural y, por ello, comprobable empíricamente de acuerdo con determinadas leyes causales. Por ello, el Juez debe valerse, en la valoración de si la acción es causa del resultado, de los conocimientos teóricos de las ciencias naturales.” *Vid.* CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 121.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

⁴⁶⁹ Al respecto, Ángel Calderón Cerezo y José Antonio Choclán Montalvo mencionan error de tipo y error de prohibición, sin embargo, esas denominaciones no corresponden al sistema clásico pues fueron aportadas por la

Ahora bien, en este sistema se concibió a la conducta como un movimiento corporal que es la causa de una modificación en el mundo exterior, perceptible a través de los sentidos, de modo que la fundamentación de la conducta partió de la relación causal: conducta-nexo causal-resultado, aclarándose que causalismo y sistema clásico no es lo mismo ni son sinónimos, pues el causalismo es una teoría para analizar la conducta como categoría del delito en el sistema clásico.⁴⁷¹

3.2.1.2 Sistema neoclásico

El concepto neoclásico del delito surge acorde con la filosofía de los valores neokantiana la cual se aparta del naturalismo y a la esencia del derecho la concibe como ciencia del espíritu.⁴⁷² Enrique Díaz-Aranda señala que fue Edmund Mezger quien modificó los postulados del sistema clásico por las múltiples críticas a las que dicho sistema fue sometido, por lo que a través del denominado método comprensivo propio de las ciencias del espíritu o ciencias culturales, reorientó la dogmática penal. Y tal reorientación implicó poner de manifiesto el error de dividir de modo tajante el análisis del delito en parte objetivo-material (conducta-tipicidad-antijuridicidad) y parte subjetiva (culpabilidad).⁴⁷³

Así pues, acorde con este sistema el concepto causal de acción sigue manteniéndose (causalismo neoclásico), pero se sostiene que el injusto no puede explicarse sólo por elementos puramente objetivos y la culpabilidad por elementos exclusivamente subjetivos porque se admite que el injusto también puede estar compuesto por elementos subjetivos ya que sólo de ese modo determinadas conductas son socialmente dañosas, como la injuria que sólo es relevante como manifestación del desprecio hacia el ofendido,⁴⁷⁴ es decir, ya no podía considerarse qué conducta provocó un resultado sólo porque entre ambos existiera una relación causal sino que además era necesario un juicio valorativo sobre la idoneidad o

teoría finalista que fundó Hans Welzel en 1931, de modo que las denominaciones que respecto del error corresponden al sistema clásico son: error de hecho y error de derecho.

⁴⁷⁰ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, pp. 94-95.

⁴⁷¹ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 577.

⁴⁷² Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 95.

⁴⁷³ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, pp. 587-588.

⁴⁷⁴ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 95.

adecuación de la conducta para provocar ese resultado, la denominada causalidad adecuada (de von Kries).⁴⁷⁵

De ese modo se partió de la diferencia entre juicios de necesidad y juicios de probabilidad⁴⁷⁶ para determinar si desde un enfoque valorativo la conducta que provocó materialmente el resultado fue la adecuada. Y fue en ese sentido que la nueva reorientación de la dogmática trató de explicar el significado valorativo de las características externas u objetivas de la conducta típica y antijurídica y no sólo su descripción, con lo que Enrique Díaz-Aranda dice que Edmund Mezger se apartó de la concepción positivista y dio origen al sistema neoclásico bajo la afirmación de que la ley no es lo único en el derecho ya que la dogmática jurídico-penal debe atender al ser espiritual del derecho en su búsqueda por la justicia,⁴⁷⁷ sin embargo, el criterio de la causalidad adecuada no puede utilizarse en los delitos de omisión porque la conducta de quien omite no puede considerarse adecuada para provocar el resultado.⁴⁷⁸

Luego, en relación con la tipicidad y la manera de sustentarla en el sistema neoclásico, cuando el tipo así lo requiere es necesario verificar la constatación de elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos, por lo que de este modo dicha tipicidad se conforma por el tipo objetivo (elementos objetivos y normativos –jurídicos o culturales–) y elementos subjetivos específicos (ánimos, fines o intenciones) que algunos tipos penales contienen en su estructura. Todo lo anterior a diferencia del sistema clásico en el que la comprobación de los elementos objetivos del tipo era suficiente,⁴⁷⁹ sin embargo, los juicios objetivo-valorativos del sistema neoclásico no fueron suficientes para identificar los casos de tentativa punible en los que la conducta de disparar y acertar el disparo es adecuada para lesionar como para matar, de modo que la solución a esa problemática sólo tendría acomodo en el estudio de la

⁴⁷⁵ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*. Op. cit., p. 588.

⁴⁷⁶ Al respecto, Enrique Díaz-Aranda señala: “Sólo podrá sostenerse que una conducta ha provocado un resultado cuando el juicio de probabilidad (*ex ante*) indique que ese resultado es la consecuencia que generalmente se provoca con esa conducta. Así por ejemplo, el juicio de probabilidad nos indica que disparar con una pistola a otro generalmente provoca el resultado de muerte (conocimiento valorativo), y cuando ello ha sucedido (conocimiento óntico) podemos sostener que la conducta de disparar es la adecuada para matar. En cambio, a quien propina un puñetazo a otro que debe ser trasladado al hospital para ser atendido por la fractura en la nariz y muere quemado durante el incendio del hospital, no se le puede imputar el resultado de muerte, porque la conducta de dar un puñetazo no es la ‘causalmente adecuada’ para provocar la muerte, lo único que sí se le puede imputar son las lesiones.” *Ídem*, pp. 588-589.

⁴⁷⁷ *Ídem*, p. 588.

⁴⁷⁸ *Ídem*, p. 592.

⁴⁷⁹ *Ídem*, pp. 589-590.

culpabilidad⁴⁸⁰ en el que se analizaría la finalidad o dolo del autor y sólo hasta entonces se sabría con exactitud si la conducta y el juicio de tipicidad fueron o no correctos.⁴⁸¹

Por otra parte, Enrique Díaz-Aranda señala que bajo el enfoque de Edmund Mezger, en el sistema neoclásico la antijuridicidad es unitaria porque el injusto (conducta típica y antijurídica) contraviene a todo el sistema jurídico y no sólo al derecho penal, de modo que con ello quedó rechazada la idea de una antijuridicidad general y una especial pero lo más trascendente de su postura implica advertir la existencia de elementos subjetivos del injusto⁴⁸² dentro del análisis de la antijuridicidad como consecuencia de la fundamentación objetivo-valorativa de este sistema.⁴⁸³

De esa manera dicho concepto neoclásico del delito siguió concibiendo el dolo como forma de culpabilidad, pero entendida ésta como reprochabilidad (concepción normativa)⁴⁸⁴ y no sólo como relación psicológica entre el acto y su autor.⁴⁸⁵

3.2.1.3 Sistema finalista

La teoría final de la acción se orienta hacia la realidad del ser social y fundamenta un nuevo concepto de acción formulado por primera vez en 1931 por Hans Welzel en su artículo *Kausalität und Handlung*,⁴⁸⁶ quien tomó en consideración la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana, es decir, la filosofía de los valores,⁴⁸⁷ así que dicho concepto de acción fue expuesto en toda su extensión hacia 1940.⁴⁸⁸

⁴⁸⁰ Al respecto, Enrique Díaz-Aranda apunta: "...si alguien regala a su competidor comercial un billete de avión para volar el 11 de septiembre de 2001 de Nueva York a California y el pasajero muere al estrellarse el avión con una de las torres gemelas, no se puede considerar como una conducta adecuada de matar el regalar un boleto de avión, pero esa afirmación cambiará si se demostrara que el sujeto conocía previamente del atentado, y ello sólo se puede establecer atendiendo a los conocimientos especiales del autor y su dolo, lo cual se realizaba hasta la culpabilidad." *Ídem*, p. 593.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² Sobre este tema Enrique Díaz-Aranda señala: "...para Mezger también se debía atender a los llamados elementos subjetivos del injusto, pues 'el derecho puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica). En efecto, la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna psíquica de ellas. Tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser o no debe ser, fundamentalmente, una ordenación de los sentimientos, puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa. De ahí que aún en el injusto y muy especialmente en el injusto jurídico-penal contenga elementos subjetivos del injusto'. Lo anterior constituye una consecuencia de la fundamentación objetivo-valorativa del sistema neoclásico, y significa que, por ejemplo, la procedencia de la causa de justificación de legítima defensa no sólo requiere de las circunstancias objetivas, sino también del ánimo de defensa. Conforme a lo señalado, no obraría en legítima defensa el sujeto que es agredido de manera injusta por su enemigo y repele la agresión sólo por venganza y no para defenderse." *Ídem*, p. 590.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ *Vid. supra*, pp. 34-39.

⁴⁸⁵ Cfr. CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 95.

⁴⁸⁶ *Ídem*, p. 96.

⁴⁸⁷ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 595.

⁴⁸⁸ *Ídem*, p. 599.

En este sistema el nuevo concepto de delito parte de la idea de supradeterminación de modo final, que implica que el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia determinado objetivo,⁴⁸⁹ es decir, el punto medular del concepto final de acción radica en poner de manifiesto que para el derecho penal la conducta no es relevante sólo por su causalidad sino porque es dirigida por una finalidad que guía al proceso causal, sentándose con ello las bases para distinguir entre desvalor de la acción y desvalor del resultado.⁴⁹⁰ De modo que el centro de la conducta radica en la finalidad que la guía y no en el proceso causal que desencadena, por lo que su análisis ya no queda sólo en su relación de causalidad con el resultado sino también en la intención del agente al realizarla.⁴⁹¹

Luego, el dolo y los elementos subjetivos del injusto pertenecen al tipo, que debe comprender todos los elementos esenciales del injusto punible. Así, el injusto requiere la expresión de una voluntad contraria a la norma de manera que no se agota en la mera causalidad que conduce a un resultado socialmente dañoso, es decir, que el legislador no puede prohibir causaciones de resultados sino acciones finales dirigidas a producirlos.⁴⁹²

Con ese orden, en el sistema finalista la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo sobre la conducta típica, es decir, un juicio de valor general a partir de un criterio general: El ordenamiento jurídico, pero la acción como objeto de ese juicio de valor es una unidad de elementos objetivos y subjetivos. Por su parte la culpabilidad perdió su componente subjetivo más importante al reubicarse en el tipo el dolo y la culpa,⁴⁹³ lo que implicó su dessubjetivización y con ello quedó entendida como culpabilidad normativa, que implica un juicio de reproche al autor por no actuar de conformidad con el derecho presuponiéndose la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. Luego, como el dolo pertenece al tipo entonces el error de tipo lo excluye, aunque si la imprudencia⁴⁹⁴ se sanciona entonces la incriminación por ella es posible, mientras que el error de prohibición no excluye el dolo sino la culpabilidad porque a ella pertenece la conciencia de la antijuridicidad y no al tipo. Y en

⁴⁸⁹ Cfr. CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 96.

⁴⁹⁰ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 595.

⁴⁹¹ *Ídem*, p. 596.

⁴⁹² Cfr. CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 96.

⁴⁹³ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 599.

⁴⁹⁴ En el derecho penal mexicano actual se utiliza el vocablo culpa.

cuanto a la autoría y participación, sin el dolo del autor no puede haber partícipe porque la ausencia del dolo determina la atipicidad, mientras que la imprudencia sólo puede ser explicada desde un enfoque normativo. Luego, tras abandonarse la tesis de la finalidad potencial, la infracción del deber de cuidado queda como elemento del tipo de injusto y en la culpabilidad sólo queda la reprochabilidad personal por falta de observancia del cuidado debido.⁴⁹⁵

Así pues, la mayor aportación del sistema finalista fue la inclusión del tipo subjetivo conformado por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo (ánimos, fines o intenciones), pues dicho sistema nada aportó al tipo objetivo toda vez que siguió los lineamientos de éste sobre los elementos objetivos y normativos culturales y jurídicos que el sistema neoclásico estableció,⁴⁹⁶ sin embargo, la ausencia de la finalidad en la omisión y en la forma de comisión de la culpa en la cual la actividad del sujeto es desarrollada con la finalidad de un resultado distinto al producido⁴⁹⁷ es lo que dicho sistema finalista no pudo superar,⁴⁹⁸ pero la crítica más frecuente a él consiste en que a la culpabilidad la deja casi vacía de contenido, que en el sistema clásico quedaría completamente vacía porque el dolo y la culpa son la culpabilidad misma.⁴⁹⁹ Este sistema finalista en la dogmática alemana perdió influencia durante los años sesenta.⁵⁰⁰

3.2.1.4 Sistema funcionalista

A partir de la teoría finalista se han elaborado nuevos sistemas en la teoría del delito. El sistema funcional del derecho penal rechaza el punto de partida del finalismo bajo el argumento de que el sistema penal no puede depender de realidades ontológicas como la acción, causalidad, estructuras lógico-reales, sino de atender exclusivamente a las finalidades del derecho penal.⁵⁰¹ De los sistemas funcionalistas más importantes en Alemania⁵⁰² son el

⁴⁹⁵ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, pp. 96-97.

⁴⁹⁶ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 598.

⁴⁹⁷ *Ídem*, p. 601.

⁴⁹⁸ *Ídem*, p. 603.

⁴⁹⁹ *Ídem*, p. 604.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 98.

⁵⁰² Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 610.

teleológico propuesto por Claus Roxin y el estratégico de Günther Jakobs,⁵⁰³ también denominados el primero funcionalismo político-criminal y el segundo funcionalista normativista,⁵⁰⁴ respectivamente.

Esos nuevos sistemas funcionalistas mantienen la estructura del delito con la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pero en cada uno de esos elementos los cambios son notorios. Uno de ellos es la sustitución del concepto final de acción, pues en el sistema funcionalista teleológico la conducta se fundamenta en criterios valorativos-sociales mientras que en el sistema funcionalista normativista en criterios normativos.⁵⁰⁵

3.2.1.4.1 Sistema funcionalista teleológico

El sistema funcionalista teleológico se desarrolla bajo el postulado de que la dogmática debe atender la realidad social y ofrecer soluciones conforme con la política criminal y no sustentarse sólo en desarrollos lógicos y normativos. De esa manera rechaza las concepciones de la conducta expuestas por los sistemas anteriores bajo el enfoque de que el sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas sino guiarse por las finalidades del derecho penal y que el concepto de conducta como control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo final no sustenta de modo satisfactorio ni la culpa ni la omisión.⁵⁰⁶

El sistema funcionalista teleológico propuesto por Claus Roxin introduce categorías innovadoras como la imputación objetiva, categoría normativa que sustituye al problema de la causalidad (categoría ontológica o científico-natural), de modo que la imputación depende de un resultado al tipo objetivo relativo a la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma.⁵⁰⁷ Y las conductas de los tipos penales los interpreta en función de la necesidad abstracta de la pena, de modo que el tipo penal tiene la función de llamada, es decir, enviar un mensaje a la persona para que conozca cuáles son las conductas prohibidas con el fin político-criminal de que las evite (delitos de acción) o las realice (delitos de

⁵⁰³ Cfr. CALDERÓN CERREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 98.

⁵⁰⁴ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 609.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ *Ídem*, pp. 612-613.

⁵⁰⁷ Cfr. CALDERÓN CERREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 98.

omisión); por lo tanto, el tipo penal establece una pena para disuadir (prevención general negativa) o causar temor a quien contravenga el mensaje.⁵⁰⁸

Así pues, el modo de interpretar el tipo penal objetivo es teleológicamente, lo que implica establecer si la conducta concreta se encuentra dentro del radio de prohibición que el legislador quiso determinar en el tipo y para ello se desarrolló la denominada teoría de la imputación objetiva del resultado que consiste en una serie de criterios normativos los cuales se encontraban dispersos, sin conexión alguna, en la teoría del delito y la función de ella es determinar el sentido y alcances teleológicos de la descripción contenida en el tipo para así poderse precisar si el “hecho” de la realidad puede considerarse como típico (prohibido).⁵⁰⁹

Luego, respecto de la antijuridicidad el sistema funcionalista teleológico reconoce tanto la formal como la material.⁵¹⁰ Y con base en la pretendida coordinación de los elementos básicos del delito, con los fines políticos-criminales, la culpabilidad se amplía mediante la categoría de responsabilidad y se le agrega la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal; de modo que el concepto funcional de culpabilidad es el de responsabilidad penal que se compone sólo cuando convergen la culpabilidad y la necesidad de la pena.⁵¹¹ Así pues, Enrique Díaz-Aranda señala que las principales aportaciones de Claus Roxin en resumen son las siguientes:

“...a) se reorienta la teoría del delito bajo criterios de política criminal, principalmente basados en los fines de la pena; b) la conducta se fundamenta en su significado social; c) el tipo objetivo se delimita a través de criterios de imputación normativa (sic) y, d) se engloba a la culpabilidad y a la necesidad de la pena en una sola categoría denominada ‘responsabilidad’ personal.”⁵¹²

3.2.1.4.2 Sistema funcionalista normativista

Por una parte, mientras Hans Welzel (maestro de Günther Jakobs) consideró que la construcción del sistema del delito era indispensable con una base lógico-real, por otro lado el

⁵⁰⁸ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, pp. 613-614.

⁵⁰⁹ *Ídem*, p. 614.

⁵¹⁰ *Ídem*, pp. 614-615.

⁵¹¹ Cfr. CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 98.

⁵¹² Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 615.

propio Günther Jakobs lo sustentó normativamente⁵¹³ y, en oposición al finalismo, en 1983 señaló en su *Manual Strafrecht* que conceptos como la causalidad, la acción, etcétera, se determinan en atención a las necesidades de la regulación jurídica porque no tienen un contenido prejurídico. Y con base en la teoría de los sistemas sociales de Luhman este sistema funcionalista busca cuáles son las funciones esenciales que deben desempeñarse para la existencia, mantenimiento y perpetuación de la sociedad, de modo que el derecho penal se dirige a la estabilidad normativa, que constituye un imperativo funcional.⁵¹⁴

De esa manera a la sociedad se le concibe como un sistema de comunicación de reglas para garantizar su desarrollo armónico (normativo), el cual se afecta cuando alguien incumple su rol y realiza una conducta delictiva que contradice las expectativas sociales.⁵¹⁵ Así, la pena lo que confirma es la identidad normativa de la sociedad, de manera que no repara bienes. La base de eso es la existencia de un ámbito de riesgo permitido y que una norma no puede proteger a un bien contra todos los riesgos, de manera que el derecho penal reacciona sólo frente al quebrantamiento de la norma y no en cuanto a la lesión de un bien jurídico, pues en este sistema el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma.⁵¹⁶

De tal modo que uno de los ejes principales del sistema funcionalista normativista es el criterio de evitabilidad en el que la acción se define como causación de un resultado individualmente evitable de manera que la no evitación es característica común de los delitos activos como omisivos. Otro de los ejes fundamentales de este sistema consiste en que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, por lo que la culpabilidad queda absorbida en la prevención general y ésta a través de la pena robustece la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social de modo que en este sistema funcionalista se elabora una teoría acerca de los fines de la pena con base en la prevención general;⁵¹⁷ el delito es una afirmación que contradice a la norma y la pena es la respuesta para confirmar la norma, por lo que en esa congruencia la

⁵¹³ *Ídem*, p. 610.

⁵¹⁴ *Cfr.* CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, p. 98.

⁵¹⁵ *Cfr.* DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit.*, p. 610.

⁵¹⁶ *Cfr.* CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General. Op. cit.*, pp. 98-99.

⁵¹⁷ *Ídem*, p. 99.

función de la pena es la restitución de la vigencia de la norma violada mediante la conducta delictiva.⁵¹⁸

3.2.2 Concepto de delito

3.2.2.1 Apuntamientos preliminares sobre el concepto delito

Se considera que el eje del derecho penal es el delito sin lugar a dudas, pero en el derecho penal mexicano comprender el concepto delito de manera unívoca o clara, cuando menos, es una complejidad innegable. La primera problemática al respecto consiste en decidir de cuál fuente se tiene que partir para llegar a la comprensión de dicho concepto, es decir, de la ley, la jurisprudencia, la cultura o la dogmática-estructural, pues la opción es distinta bajo el enfoque de cada una de ellas. Y la segunda cuestión indudablemente más ambiciosa es proponer el concepto delito con base en la convergencia y la coherencia de todas esas fuentes, es decir, un concepto definido que permita su comprensión culturalmente universal; por lo tanto, la actividad inicial imprescindible es comprender qué es un concepto y cómo interpretarlo para después aquí proponer el del correspondiente al del vocablo delito.

Así pues, los conceptos son elementos mentales que permiten clasificar, proceso al que se le denomina categorización, de modo que los conceptos son instrumentos de categorización en general⁵¹⁹ y significaciones elementales. La palabra es el molde verbal del concepto y la oración la envoltura lingüística de la significación de manera que los conceptos no forman parte de la oración sino de su contenido significativo,⁵²⁰ así que todo concepto se refiere a un objeto entendido este último como lo que puede recibir un predicado cualquiera lo cual comprende a los entes de cualquier especie, las relaciones y hasta las figuras de fantasía que pueden convertirse en objetos-sujetos de un enunciado.⁵²¹

De este modo el concepto es una idea que proviene de la inteligencia humana, la cual capta directamente un acto simple y lo aprehende hasta llegar a la esencia⁵²² de algo. Esa

⁵¹⁸ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO*. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). *Op. cit.*, p. 611.

⁵¹⁹ Cfr. GARCÍA MURGA, Fernando. *SEMÁNTICA*. *Op. cit.*, p. 48.

⁵²⁰ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *LÓGICA DEL CONCEPTO JURÍDICO*. Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V. (Primera edición: 1959 Universidad Nacional Autónoma de México) México, 2011, p. 13.

⁵²¹ *Ídem*, p. 14.

⁵²² Al respecto, Jorge Adame Goddard expone: "El modo de ser propio de cada ente es lo que constituye su esencia. Ésta puede describirse como lo que hace que un ente sea lo que es y no otro [...] La esencia distingue a los entes especificando sus modos propios de

aprehensión simple consta de una necesaria abstracción, es decir, la mente separa un aspecto inteligible del objeto que tiene enfrente y después de separarlo de los demás aspectos abstrae la esencia, por ejemplo, cuando se piensa en la blancura de un papel se prescinde de los aspectos del mismo, como el tamaño, la utilidad y la forma, para posteriormente incorporarla a la inteligencia.⁵²³

Por lo tanto, según una concepción cartesiana la idea es una copia intelectual del objeto dentro de la inteligencia. Y bajo un enfoque aristotélico la idea puede estimarse de tres modos: Encarnada en el objeto; en la inteligencia del sujeto y por último considerada en sí misma con independencia de dónde se encuentre (si en la realidad o en la mente). Y aunque entre la idea y la esencia pueden apreciarse algunas diferencias, sin embargo, ciertamente son lo mismo pero con diferente ser, pues mientras la esencia en el objeto tiene un ser real en cambio en la inteligencia tiene un ser ideal.⁵²⁴

Ahora bien, conviene destacar que entre ideas e imágenes hay diferencias porque la imagen siempre es producida por la imaginación, lo que implica una facultad sensible y orgánica. Por su parte la idea proviene de la inteligencia, que corresponde a una facultad espiritual e inorgánica, de modo que la imagen implica la reproducción de una sensación anterior mientras que la idea es intrínsecamente independiente de la sensación, pues la idea es un medio para captar la esencia y el carácter específico de los seres.⁵²⁵

Así pues, mientras que la imagen siempre es particular y concreta (imagen de este objeto, de este animal o de esta planta) y permite conocer los accidentes de los seres, de los objetos; en cambio la idea es abstracta y universal (idea general de animal, de vegetal) y sólo permite conocer la esencia de los mismos y de ese modo clasificar al objeto o ser determinado dentro de una categoría o especie.⁵²⁶

Por lo tanto, un concepto resulta inútil o no manejable cuando no se logra su determinación, es decir, al no encontrarse sus aspectos inteligibles o notas características que

ser. La esencia, en cuanto es considerada como principio de las operaciones de un ser, se designa con el nombre de naturaleza. Esencia y naturaleza no son dos nociones distintas, sino dos palabras que expresan con diferencia de matiz el mismo significado: la esencia expresa aquello que hace que un ente sea como es; la naturaleza expresa aquello que hace que un ente opere como opera." *Vid.* ADAME GODDARD, Jorge. *FILOSOFÍA SOCIAL PARA JURISTAS*. Editorial McGraw Hill-Interamericana Editores, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1998, p. 22.

⁵²³ *Cfr.* SERRANO, Jorge A. *PENSAMIENTO Y CONCEPTO*. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 1990, pp. 55-56.

⁵²⁴ *Ídem*, pp. 57-58.

⁵²⁵ *Ídem*, p. 58.

⁵²⁶ *Ídem*, pp. 58-59.

reunidas forman un contenido distinto de cualquier otro concepto.⁵²⁷ En cambio se llega a la comprensión del concepto con la suma de esas notas o aspectos inteligibles así como con los objetos del conocimiento o individuos a los que se aplica de modo que el número de ellos a los cuales se aplica la comprensión de un concepto constituye su extensión, así que todo concepto se mueve dentro de esos dos ejes: Comprensión y extensión.⁵²⁸

Y es que la función del concepto consiste en exhibir o indicar la esencia de un objeto y ésta se expresa a través de una definición adecuada, que es una de las finalidades primordiales del conocimiento, pues los conceptos sólo tienen valor científico cuando se logra definirlos de modo correcto y aun cuando aparecen como significaciones elementales, sin embargo, eso no implica que en todo caso sean algo absolutamente simple porque pueden tener elementos y éstos a su vez ser otros conceptos, es decir, conceptos compuestos, por ejemplo: delito de homicidio.⁵²⁹

Ahora bien, la comprensión es el conjunto de notas inteligibles que componen una idea, es decir, la significación y entre las ideas existen diferentes grados en la comprensión porque éstas tienen mayor o menor riqueza en su significación, en cambio la extensión se refiere a la aplicación de la idea, es decir, al conjunto de seres en quienes ésta se encarna o en otras palabras al mayor o menor número de ellos a los que se les puede aplicar. Y la relación entre comprensión y extensión se encuentra entre sí inversa, pues en la medida que la comprensión de una determinada idea aumenta su extensión disminuye y viceversa.⁵³⁰

Entre las diversas clasificaciones de idea se encuentran por su grado de perfección la idea clara que es aquella que representa a un objeto de tal modo que puede distinguirse de los demás; luego la idea obscura consiste en la que representa un objeto pero de manera imperfecta hasta el extremo de no poder distinguirlo de los demás y la idea confusa corresponde a la que representa las notas accidentales de un objeto o ente como bípedo en relación con hombre.⁵³¹

⁵²⁷ Al respecto, Jorge A. Serrano expone: “Por ejemplo, al enfrentarnos al concepto ‘hombre’, encontramos un determinado número de aspectos inteligibles o notas, características reunidas que forman un ‘todo’, un ‘contenido’ distinto de cualquier otro: bestia, sensible, viviente, sustancia, etc.” *Ídem*, p. 61.

⁵²⁸ *Ibidem*.

⁵²⁹ *Cfr.* GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *LÓGICA DEL CONCEPTO JURÍDICO*. *Op. cit.*, pp. 24-26.

⁵³⁰ *Cfr.* SERRANO, Jorge A. *PENSAMIENTO Y CONCEPTO*. *Op. cit.*, p. 62.

⁵³¹ *Ídem*, p. 64.

De esta manera hay conceptos que tienen una mayor extensión que otros, son más generales y pueden ordenarse de mayor a menor extensión, de universal a singular⁵³² hasta llegar a las especies ínfimas que son aquellos conceptos totalmente determinados hasta el extremo que ya no pueden recibir nuevas diferencias específicas.⁵³³ El ente es el primer concepto que tiene la inteligencia humana, es el más amplio que puede haber y conviene a todos los seres y no puede definirse porque para ello tendría que encuadrarse en otro concepto que fuera más amplio y eso sería contradictorio.⁵³⁴

Luego, las operaciones que aclaran los conceptos son la definición y la división.⁵³⁵ La división siempre se fundamenta en un análisis y se relacionará con la comprensión de un concepto mientras que la definición atañe a una síntesis y se relacionará con la extensión de éste de manera que únicamente se puede acceder con seguridad a la comprensión y extensión de un concepto mediante el análisis y la síntesis. El primero evidencia cómo los efectos dependen de las causas y la segunda establece las consecuencias a partir de los principios, de ahí que la demostración a través del método analítico implica lo inventivo, en cambio, el método sintético versa sobre la explicación.⁵³⁶

Así pues, la definición es el concepto que indica lo que un objeto es y su función es delimitar con precisión lo definido, es decir, es la respuesta a la pregunta ¿qué es esto? Y la más perfecta de todas las definiciones es la esencial porque precisa lo que el objeto es.⁵³⁷ La definición es una operación intelectual para poner orden en la realidad y límites entre lo que una cosa es y no es.⁵³⁸

Ahora bien, la definición debe ser breve y ayudar a la memoria a tener un concepto del objeto de manera rápida y útil; debe ser más clara que lo definido porque su fin es esclarecer los conceptos y lo definido no debe entrar en la definición ya que de lo contrario se presentaría el denominado círculo vicioso que implica querer explicar algo por lo mismo que necesita ser explicado.⁵³⁹

⁵³² *Ídem*, p. 67.

⁵³³ *Ídem*, p. 72.

⁵³⁴ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge. *FILOSOFÍA SOCIAL PARA JURISTAS*. *Op. cit.*, pp. 21-22.

⁵³⁵ Cfr. SERRANO, Jorge A. *PENSAMIENTO Y CONCEPTO*. *Op. cit.*, p. 83.

⁵³⁶ *Ídem*, pp. 75-76.

⁵³⁷ *Ídem*, pp. 76-78.

⁵³⁸ Cfr. NAVA BEDOLLA, José. *FILOSOFÍA Y TEORÍA JURÍDICA*. *Op. cit.*, p. 90.

⁵³⁹ Cfr. SERRANO, Jorge A. *PENSAMIENTO Y CONCEPTO*. *Op. cit.*, p. 83.

Por otro lado, la división es la distribución de un todo en sus partes, entendido éste como lo que puede dividirse en varios elementos.⁵⁴⁰ Asimismo, debe ser adecuada, completa, inmediata, graduada y sus partes deben diferenciarse mutuamente, de modo que las partes del todo deben ser tal que su reunión lo reproduzcan íntegramente. Las partes primordiales serán subdivididas en secundarias y así de una manera sucesiva de modo que entre ellas y el todo ninguna otra división pueda intercalarse ni un elemento comprender otro por ser irreductibles entre sí.⁵⁴¹

3.2.2.2 Concepto legal de delito

Miguel Ángel Aguilar López señala que en el Código Penal Federal (mexicano) se incluye la definición de delito a diferencia de la mayor parte de los códigos extranjeros, pues señala que lo establecido en el artículo 7° de dicho Código Penal, promulgado en 1931, dispone lo siguiente: “ ‘Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.’ ”⁵⁴² Sin embargo, eso de ninguna manera es una definición sino una idea superficial y evidentemente empírica de la palabra delito, como claramente lo sostiene Ignacio Villalobos.⁵⁴³

3.2.2.3 Concepto jurisprudencial de delito

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia 1a./J.143/2011 (9a.) determinó, en lo conducente, que la acreditación del delito implica la corroboración de que existió una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable.⁵⁴⁴

3.2.2.4 Concepto cultural de delito

Bajo otro enfoque, el delito desde que fue elaborado como concepto ha sido un objeto jurídico cultural cambiante y sujeto a la valoración de los grupos humanos,⁵⁴⁵ por lo que con

⁵⁴⁰ *Ídem*, p. 79.

⁵⁴¹ *Ídem*, pp. 83-84.

⁵⁴² Cfr. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *EL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Teoría, jurisprudencia y práctica*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2006, p. 23.

⁵⁴³ Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general*. Editorial Porrúa, S.A. Segunda edición. México, 1960, p. 193.

⁵⁴⁴ *Vid. supra*, p. 114.

⁵⁴⁵ Cfr. ZANOLLI FABILA, Betty Luisa. *EL DELITO: UNA REVISIÓN HISTÓRICA*. En: *DERECHO PENAL. TEMAS DE ACTUALIDAD*. Coordinadores: Ruperto Patiño Manffer y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010, p. 59.

base en ese enfoque se comparte totalmente lo expresado por Hellmuth von Weber quien sobre este tema señala: “I. El delito es una conducta socialmente relevante, es decir, dañosa para la comunidad.”⁵⁴⁶ Y para comprender mejor qué se entiende por dañosa se considera que Giovanni Carmignani es quien con mejor precisión y completitud lo expone como sigue:

“...Daño es toda privación o disminución de nuestro patrimonio. El patrimonio, considerado aquí en sentido político, es todo lo que llega al ciudadano concedido por la naturaleza o la sociedad, como medio legítimo para la consecución de su felicidad. El daño es *privado* o *público*: aquel es una disminución de los bienes naturales, este de los sociales.”⁵⁴⁷

De este modo, se considera que el delito desde un enfoque cultural (que por supuesto implica lo social), es el daño socialmente relevante en una comunidad producido por una conducta que impacta medios legítimos para la consecución de la felicidad de alguien.

3.2.2.5 Concepto dogmático-estructural de delito

Miguel Ángel Aguilar López señala que el delito puede definirse de la manera más sencilla posible como: “...un comportamiento humano que reúne determinadas características.”⁵⁴⁸ Sin embargo, esa forma tan sencilla de “definir” el delito de ningún modo tiene la consistencia de una definición,⁵⁴⁹ es más, ni siquiera de un concepto,⁵⁵⁰ pues esa expresión, aun dentro de lo muy abstracto, no contiene una idea cuando menos elemental que la conecte con el término delito.

⁵⁴⁶ Cfr. VON WEBER, Hellmuth. *LINEAMIENTOS DEL DERECHO PENAL ALEMÁN*. Op. cit., p. 54.

⁵⁴⁷ Cfr. CARMIGNANI, Giovanni. *ELEMENTOS DE DERECHO CRIMINAL*. Editorial Temis Ltda. Traducción Antonio Forero Otero. Colombia, 1979, p. 50.

⁵⁴⁸ Cfr. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *EL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Teoría, jurisprudencia y práctica*. Op. cit., p. 20.

⁵⁴⁹ A mayor abundamiento: “La definición es una operación del espíritu que consiste en determinar la comprensión que caracteriza a un concepto. En la lógica formal es el conjunto de términos conocidos cuya combinación determina el concepto definido y representado por un término único. Las definiciones son necesarias para *comprender* y *diferenciar* los conceptos, sobre todo esto último.” Vid. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. Op. cit., p. 595. “...‘La definición expone enunciativamente el contenido del concepto, no se refiere al concepto mismo; desentraña su contenido y nos dice lo que es el objeto. Como la definición conceptual no hace sino explicitar el contenido del concepto, la definición no puede ir más allá de lo montado en el concepto.’” Vid. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Ídem*, p. 596. *Apud*. “Romero, Francisco y Pucciarelli, Eugenio, *ob. cit.*, p. 37.”

⁵⁵⁰ Resulta pertinente recordar: “La noción corriente de *concepto* corresponde a la idea que tenemos de una cosa o un objeto corporal o incorporeal. Es una idea general y abstracta.” *Ídem*, p. 595.

Y es que una idea elemental de delito puede encontrarse hasta en lo expuesto por Hans Kelsen quien expresa: “Acto ilícito, o delito, es una determinada acción humana, o la omisión de tal acción, que, por ser socialmente indeseada, es por ello prohibida...”.⁵⁵¹

Por otra parte, considerándose el concepto delito como estructura se estima que el método analítico es el más eficaz para estudiarlo y comprenderlo.

Se habla del delito como estructura basándose en que debe conocerse en su unidad, pero sin olvidar su carácter estructural ni la fundamentación unitaria de sentido que envuelve al todo y a sus partes y que hace, precisamente, que el todo sea un todo y las partes, partes de dicho todo,⁵⁵² pues la estructura es la respuesta a la pregunta sobre con qué componentes y relaciones algo se constituye para ser lo que es.⁵⁵³

Al respecto, Francisco Pavón Vasconcelos destaca una situación fundamental para comprender cabalmente la estructura y, por ende, la definición del delito:

“El número de elementos varía según la particular concepción del delito. Así, se habla de concepción *bitómica*, *tritómica*, *tetratómica*, *pentatómica*, *hexatómica*, *heptatómica*, en razón del número de los elementos que lo conforman, de acuerdo con el criterio de los autores.”⁵⁵⁴

En relación con lo anterior, José Arturo González Quintanilla expone que si al delito se le verifica como un todo monolítico, la teoría será unitaria o monista, pero si tal verificación se hace descomponiéndolo en diversos elementos entonces la teoría será atomizadora, cuyo nombre se le ha impuesto haciéndose un parangón con el átomo “partícula”.⁵⁵⁵ Exposición que complementa con lo siguiente:

“...según sea la cantidad de estos elementos: (dos) ‘conducta-tipicidad’, se le designará Teoría Bitómica; si se consideran (tres) ‘conducta-tipicidad-

⁵⁵¹ Cfr. KELSEN, Hans. *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. Op. cit., p. 54.

⁵⁵² Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*. Op. cit., p. 198. Apud. “Landaburu. *El delito como estructura*. *Revista de Derecho Penal*, I, p. 463, Buenos Aires.”

⁵⁵³ Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *SISTEMA DE DELITO. Una visión del Derecho Penal desde la teoría de los sistemas y la ontología del lenguaje*. Op. cit., p. 110.

⁵⁵⁴ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Decimoséptima edición. México, 2004, p. 177.

⁵⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. Op. cit., p. 576.

antijuridicidad’ se denominará Teoría Tritómica; si son (cuatro) ‘conducta-tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad’ se llamará Teoría Tetratómica; si son (cinco) ‘conducta-tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad’ se le señalará como Teoría Pentatómica; si son (seis) ‘conducta-tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad-punibilidad- condiciones objetivas de punibilidad’ se le distinguirá como Teoría Hexatómica.”⁵⁵⁶

Luego, sobre el concepto delito Francisco Pavón Vasconcelos señala que en algunos códigos se ha pretendido definirlo como: “acto u omisión que sancionan las leyes penales”, sin embargo, expresa que tal “concepto” es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, por lo que apunta que un concepto “sustancial” de delito sólo se puede obtener, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal, de manera que con base en eso considera que el delito es la conducta o “el hecho típico”, antijurídico, culpable y punible, afiliándose así a un criterio pentatómico por considerar que los elementos del delito son cinco: “a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad; y e) la punibilidad.”⁵⁵⁷

A esta teoría pentatómica también se afilia Sergio Vela Treviño quien señala que según su forma de entender el delito éste se integra por cinco elementos conceptuales: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Y que de la unión de todos ellos surge la plenitud jurídica del delito mientras que la falta o ausencia de alguno produce “el no delito”, que es la imposibilidad de considerar como delito “un hecho” que tenía la apariencia de serlo.⁵⁵⁸

En contraposición, Ignacio Villalobos señala que es un error afirmar que la punibilidad es elemento del delito porque hay delitos que “gozan” de una excusa absolutoria y no por eso pierden su carácter delictuoso. De ese modo precisa que abundan infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, que están sancionadas por la ley con una pena sin ser delitos.⁵⁵⁹ Así, expone un ejemplo ilustrativamente interesante:

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general. Op. cit.*, pp. 176-177.

⁵⁵⁸ Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio. *CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Teoría del delito. Op. cit.*, prólogo, p. VI.

⁵⁵⁹ Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general. Op. cit.*, p. 193.

“Es, además, una forma de dar a entender que se ignora lo que es el delito, pues si se pregunta qué es el diamante y alguien contesta que es una cosa que se vende en las joyerías, da una orientación, ciertamente, acerca de cómo localizar esa gema; pero a la vez permite sospechar que se ignora su naturaleza o esencia. Muy bien, sí, se vende en las joyerías o se sanciona con una pena; pero ¿qué es el diamante y qué es el delito? ¿Por qué se sanciona éste con una pena?”⁵⁶⁰

De la misma postura de Ignacio Villalobos es Guillermo Colín Sánchez quien también niega a la punibilidad el carácter de elemento del delito pues considera que éste y sus elementos integrantes son una conducta típica, antijurídica y culpable, mientras que la punibilidad es una consecuencia del delito y por ello no forma parte de él.⁵⁶¹

Igualmente, Miguel Ángel Aguilar López apunta que la inclusión de la punibilidad en el concepto de delito no sería lógicamente correcta porque las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias son muy escasas en el Código Penal Federal y por ello no puede considerarse que constituyan elementos esenciales del delito.⁵⁶²

Por lo tanto, se concluye que en el derecho penal mexicano el delito como estructura es acorde con la teoría tetraatómica y sus cuatro elementos genéricos son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De manera que como definición de delito se propone la siguiente: Una conducta, típica, antijurídica y culpable, culturalmente relevante en una comunidad y dañosa socialmente, que impacta medios legítimos para la consecución de la felicidad de alguien.

3.3 Análisis de estructuras de la orden de aprehensión

3.3.1 Consideraciones preliminares

El principal requisito para librar (o no) una orden de aprehensión en México ha sido sustituido por el Constituyente en cuatro ocasiones en un lapso comprendido de 1917 a 2008 dentro de la misma norma jurídica (artículo 16 constitucional). Eso a través de cuatro

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005. *Op. cit.*, p. 377.

⁵⁶² Cfr. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *EL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Teoría, jurisprudencia y práctica*. *Op. cit.*, p. 27.

estructuras distintas entre sí, que en orden cronológico se mencionan como sigue: a) “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, b) “elementos que integran el tipo penal”, c) “cuerpo del delito” y d) “hecho que la ley señale como delito”.

De esas cuatro estructuras las primeras tres han sido interpretadas y aplicadas de manera distinta tanto por el legislador secundario como por los operadores del derecho mientras que la última sólo ha sido interpretada por operadores del derecho y un sector de la academia, pero también de forma disímil, lo que entonces corresponde precisar en los apartados siguientes.

3.3.2 Hecho determinado que la ley castigue con pena corporal

Guillermo Colín Sánchez al examinar la figura de la orden de aprehensión y criticar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que el Constituyente de 1917 aunque literalmente no utilizó el concepto “cuerpo del delito” al indicar que la denuncia, acusación o querrela “ ‘sean sobre un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal’ ”, sin embargo, para él “es obvio” que se hace referencia al cuerpo del delito porque si éste no está integrado tampoco existe base en qué apoyarse para restringir la libertad de una persona. Asimismo, agrega que si no estuviese integrado el cuerpo del delito entonces ¿cuál sería la petición de que se dictara la orden de aprehensión?⁵⁶³ Lo que termina con el ejemplo siguiente:

“Por lógica y permítaseme citar un ejemplo, al parecer corriente: ‘para que haya guisado de liebre, es indispensable que se tenga la liebre,’ si esto no es así habrá cualquier cosa, hasta un desaguisado, pero nunca, el para muchos delicioso guisado de liebre...”⁵⁶⁴

Opinión contraria a la de Guillermo Colín Sánchez la expresa sobre este tema Juan José González Bustamante quien considera indudable que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no exigía que para dictarse un mandamiento de

⁵⁶³ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005. *Op. cit.*, p. 365.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

“detención” el cuerpo del delito estuviera comprobado. A lo que añade que así lo ha sostenido en varias ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁵⁶⁵

El mismo punto de vista tiene sobre este tema José Nieves Luna Castro quien señala que el artículo 16 constitucional ni siquiera hacía referencia expresa al concepto “cuerpo del delito” entonces vigente en el diverso artículo 19, de donde se llegó a sostener que para el dictado de una orden de aprehensión no era necesario que se acreditara tan limitada figura.⁵⁶⁶

Ahora bien, el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal del Tercer Circuito del Poder Judicial de la Federación estableció en lo conducente que para que el juez dictara una orden de aprehensión no era necesario la precisa clasificación del delito sino que bastaba con que se cumplieran los extremos del artículo 16 constitucional y que entre ellos debía interpretarse adecuadamente el requisito relativo a que la denuncia se refiera a un “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, es decir, que exista concordancia entre el hecho delictivo y el tipo penal referido en la orden de captura, circunstancia que constituye una clasificación provisional del ilícito imputado.” Sin embargo, dicho Tribunal no aclaró qué debía entenderse por: “...exista concordancia...”, aunque sí precisó: “...será al resolver la situación jurídica del inculpado, cuando se determine la comprobación del cuerpo del delito, por el cual se seguirá el proceso,...” Lo que cuando menos deja claro que la expresión: “...exista concordancia...” no se refiere al concepto cuerpo del delito al haber relacionado dicha expresión con la etapa procesal correspondiente a la resolución sobre la situación jurídica del imputado, técnicamente llamada auto de término constitucional.⁵⁶⁷

Por otra parte, el otrora Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito del Poder Judicial de la Federación determinó en lo conducente que una orden de aprehensión para que se encontrara suficientemente fundada era necesario que en ella se invocara el artículo que tipificara la hipótesis del delito que se considerara configurado así como el que previera su sanción porque de lo contrario no podría siquiera constatarse si dicho mandamiento reunía el

⁵⁶⁵ Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO*. Op. cit., p. 116.

⁵⁶⁶ Cfr. LUNA CASTRO, José Nieves. *EL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MÉXICO. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*. Op. cit., p. 206.

⁵⁶⁷ Vid. Tesis aislada (penal) número 5039 de rubro: “ORDEN DE APREHENSIÓN, CLASIFICACIÓN PROVISIONAL DEL DELITO PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA.” Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 2000, Tomo II, Penal, P.R. TCC, Octava Época, página 2574. Registro número 909980. Página web: sjf.scjn.gob.mx (link: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 5 de noviembre de 2015).

requisito exigido por el artículo 16 constitucional relativo a que debía ser librado por un “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”.⁵⁶⁸

Y por otro lado el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Séptimo Circuito del Poder Judicial de la Federación (antes Tercer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito), señaló que el artículo 16 constitucional establecía que no podría librarse orden de aprehensión sino por un “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”. Y que si las causas que excluyen la responsabilidad penal significan que la conducta desplegada por el imputado “no es culpable o antijurídica o punible”, entonces, que cuando esa conducta así calificada no encuadrara en un hecho que la ley castigara con pena corporal “por faltarle alguno de los elementos esenciales del delito”, no procedía constitucionalmente el libramiento de la orden de aprehensión. Y no sólo eso estableció dicho Tribunal sino que agregó que tal examen no debía diferirse hasta el momento de resolverse la situación jurídica del imputado en la dilación constitucional de setenta y dos horas ni mucho menos hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.⁵⁶⁹

3.3.3 Elementos que integran el tipo penal

Rubén Quintino Zepeda apunta que Max Ernst Mayer salvó del olvido la “ ‘teoría del tipo penal’ ” realizada por Ernst von Beling en 1906.⁵⁷⁰ Asimismo señala que Mayer, entre otras muchas aportaciones, desarrolló y depuró la teoría de la tipicidad elaborada por Beling; definió con toda claridad los elementos objetivos del tipo; creó los llamados elementos normativos del tipo; contribuyó al gran descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto

⁵⁶⁸ Vid. Tesis aislada (penal) número 5074 de rubro: “ORDEN DE APREHENSIÓN, FUNDAMENTACIÓN DE LA.” Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 2000, Tomo II, Penal, P.R. TCC, Octava Época, página 2593. Registro número 910015. Página web: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 5 de noviembre de 2015).

⁵⁶⁹ Vid. Tesis aislada (penal) número 3689 de rubro: “APREHENSIÓN, ORDEN DE. EXAMEN DE CAUSAS EXCLUYENTES DE INCRIMINACIÓN, PUEDE Y DEBE EFECTUARSE PARA DETERMINAR SI PROCEDE LIBRARLA.” Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 2000, Tomo II, Penal, P.R. TCC, Octava Época, página 1760. Registro número 908630. Página web: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 5 de noviembre de 2015).

⁵⁷⁰ Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *Cien momentos clave de la dogmática penal en el Bicentenario (1810-2010)*. En: *DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO*. Op. cit., p. 82.

y así definió la tipicidad como un indicio de la antijuridicidad “ ‘cual el humo anuncia al fuego’ ”.⁵⁷¹

3.3.3.1 Concepto de tipo penal

Günter Stratenwerth apunta que el concepto tipo se remonta históricamente al de “ ‘corpus delicti’ ” que se puede ver por primera vez en “Farinacius” en 1581, pero que fue Beling quien atribuyó al “ ‘tipo’ ” el papel autónomo en la estructura del delito.⁵⁷²

Por su parte, Enrique Díaz-Aranda señala que en 1906 Ernst Beling puso de manifiesto una “categoría” intermedia entre la conducta y la antijuridicidad: El “ ‘Tatbestand’ ” que significa “ ‘supuesto de hecho’ ” mismo que se ha traducido como tipo penal el cual dio lugar a la creación de la denominada tipicidad.⁵⁷³ Sin embargo, otros significados del término Tatbestand son los siguientes: “hechos; figura delictiva; tipo delictivo.”⁵⁷⁴

Gustavo Malo Camacho señala que el tipo penal es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídico-penal dentro del ámbito situacional en que aparece regulado en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social; es el contenido medular de la norma; la descripción de la conducta prohibida u ordenada prevista en todo su ámbito situacional por el legislador que individualiza la conducta humana penalmente relevante.⁵⁷⁵

Asimismo, Gustavo Malo Camacho agrega lo que sigue: El “ ‘tipo en su ámbito situacional’ ” implica todas sus circunstancias, es decir, la individualización tanto del tipo básico como del complementado; la forma de comisión (doloso o culposo), tentado o consumado, el grado de participación, etcétera. Y que estructuralmente el tipo penal constituye el ámbito medular del contenido preceptivo de la norma por lo que su ubicación

⁵⁷¹ Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *LA CIENCIA PENAL A TRAVÉS DE SUS AUTORES*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2009, p. 43.

⁵⁷² Cfr. STRATENWERTH, Günter. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL I. El hecho punible*. Editorial Hammurabi. 4° edición. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Argentina, 2005, p. 125.

⁵⁷³ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*. *Op. cit.*, p. 577.

⁵⁷⁴ Cfr. BUSTILLOS, Julio. *LÉXICO JURÍDICO ALEMÁN-ESPAÑOL. Breve compilación de tecnicismos utilizados en el ámbito jurídico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2010, p. 83.

⁵⁷⁵ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. *DERECHO PENAL MEXICANO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Quinta edición. México, 2003, p. 295.

natural corresponde a la teoría de la norma dentro del ámbito de la teoría general de la ley penal.⁵⁷⁶

Por su parte, Alfonso Reyes Echandía manifiesta que el tipo penal es un modelo de comportamiento plasmado por el legislador en una norma positiva, por considerarlo lesivo de intereses sociales dignos de tutela penal.⁵⁷⁷

Para Günter Stratenwerth el tipo se refiere generalmente a los presupuestos jurídicos bajo los cuales una situación de hecho es jurídico-penalmente significativa, por lo que conforme a esto el tipo consiste en la descripción legal de los factores de la situación de hecho que interesan para el derecho penal. Y que en sentido estricto el tipo consiste en la descripción de la conducta contraria a la prohibición o al mandato a la que se refiere la “conminación” penal.⁵⁷⁸

Al respecto, José Nieves Luna Castro expone que tipo en su sentido más estricto es la descripción que una norma jurídico-penal realiza respecto de una conducta prohibida, su característica fundamental y predominantemente descriptiva lo hace un componente distinto al delito en general.⁵⁷⁹ Sin embargo, también agrega lo siguiente:

“...el vocablo ‘TIPO PENAL’ no es concebido de manera única o unívoca, sino por el contrario, su significado, naturaleza, funciones o contenido puede ser tan diverso como diversas son las teorías o concepciones desde cuyo punto de vista se le comprenda, lo que conduce a reconocer que se trata de un concepto plurívoco cuya significación dependerá del contexto en el cual se le conciba.”⁵⁸⁰

Con ese orden de ideas, José Nieves Luna Castro también señala que el contenido del tipo penal, en cuanto a su estructura o forma de composición, dependerá de las diversas concepciones teóricas que respecto de él se hagan pero en términos generales se compone de elementos que suelen clasificarse en: Objetivos, normativos y subjetivos.⁵⁸¹ Con lo que

⁵⁷⁶ *Ídem*, p. 296.

⁵⁷⁷ *Cfr.* REYES ECHANDÍA, Alfonso. *TIPICIDAD*. Editorial Temis S.A. Sexta edición. Colombia, 1999, pp. 19-20.

⁵⁷⁸ *Cfr.* STRATENWERTH, Günter. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL I. El hecho punible. Op. cit.*, pp. 126-127.

⁵⁷⁹ *Cfr.* LUNA CASTRO, José Nieves. *EL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MÉXICO. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional. Op. cit.*, pp. 60-61.

⁵⁸⁰ *Ídem*, p. 74.

⁵⁸¹ *Ídem*, p. 20.

esencialmente coincide Rodolfo Monarque Ureña quien señala que los tipos (penales) suelen estar contruidos por elementos subjetivos, normativos y objetivos, a lo que añade que en los tipos penales siempre existen elementos objetivos y normativos pues los subjetivos pueden o no estar en el tipo penal.⁵⁸²

3.3.3.2 Elementos objetivos

Al respecto cabe señalar que los elementos objetivos son aquellos que pueden ser comprendidos a través de la percepción de los sentidos⁵⁸³(vista, oído, olfato, tacto y gusto), por ello constituyen la regla general.⁵⁸⁴ Con esto coincide esencialmente Enrique Díaz-Aranda quien señala que los elementos objetivos son descripciones lingüísticas que el legislador hace en la ley sobre un sujeto, una conducta y generalmente un resultado reconocibles a través de los sentidos: vista, oído, tacto, olfato y gusto.⁵⁸⁵

Así, Enrique Díaz-Aranda señala que los elementos objetivos son aprehensibles sensorialmente y su definición como objetivos obedece a una concepción didáctica porque en la práctica penal es necesario acreditarlos con pruebas científico-naturales, como en el caso del homicidio por disparo de arma de fuego que requiere la constatación de la muerte a través del acta de fallecimiento y la necropsia practicada por el médico forense relacionándolas con los peritajes de balística, de criminología, de química forense, la inspección ocular y demás pruebas para sustentar de modo físico-natural la relación entre la conducta y el resultado.⁵⁸⁶

3.3.3.3 Elementos normativos

Por su parte Max Ernst Mayer señala que los elementos normativos del “tipo legal” son las partes que integran un resultado típico que sólo tienen un significado valorativo,⁵⁸⁷ estos elementos requieren de una valoración cultural o jurídica, es decir, sólo pueden ser comprendidos a través de un cierto proceso de valoración socio-cultural o bien de carácter

⁵⁸² Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 2008, pp. 64-65.

⁵⁸³ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. *DERECHO PENAL MEXICANO*. *Op. cit.*, p. 326.

⁵⁸⁴ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. México, 2008, *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁸⁵ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO*. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). *Op. cit.*, pp. 638-640.

⁵⁸⁶ *Ídem*, pp. 639-640.

⁵⁸⁷ Cfr. MAYER, Max Ernst. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Editorial B de F. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Argentina, 2007, p. 228.

estrictamente jurídico.⁵⁸⁸ Elementos de valoración jurídica son por ejemplo: “cosa ajena”, “funcionario”, “servidor público”, “documento público”, “documento privado”, “bien mueble”, “derecho real”, en cambio elementos de valoración cultural son por ejemplo: “acto sexual”, “ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres”.⁵⁸⁹ Estos elementos normativos deben considerarse de valoración simple a diferencia de otros de valoración compleja.

Al respecto Mario O. Folchi señala que los verdaderos elementos normativos son aquellos que destacan la antijuridicidad de una conducta los cuales al integrar una descripción típica requieren del intérprete una actitud valorativa superior a la simple cognición, es decir, que penetre en la esfera de lo normativo al ser justamente esta última donde la antijuridicidad encuentra su fundamento.⁵⁹⁰ Y en relación con lo anterior expresa la imperiosa necesidad de destacar la esencia normativa de algunos tipos penales que atribuyen al juez una función interpretativa más amplia de aquellos tipos que sólo exigen un juicio cognitivo o una valoración jurídica o empírico-cultural. Como ejemplo de los primeros a los que califica como “clásicos”, cita los siguientes: “ ‘indebidamente’ ”, “ ‘sin causa justa’ ”, “ ‘ilegítimamente’ ”, “ ‘provecho ilegal’ ”.⁵⁹¹

Así pues, de una manera concisa Rubén Quintino Zepeda señala que los elementos normativos del tipo penal se asemejan a una grapa, con una de las puntas clavadas en el tipo legal y la otra en la antijuridicidad.⁵⁹² Idea que se considera muy similar a la expuesta originalmente por el propio Max Ernst Mayer quien al referirse a los elementos normativos del tipo legal señaló que los ejemplos más importantes son la ajeneidad de la cosa y la falsedad de un hecho, que calificó como:

“...circunstancias, que aparecen como si estuvieran fijadas con un gancho a la tipicidad y con otro a la antijuridicidad, tienen un doble carácter: son *elementos normativos* (y con ello inauténticos) *de la tipicidad* y son, a la vez, *auténticos elementos de la antijuridicidad*. Desde ambos puntos de vista corresponde tratar este grupo.”⁵⁹³

⁵⁸⁸ *Ídem*, p. 327.

⁵⁸⁹ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*. *Op. cit.*, p. 345.

⁵⁹⁰ Cfr. FOLCHI, Mario O. *LA IMPORTANCIA DE LA TIPICIDAD EN DERECHO PENAL*. Roque Depalma Editor. Argentina, 1960, pp. 70-71.

⁵⁹¹ *Ídem*, p. 71.

⁵⁹² Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *Cien momentos clave de la dogmática penal en el Bicentenario (1810-2010)*. En: *DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO*. *Op. cit.*, p. 82.

⁵⁹³ Cfr. MAYER, Max Ernst. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. *Op. cit.*, p. 228.

3.3.3.4 Elementos subjetivos

Los elementos subjetivos son aquellos que hacen alusión al estado intelectual con el que el agente comete el delito, por ejemplo, en el fraude, el ánimo de lucro; en el delito de contagio, el elemento a sabiendas.⁵⁹⁴

Para Santiago Ávila Negrón los elementos subjetivos del tipo penal se refieren a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo en la comisión del ilícito penal; dichos elementos surgen de la naturaleza misma del hombre que es un ser esencialmente pensante cuya *psique* siempre va a participar en la mayoría de sus actos; atienden a circunstancias que ocurren en el “mundo interno” o estado psicológico del autor del delito.⁵⁹⁵

3.3.3.5 Elementos ocasionales

Como complemento a lo expuesto sobre los denominados elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal también se identifican los llamados elementos ocasionales del tipo.

Sobre este tema Esteban Righi y Alberto A. Fernández apuntan que un tipo tiene elementos ocasionales cuando prevé ciertos elementos de cuya concurrencia también depende la subsunción, los que pueden ser descriptivos (o normativos). Y señalan que los elementos descriptivos que ocasionalmente están contenidos en los tipos pueden hacer referencia: Al medio, cuando la tipicidad depende de que la acción se haya ejecutado con medios específicamente previstos como por ejemplo la “ ‘fuerza o intimidación’ ” en la violación, la cual si el autor no la utilizó la conducta es atípica. Al lugar, cuando ciertos tipos prevén su comisión en determinado lugar por ejemplo el robo en “ ‘despoblado’ ”. Al momento, cuando en el tipo de infanticidio la conducta debe ser realizada “ ‘...durante el nacimiento o mientras...(la madre)...se encontrara bajo la influencia del estado puerperal...’ ”. Al objeto, como en el tipo penal de robo que exige que el objeto del apoderamiento sea una “ ‘cosa mueble’ ”.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. México, 2008, *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁹⁵ Cfr. ÁVILA NEGRÓN, Santiago. *EL CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. Estudio comparativo, similitudes y diferencias*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 2003, pp. 308-309.

⁵⁹⁶ Cfr. RIGHI, Esteban. FERNÁNDEZ, Alberto A. *DERECHO PENAL. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Editorial Hammurabi SRL. Argentina, 1996, pp. 154-155.

3.3.4 Cuerpo del delito

Günter Stratenwerth precisa que el concepto “ ‘*corpus delicti*’ ” se puede ver por primera vez en “Farinacius” (1581). Y señala que primeramente fue denominada “ ‘*corpus delicti*’ ” la totalidad de las huellas externas de la comisión de un delito aunque posteriormente en el siglo XVIII y principios del XIX se denominó así a la totalidad de los elementos que integran un delito determinado.⁵⁹⁷

Rodolfo Monarque Ureña expone con claridad que a Farinaccio se le atribuyen dos situaciones: Haber introducido la expresión “*Corpus Delicti*” a la temática procesal y provocar con ella una confusión en la doctrina y la jurisprudencia de América Latina pero particularmente en México.⁵⁹⁸

El cuerpo del delito y la probable responsabilidad han servido de base para el inicio del procedimiento penal en México, dichas figuras han gozado de una tradición milenaria y en la legislación procesal mexicana el cuerpo del delito ha estado presente desde el siglo XIX, sin embargo, su naturaleza ha cambiado mucho.⁵⁹⁹

En 1856 apareció por primera vez en la legislación mexicana el cuerpo del delito dentro del Estatuto Orgánico Provisional de la república mexicana, sin embargo, dicho concepto a nivel constitucional se incorporó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que establecía como indispensable el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado para el dictado correspondiente a un auto de formal prisión, dejándose al arbitrio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la definición del concepto cuerpo del delito.⁶⁰⁰

Ya en 1964 Guillermo Colín Sánchez señaló que la definición de cuerpo del delito es un problema sobre el que aún no existía acuerdo entre los autores,⁶⁰¹ lo que del mismo modo indicó Leopoldo de la Cruz Agüero pero en el año 2000, al expresar que aquéllos no se han puesto de acuerdo en establecer una definición concreta, precisa o clásica de lo que es el

⁵⁹⁷ Cfr. STRATENWERTH, Günter. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL I. El hecho punible. Op. cit.*, p. 125.

⁵⁹⁸ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. México, 2008, *Op. cit.*, p. 43.

⁵⁹⁹ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*. *Op. cit.*, pp. 443 y 468.

⁶⁰⁰ *Ídem*, p. 39.

⁶⁰¹ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1964, p. 270.

cuerpo del delito.⁶⁰² Posteriormente, en 2005, el propio Guillermo Colín Sánchez manifestó que el concepto sobre el cuerpo del delito había sido un problema muy discutido en el campo doctrinal y que aún sigue siéndolo para algunos autores empeñados en ideas del todo exóticas en relación con el delito.⁶⁰³

Ahora bien, Juan José González Bustamante expresa que la palabra “ ‘cuerpo’ ” da la idea de una sustancia u objeto físico; de un conjunto formado por la reunión de diversas partes materiales unidas entre sí con “más o menos” coherencia. Así, “cuerpo” es todo aquello que tiene existencia y que es perceptible por los sentidos, pues los jurisconsultos romanos diferenciaron lo material de lo inmaterial, es decir, lo que constituye un cuerpo como objeto físico, de lo que significa un derecho como abstracción del pensamiento humano.⁶⁰⁴

Con ese orden de ideas Juan José González Bustamante señala que al hablar de cuerpo del delito surge la idea de algo preciso, objetivo, material, que se puede apreciar con el auxilio de los sentidos y que en el procedimiento penal está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la definición, lo que permite distinguirlo del delito mismo. Así pues, cuerpo del delito es en consecuencia todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente.⁶⁰⁵

Luego, Guillermo Colín Sánchez apunta que en Alemania, antes de que Ernst Beling teorizara sobre el tipo penal, se incurría en graves confusiones al aludir al cuerpo del delito identificándolo con el objeto, el instrumento y el resultado del “hecho ilícito”. A lo que agrega:

“...por ejemplo, se afirmaba: el cuerpo del delito es la cartera sustraída por el ladrón, es el arma empleada para privar de la vida a una persona, es el cuerpo muerto..., etc.”

“De semejantes supuestos, habría que concluir que, tratándose de atentados al pudor, el cuerpo del delito sería ‘la mano tentona’.”⁶⁰⁶

⁶⁰² Cfr. DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *EL TÉRMINO CONSTITUCIONAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL (Los elementos del Cuerpo del Delito, Jurisprudencia y Práctica)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2000, p. 41.

⁶⁰³ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005, *Op. cit.*, p. 374.

⁶⁰⁴ Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO*. *Op. cit.*, p. 160.

⁶⁰⁵ *Ídem*, pp. 159-160.

⁶⁰⁶ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005, *Op. cit.*, p. 374.

En relación con esto Juan José González Bustamante expresa que por cuerpo del delito se ha entendido erróneamente el instrumento con que el delito se ha cometido o que ha servido para tal efecto, o las señales, huellas o vestigios que el delito dejó, como el cadáver del que fue asesinado, el arma con que se le hirió o la tenencia de la cosa robada en poder del ladrón, que son los efectos resolutivos del delito o los signos de que se cometió; por lo que la vaguedad con que se usa el concepto cuerpo del delito ha llevado a confundirlo con el efecto que produjo el “hecho criminoso”, por lo que el cuerpo del delito no está constituido por las lesiones, el puñal, la pistola o el objeto robado.⁶⁰⁷

Ahora bien, en franca oposición a lo anterior, en 1964 Guillermo Colín Sánchez manifestó que no era correcto que por cuerpo del delito el legislador haya considerado los elementos materiales de la propia “infracción”, pues expuso que existen “infracciones” en las que para integrar el cuerpo del delito es necesario determinar algunos otros elementos del “injusto punible”, como los subjetivos y los normativos, los cuales ateniéndose estrictamente al criterio del legislador y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quedarían excluidos.⁶⁰⁸ Así, Guillermo Colín Sánchez señala:

“...el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo; de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá según el caso: a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien a lo objetivo y subjetivo.”⁶⁰⁹

Luego, el citado Guillermo Colín Sánchez concluyó como sigue: “En resumen, se puede afirmar que el cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a los que corresponde como figura delictiva, o sea: ‘el total delito’...”⁶¹⁰ A lo que años después agregó: “...el cuerpo del delito se integra con el conjunto de elementos que corresponden al delito, y naturalmente en cada tipo penal, con los que conforman su esencia.”⁶¹¹

⁶⁰⁷ Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO*. *Op. cit.*, p. 159.

⁶⁰⁸ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 1964, *Op. cit.*, p. 274.

⁶⁰⁹ *Ídem*, p. 275.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005, *Op. cit.*, p. 379.

Cabe señalar que no se comparten las opiniones de Guillermo Colín Sánchez por resultar asistemáticas las confluencias que propone entre el cuerpo del delito con la tipicidad y con el delito mismo, pues como acertadamente señala Alfonso Reyes Echandía, la concepción globalística al identificar el cuerpo del delito con el delito mismo le está dando una amplitud que no posee ya que de acuerdo con la misma expresión que lo identifica es un predicado del delito y por lo mismo no puede confundirse con el sujeto del cual se predica, además de que su empleo así resulta de manifiesta inutilidad. Y si bien el cuerpo del delito en su primitiva acepción materialista nutrió la figura de la tipicidad, ahora ya no deben confundirse entre sí, cualquiera que sea la teoría que sobre el primero se acepte, pues la tipicidad es una realidad normativa en cambio el *corpus delicti* es una realidad fáctica predicable de una conducta típica.⁶¹²

Por su parte, con una argumentación muy distinta a las anteriormente expuestas, Manuel Rivera Silva señala que el cuerpo del delito es la parte de un todo y por ello primero se necesita conocer el todo para posteriormente entender qué porción corresponde al cuerpo del delito. Ese todo a que se refiere el cuerpo del delito es el delito real, es decir, el acto que presentándose con su “complicadísima maraña” de elementos, una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito en particular dada por la ley: El delito legal. De ahí que el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito; es pues el contenido del delito real que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal.⁶¹³

Con ese orden de ideas, Manuel Rivera Silva indica que los errores cometidos sobre el concepto cuerpo del delito se deben a que se le vincula con el delito legal y no con el delito real. Y que el delito legal puede ser índice para el cuerpo del delito.⁶¹⁴

Ahora bien, en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó, en lo conducente, que por cuerpo del delito: “debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito...”⁶¹⁵ Y en la Sexta Época la propia Primera Sala de la Suprema Corte determinó que

⁶¹² Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *TIPICIDAD. Op. cit.*, pp. 19-20.

⁶¹³ Cfr. RIVERA SILVA, Manuel. *EL PROCEDIMIENTO PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Trigésima cuarta edición actualizada por Rodolfo Barreda Alvarado. México, 2005, pp. 158-159.

⁶¹⁴ *Ídem*, p. 158.

⁶¹⁵ *Vid.* Tesis de jurisprudencia (penal) número 845 de rubro: “CUERPO DEL DELITO.” Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Tomo II, Parte HO, Quinta Época, página 544. Registro número

por cuerpo del delito: “debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.”⁶¹⁶

Luego, una postura muy distinta es la que sostiene Leopoldo de la Cruz Agüero quien señala que por cuerpo del delito debe entenderse al conjunto de elementos subjetivos y objetivos que confluyen en la comisión del ilícito previsto en la norma penal, tales como la conducta y el resultado así como un nexo de causalidad operante entre ellos.⁶¹⁷

Al respecto, Enrique Díaz-Aranda señala que la figura procesal del cuerpo del delito ha estado presente en la legislación procesal mexicana desde el siglo XIX pero su naturaleza ha cambiado mucho porque de estar referida a la existencia de un hecho relevante para el derecho penal, poco a poco se incorporaron elementos objetivos, normativos y luego subjetivos específicos, que son conceptos propios del tipo penal; por lo que la identificación del cuerpo del delito con los elementos del tipo llegó a tal extremo de sustituir uno por otro y de ese modo se desnaturalizó una figura propia del proceso penal por una de la dogmática.⁶¹⁸

De esa manera con motivo del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999 que reformó entre otras normas el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y ante la exigencia expresa de que la legislación secundaria debía dotar al concepto cuerpo del delito con elementos meramente materiales, en diversos códigos de procedimientos penales del país se conformaron cinco conceptos diferentes de cuerpo del delito con la consecuente problemática que plantea la pluralidad de fórmulas legales sobre la misma figura.⁶¹⁹

Así pues, Rodolfo Monarque Ureña señala que los Códigos de Procedimientos Penales de los estados de Aguascalientes, Colima, Guerrero, Jalisco, Nuevo León, Tamaulipas, Tlaxcala y Yucatán, consideran al cuerpo del delito con elementos exclusivamente materiales

390714. Página web: sjf.scjn.gob.mx (link: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 14 de noviembre de 2015).

⁶¹⁶ Vid. Tesis de jurisprudencia (penal) número 848 de rubro: “CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.” Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995, Tomo II, Parte HO, Sexta Época, página 545. Registro número 390717. Página web: sjf.scjn.gob.mx (link: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 14 de noviembre de 2015).

⁶¹⁷ Cfr. DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *EL TÉRMINO CONSTITUCIONAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL (Los elementos del Cuerpo del Delito, Jurisprudencia y Práctica)*. Op. cit., pp. 41-42.

⁶¹⁸ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*. Op. cit., p. 468.

⁶¹⁹ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. México, 2008, Op. cit., p. 51.

u objetivos del tipo penal. Y aclara que en el caso de Nuevo León el código considera dos definiciones del cuerpo del delito según la etapa procesal de que se trate.⁶²⁰

De igual modo Rodolfo Monarque Ureña apunta que los Códigos de Procedimientos Penales de los estados de Baja California (Norte), Chiapas, Oaxaca, Sinaloa, el Código de Justicia Militar y “el CPPF”, establecían como cuerpo del delito el conjunto de elementos materiales y normativos del tipo penal; mientras que los Códigos de Procedimientos Penales de los estados de Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guanajuato, Nayarit, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Veracruz y Zacatecas consideraban al cuerpo del delito como el conjunto de elementos materiales, normativos y subjetivos específicos del tipo penal. Por su parte, los Códigos de Procedimientos Penales de los estados de Baja California Sur, Hidalgo y Morelos regulaban el cuerpo del delito como el conjunto de elementos materiales, normativos, subjetivos específicos y subjetivos genéricos (dolo y culpa) del tipo penal.⁶²¹

Con ese orden Rodolfo Monarque Ureña destaca que el Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua: “establece, además, que cuerpo del delito es ‘el evento antijurídico’, por lo que podría exigirse adicionalmente para su actualización, la antijuridicidad del delito.”⁶²² Asimismo aclara que el Código de Procedimientos Penales del estado de Michoacán siguió con la estructura “ ‘elementos del tipo’ ” al igual que el Código de Procedimientos Penales del estado de Quintana Roo,⁶²³ mientras que el Código de Procedimientos Penales del estado de Campeche “no contempla definición de cuerpo del delito.”⁶²⁴ Y en relación con esto Enríque Díaz-Aranda apunta acertadamente lo que sigue:

“...la falta de una definición clara del cuerpo del delito ha propiciado que en algunos Estados de la República se requieran de menos elementos para su acreditación mientras que en otros se requieran más. En otras palabras, no todos los Ministerios Públicos deben probar la misma cantidad de elementos para poder acreditar el cuerpo del delito, porque ello depende de

⁶²⁰ Al respecto, Rodolfo Monarque Ureña expone: “El CPP de Nuevo León, contempla dos definiciones del cuerpo del delito dependiendo de la etapa procesal de que se trate: una para el dictado de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso (elementos objetivos, elementos normativos y elementos subjetivos específicos) y otra para las restantes etapas procesales en que deba acreditarse el cuerpo del delito, como por ejemplo, la consignación, la restitución de derechos al ofendido y el embargo precautorio de bienes para asegurar la reparación del daño (elementos objetivos).” *Ídem*, p. 52.

⁶²¹ *Ídem*, pp. 52-53.

⁶²² *Ídem*, p. 52.

⁶²³ *Ibidem*.

⁶²⁴ *Ídem*, p. 53.

los requisitos señalados en el Código de Procedimientos Penales de la entidad a la que pertenezcan.”⁶²⁵

Un caso de más evidente confusión entre “cuerpo del delito” y “elementos del tipo” se advierte de una jurisprudencia⁶²⁶ que trata el tema sobre los requisitos constitucionales de fundamentación y motivación de una sentencia penal. En dicha jurisprudencia cuyo primer precedente es del 15 de febrero del 2000 y el último es del 26 de mayo de ese año, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito del Poder Judicial de la Federación estableció en lo conducente que el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales: “impone a la autoridad judicial la obligación de examinar si en el caso concreto, se encuentran acreditados los elementos del cuerpo del delito relativo (elementos del tipo, antes de su última reforma).”

Por lo que confundir el concepto “cuerpo del delito” con los “elementos del tipo” o con el delito mismo es inaceptable pero sobre todo insostenible.

Y es que acorde con Guillermo Colín Sánchez los tipos penales contienen elementos diversos y su constitución no es uniforme sino variable. El tipo penal es creación del legislador y se refiere a la conducta considerada por éste como antijurídica; representa algo estático. En cambio el cuerpo del delito se refiere a la realización del delito, en el entendido de que para que exista el cuerpo de un delito determinado debe contarse con el tipo penal correspondiente.⁶²⁷ Sin embargo, por esas consideraciones del propio Guillermo Colín Sánchez no se comparte su idea de que cuerpo del delito es: “...la adecuación de una conducta o hecho a la descripción hecha por aquél, es decir, el encuadramiento de la conducta al tipo penal...”⁶²⁸ Lo que él identifica expresamente como tipicidad y que con mejor claridad se advierte de lo que sigue:

⁶²⁵ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO*. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). *Op. cit.*, p. 445. Y sobre las distintas construcciones del concepto *cuerpo del delito* en las diversas legislaciones procesales penales mexicanas *Vid.*, pp. 468-471.

⁶²⁶ *Vid.* Tesis de jurisprudencia (penal) número 89 de rubro: “SENTENCIA PENAL. NO SATISFACE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, SI CON LA SIMPLE RELACIÓN DE PRUEBAS SE CONCLUYE QUE SE ACREDITARON LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO.” Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (actualización 2001), Tomo II, Penal, Jurisprudencia TCC, Novena Época, página 125. Registro número 920344. Página *web*: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 15 de noviembre de 2015).

⁶²⁷ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. México, 2005, *Op. cit.*, p. 377.

⁶²⁸ *Ibidem*.

“De lo expuesto, concluyo: *existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta:*

- a) A lo meramente objetivo;
- b) A lo objetivo y normativo;
- c) A lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo; o bien
- d) A lo objetivo y subjetivo.”⁶²⁹

Cabe destacar que previamente a lo anterior Guillermo Colín Sánchez también concluyó lo siguiente:

“Finalmente, al estudiar los diversos tipos penales, contenidos en esta legislación, también concluí que, según el caso, están integrados por elementos:

- a) Objetivos;
- b) Objetivos y normativos;
- c) Objetivos normativos y subjetivos;
- d) Objetivos y subjetivos.”⁶³⁰

Como se advierte, para Guillermo Colín Sánchez tanto el cuerpo del delito como el tipo penal pueden tener idéntica estructura, pues él admite la posibilidad de que ambos lleguen a integrarse exactamente del mismo modo, es decir, con los mismos elementos y con cualquiera de las combinaciones que propone. Y no sólo eso sino que va más allá al estimar la existencia del cuerpo del delito cuando haya tipicidad de la conducta “o hecho”, lo que por supuesto se considera equivocado.

Ciertamente cuerpo del delito y tipo penal son términos técnicamente distintos y el problema de confundirlos se enfatizó más a partir de la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, en la que el concepto cuerpo del delito perdió identidad pero sobre todo univocidad porque en la construcción de su estructura en algunos casos

⁶²⁹ *Ídem*, p. 379.

⁶³⁰ *Ídem*, p. 378.

confluyeron elementos que le son impropios como los normativos y los subjetivos que sólo tienen cabida en el tipo penal.⁶³¹

Por otra parte, identificar el cuerpo del delito con la tipicidad es insostenible porque el primero es una figura procesal⁶³² que sólo es aplicable a resoluciones preliminares a la sentencia definitiva, como la orden de aprehensión o el auto de formal prisión;⁶³³ en cambio la tipicidad es un elemento genérico del delito cuyo análisis procede solamente hasta en la sentencia definitiva. Esta postura sobre la tipicidad, exactamente en esos términos, no es la que sostiene la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero la sustentada por ésta tampoco es completamente coincidente con la que expresa Guillermo Colín Sánchez aun cuando tienen cierto acercamiento entre ellas.

Es cierto, en esta Décima Época del Semanario Judicial de la Federación⁶³⁴ la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la jurisprudencia 1a./J.143/2011 (9a.)⁶³⁵ que establece en lo conducente que el ministerio público en el ejercicio de la acción penal debe acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del “inculcado”, lo que significa justificar por qué en la causa en cuestión se advierte la “probable” existencia del conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del “hecho delictivo”, ya que el análisis del cuerpo del delito sólo tiene un carácter “presuntivo” y el proceso no tendría sentido si se considerara que la acreditación del cuerpo del delito indicara que, en definitiva, se cometió un ilícito. Por otra parte, durante el proceso, que es la fase preparatoria para el dictado de la sentencia, el juez puede revocar tal acreditación *prima facie*

⁶³¹ Cfr. AGUILAR DEL TORO, José Daniel. *El cuerpo del delito. Un concepto constitucionalmente disfuncional en México*. En: *DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA A INICIOS DEL SIGLO XXI. Memorias del I Coloquio Internacional sobre Derecho, Ética y Política*. Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Criminología. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006, pp. 416-417.

⁶³² Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. México, 2008, *Op. cit.*, p. 64.

⁶³³ Al respecto, Rodolfo Monarque Ureña señala: “El cuerpo del delito y la probable responsabilidad son requisitos exigidos en tres eventos procedimentales: la consignación, la orden de aprehensión o de comparecencia, y el auto de formal prisión o sujeción a proceso. La mayoría de los doctrinarios tratan este tema en los requisitos para el dictado de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión; sin embargo, es oportuno desarrollar tales conceptos en este apartado, en virtud de que en la consignación, como primer momento procedimental, es donde se aplican.” *Vid.* MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004, p. 38.

⁶³⁴ Que inició el 4 de octubre de 2011. *Vid.* Acuerdo General número 9/2011, de 29 de agosto de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶³⁵ *Vid.* Tesis de jurisprudencia (penal) 1a./J.143/2011 (9a.) de rubro: “ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ. SUS DIFERENCIAS.” Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 2, Décima Época, página 912. Registro número 160621. Página *web*: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 16 de noviembre de 2015).

y dictar el auto de término constitucional argumentando sólidamente por qué *prima facie* se acredita la comisión de determinado delito, analizando si se acredita la tipicidad a partir de la reunión de sus elementos objetivos y normativos (lo que respecto de esto último de igual manera –dice la Primera Sala– debe hacer el ministerio público en el ejercicio de la acción penal); porque el estudio relativo a la acreditación del delito comprende un estándar probatorio mucho más estricto que sólo puede darse en sentencia definitiva, pues implica la corroboración de que en los hechos existió una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable. En cambio, acorde con el principio de presunción de inocencia, en el auto de término constitucional el juzgador únicamente puede señalar la presencia de condiciones suficientes para, en su caso, “iniciar un proceso” pero no confirmar la actualización de un delito, por lo que la emisión del auto de término constitucional en lo que se refiere a la acreditación del cuerpo del delito es: “el acto que justifica que el Estado inicie un proceso contra una persona aun considerada inocente,...”.

Así pues, para Guillermo Colín Sánchez los tipos penales, según el caso, están integrados con elementos: a) objetivos; b) objetivos y normativos; c) objetivos, normativos y subjetivos y d) objetivos y subjetivos.⁶³⁶ Asimismo, para él existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o “hecho” de acuerdo con el contenido de cada tipo por lo que en su opinión el cuerpo del delito atendiendo a la situación concreta corresponderá: a) A lo meramente objetivo; b) A lo objetivo y normativo; c) A lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo o d) A lo objetivo y subjetivo.⁶³⁷

Y por otra parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la citada jurisprudencia 1a./J.143/2011, establece que acreditar el cuerpo del delito significa justificar por qué en la causa en cuestión se advierte la “probable” existencia del conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del “hecho delictivo”, aunque más adelante señala que el juzgador en el auto de término constitucional y el ministerio público en el ejercicio de la acción penal (así, en ese orden), precisarán por qué *prima facie* se acredita la comisión de determinado delito analizando si se acredita la tipicidad a partir de la reunión de sus elementos objetivos y normativos.⁶³⁸

⁶³⁶ *Vid. supra*, p. 148.

⁶³⁷ *Vid. supra*, p. 148.

⁶³⁸ *Vid. supra*, p. 149.

Por lo tanto, aun cuando se considera sustancialmente correcta la postura de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que acreditar el cuerpo del delito significa justificar por qué en la causa en cuestión se advierte la existencia⁶³⁹ del conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del delito,⁶⁴⁰ sin embargo, genera confusión que se haya referido a la tipicidad en los términos que lo hizo, es decir, como figura procedente de analizar por parte del ministerio público en el ejercicio de la acción penal y por el juez en el auto de término constitucional para argumentar por qué *prima facie* se acredita la comisión de determinado delito a partir de la reunión de elementos objetivos y normativos; lo que de ninguna manera es congruente con su postura en el sentido de que el cuerpo del delito está integrado únicamente con elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del delito.

Esa clase de confusiones sobre el concepto cuerpo del delito dadas entre académicos y entre éstos con operadores del derecho no han terminado, sin embargo, una opinión sencilla sobre este tema es la que proporciona Rodolfo Monarque Ureña quien señala que el cuerpo del delito (y probable responsabilidad) son apenas un porcentaje del delito, al que estima como conducta, típica, antijurídica y culpable),⁶⁴¹ con lo que coincide Fernando Barrita López al señalar que es correcto considerar al cuerpo del delito como una parte del delito (problema fenoménico) y no del tipo (problema normativo), aunque deja la interrogante siguiente: “Queda por averiguar si el cuerpo del delito es aquella parte del delito que se ajusta al tipo, o sea, si el cuerpo del delito es lo mismo que tipicidad.”⁶⁴² Lo que se responde de manera categórica en el sentido de que el cuerpo del delito de ninguna manera es lo mismo que la tipicidad.

Así pues, con lo hasta aquí expuesto se aprecia que el concepto cuerpo del delito se ha entendido y estructurado desde ópticas distintas y, por ende, se le ha interpretado y aplicado

⁶³⁹ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala “probable existencia” con lo que no se está de acuerdo porque la existencia de elementos objetivos o externos del cuerpo del delito no basta con tenerlos acreditados en grado de probabilidad, sino de certeza, pues sólo así es jurídicamente posible considerar la materialidad del delito al ser dichos elementos de aquellos que son perceptibles a través de los sentidos y, por ende, no implican una situación de dificultad probatoria.

⁶⁴⁰ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala “hecho delictivo” en lugar de referirse al término delito, que para fines de este tema se considera técnicamente más preciso.

⁶⁴¹ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. México, 2004, *Op. cit.*, p. 39.

⁶⁴² Cfr. BARRITA LÓPEZ, Fernando. *DELITOS, SISTEMÁTICAS Y REFORMAS PENALES*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1998, p. 153.

de maneras divergentes en relación con su comprobación, pero también se le confunde con los conceptos denominados genéricamente delito y tipo penal.

Y ante esa panorámica es claro que el concepto cuerpo del delito no quedó delimitado de manera uniforme en la normatividad positiva de materia procesal penal de este país ni en la jurisprudencia, lo que por cuestión de congruencia con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde su incorporación en el artículo 16 resultó necesario unificarlo para la certeza de su análisis y la delimitación precisa de la etapa procesal en la que correspondía examinarlo, distinguiéndolo de las figuras delito y tipo penal.

Con lo anterior coincide esencialmente Rodolfo Monarque Ureña quien señala que aun cuando la Constitución no es lugar para dar connotaciones terminológicas, sin embargo, en materia de garantías de seguridad jurídica no debería importar romper con tal principio dado que la experiencia demuestra las graves consecuencias surgidas por la diversificación de criterios y fórmulas sobre el cuerpo del delito, por lo que la definición de éste en la Constitución lejos de haber sido un elemento incómodo para la misma ciertamente hubiera servido para dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar muchos de los dilemas jurídicos que cada día aquejan a los tribunales de este país.⁶⁴³

Ahora bien, se estima que el cuerpo del delito apreciado en su estructura original, es decir, aquel integrado sólo por elementos objetivos,⁶⁴⁴ técnicamente es una subestructura del tipo penal. Y la razón de esto es porque se reconoce que las estructuras de ambos están construidas con elementos objetivos y por ello tienen esa cualidad estructural en común; reconocimiento que sólo se limita a eso ¡y nada más! es decir, a que ambas estructuras contienen elementos objetivos y que en ello es en lo único en que cualitativamente coinciden.

Lo anterior se expresa así desde una óptica técnicamente estructural, pues desde una visión pragmática lo más acertado que hasta ahora se considera sobre todo lo que se ha dicho sobre el cuerpo del delito es que éste es una realidad fáctica predicable de una conducta típica.⁶⁴⁵ Y más concisamente: El cuerpo del delito está constituido por la realidad misma del delito.⁶⁴⁶

⁶⁴³ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. México, 2008, *Op. cit.*, pp. 62-63.

⁶⁴⁴ También llamados externos.

⁶⁴⁵ *Vid. supra*, p. 144.

⁶⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO*. *Op. cit.*, p. 159.

3.3.5 Hecho que la ley señale como delito

3.3.5.1 Posturas sobre qué debe entenderse por “hecho que la ley señale como delito”

Javier Jiménez Martínez apunta que un sector señala que “ ‘el hecho equivale a cuerpo del delito’ ” y que debe entenderse “ ‘como un acontecimiento delictual contemplado en la ley sustantiva, esto es, lo que se ha realizado y no puede negarse su realidad’ ”. A su vez menciona que también se dice que el “ ‘hecho que la ley señala [sic] como delito’ ” comprende “ ‘los elementos objetivos del tipo penal, los que se perciben con los sentidos, los elementos materiales’ ”. Y agrega que una posición más establece que el hecho que la ley señala [sic] como delito: “ ‘sería la descripción que la propia ley hace de una conducta...dentro de tales elementos, podrían estar descritos en la norma no solo elementos de naturaleza objetiva, sino también elementos de naturaleza normativa o subjetivos específicos’ ”. Asimismo, Javier Jiménez Martínez continúa expresando que una posición más es aquella que señala que la expresión constitucional “hecho que la ley señale como delito” se reduce al mero resultado típico.⁶⁴⁷

Otras posturas como la de Miguel Ángel Aguilar López abonan esta dispersión conceptual toda vez que en una Mesa de Trabajo sobre la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso señaló que las expresiones “ ‘hecho delictivo’ ” y “ ‘probabilidad de intervención’ ” incorporan mayor claridad y simpleza en la redacción del texto constitucional para hacerlo más accesible a los gobernados y que la existencia de un “hecho delictivo” se entenderá cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal, que constituyan el elemento material del “hecho que la ley califique como delito”, así como los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera; lo que concluyó expresando que el “hecho delictivo” afirma su existencia cuando de los datos de prueba se evidencian razonablemente los elementos genéricos, específicos, objetivos, subjetivos y normativos, cuando en el tipo penal concreto se requieran.⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *LA TEORÍA DEL DELITO –aproximación al estado de la discusión–*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010, pp. 538-539.

⁶⁴⁸ Cfr. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *Mesa 1 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009, pp. 38-39.

Por su parte, en la misma Mesa de Trabajo Fernando Andrés Ortiz Cruz en lo conducente señaló que para la justificación de los nuevos elementos de fondo en la orden de aprehensión bastará la existencia de datos que demuestren de manera amplia que se cometió el “hecho delictivo” y que para acreditar éste solamente son necesarios elementos materiales.⁶⁴⁹

En la propia Mesa de Trabajo Luis A. Madrigal Pereyra expresó que para hablar de un “hecho delictivo” tienen que analizarse “los elementos del tipo penal” porque no existe otra vía para lograr certeza jurídica y respeto de las “garantías individuales” aparte del análisis del “cuerpo del delito”.⁶⁵⁰ Y concluyó:

“¿Qué van a hacer los juzgadores? Decir razonablemente que puede existir un delito o que existe un delito a partir de la base de que es un hecho previsto en la ley, que se adecua al tipo penal y en consecuencia habrá lugar a la orden de aprehensión o vinculación a proceso.”⁶⁵¹

A su vez, en una Mesa de Trabajo distinta pero sobre la misma temática de la orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso, Moisés Moreno Hernández habló respecto de los requisitos de estas figuras procesales e indicó que la Constitución y los códigos de procedimientos penales han experimentado cambios que tratan de cumplir con algunos de los imperativos que se necesitan y por eso existe una gran diversidad de criterios, razón por la que destacó lo importante que es buscar cuál es el que compagina con las exigencias del sistema de corte acusatorio.⁶⁵²

Por su parte, Enrique Díaz-Aranda señala que en el nuevo texto⁶⁵³ del artículo 16 constitucional “se elimina de tajo” cualquier confusión derivada del uso de los términos cuerpo del delito o elementos del tipo penal, para referirse de manera simple y llana “a los

⁶⁴⁹ Cfr. ORTIZ CRUZ, Fernando Andrés. *Mesa 1 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009, pp. 39-40.

⁶⁵⁰ Cfr. MADRIGAL PEREYRA, Luis A. *Mesa 1 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009, p. 43.

⁶⁵¹ *Ibidem*.

⁶⁵² Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Mesa 2 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009, p. 57.

⁶⁵³ Obviamente se refiere al del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

datos que establezcan que se ha cometido un delito”, lo que según él vuelve a dividir con claridad por una parte el hecho y por otra al sujeto; denominándole al primero “hecho relevante para el derecho penal”.⁶⁵⁴

Así, Enrique Díaz-Aranda señala que aun cuando el nuevo texto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶⁵⁵ ya no contempla las figuras del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sin embargo, para él eso no significa que el legislador las hubiera querido eliminar del nuevo proceso penal acusatorio, pues en su opinión lo que el legislador quiso fue evitar más confusiones y referirse claramente a los datos que establecen la existencia de un “hecho relevante para el derecho penal” y la posibilidad de que el imputado lo cometió como autor o partícipe.⁶⁵⁶

Por lo tanto, resulta sostenible señalar que para Enrique Díaz-Aranda el enunciado “hecho que la ley señale como delito” significa lo que él denomina como “hecho relevante para el derecho penal”, que a su vez él identifica como “cuerpo del delito”,⁶⁵⁷ sin embargo, en otra postura el propio Enrique Díaz-Aranda señala:

“...la expresión ‘hecho que la ley señale como delito’ se debe interpretar como el suceso o acontecimiento prohibido (ilícito) que es independiente de la conducta delictiva (conducta-típica, antijurídica y culpable) que da lugar a la responsabilidad penal del acusado; en pocas palabras ¡debemos separar el hecho del autor!; si lo entendemos así, el hecho se puede verificar sin necesidad de encontrar o probar la existencia del segundo, pero no podemos hacerlo a la inversa, es decir, no podemos sostener que una persona cometió un delito sin que hayamos constatado primero que hay un hecho prohibido.”⁶⁵⁸

Ahora bien, lo sostenido por Enrique Díaz-Aranda respecto de separar el hecho del autor (porque el hecho puede verificarse sin necesidad de encontrar o probar la existencia del autor) encuentra directa oposición con la postura de Pablo Sánchez-Ostiz quien al respecto

⁶⁵⁴ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO*. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). *Op. cit.*, p. 484.

⁶⁵⁵ También hace mención del artículo 19.

⁶⁵⁶ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO*. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). *Op. cit.*, p. 485.

⁶⁵⁷ *Ídem*, pp. 550-551.

⁶⁵⁸ Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique., *et. al. HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO (Cuerpo del Delito, Tipo Penal y Clasificación Jurídica)*. Editorial Magister. México, 2016, pp. 29-30.

señala que en la doctrina de la imputación la existencia de un hecho deriva de la consideración de un proceso que tiene su origen en el agente, de modo que afirmar de algo que es un hecho pone por delante un alguien, es decir, que el hecho lo es por alguien, el agente;⁶⁵⁹ de manera que el hecho es ya la conclusión de un juicio de imputación.⁶⁶⁰

Luego, Leticia del Socorro Cobá Magaña e Ileana Georgina Domínguez Zapata, se refieren al “hecho que la ley señale como delito” como “hecho delictivo” y consideran idóneo que éste se entienda cuando razonablemente los datos de prueba revelen los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal constitutivos del elemento material del “hecho que la ley califique como delito”, así como a los normativos y subjetivos cuando la figura típica los requiera.⁶⁶¹

Por su parte, Gilberto Martiñón Cano señala que “el concepto” relativo a la estructura “ ‘hecho que la ley señale como delito’ ”, debe interpretarse como sinónimo jurídico de “ ‘tipo legal’ ” a fin de “poseer” un concepto único, claro y preciso en el marco de la reforma penal mexicana que busca implementar el sistema acusatorio adversarial porque dice que es previsible de interpretaciones diversas y dispares aunque espera no sean disparatadas. Con ese orden de ideas señala que el “tipo legal” comprende todos los elementos que integran la descripción de la conducta prohibida, por lo que los “tipos legales” pueden contener elementos objetivos, subjetivos o normativos, sin embargo, concluye expresando que el “ ‘hecho considerado como delito’ ” en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es una “institución” multívoca y por ello su interpretación única es imperativo, así que propone: “se le identifique a ‘tipo legal’ ”.⁶⁶²

⁶⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *IMPUTACIÓN Y TEORÍA DEL DELITO. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Editorial B de F. Julio César Faira-Editor. Argentina, 2008, pp. 452-453.

⁶⁶⁰ Al respecto, Pablo Sánchez-Ostiz en lo conducente expone: “Según se sostiene aquí, en la línea de la doctrina de la imputación, el hecho (*factum*) no se corresponde con el elemento ‘acción’ de las teorías del delito. En efecto, considerar un proceso (o una inactividad) en la que alguien se ve inmerso como hecho (o como omisión) es ya la conclusión de un juicio de imputación. En concreto, conclusión de un juicio que, al identificar el proceso, presupone a su agente, que ha de conocer y controlar dicho proceso. Afirmar de *algo* que es un hecho, pone por delante un *alguien*: el hecho lo es por alguien, el agente, que lo es en la medida en que conoce las circunstancias y controla el proceso. Dado que no se trataría de un juicio de constatación de la realidad (‘algo se mueve’), sino de un juicio que afirma de algo que es hecho, y de alguien que es su agente (así, ‘algo es movido por...’) dicho agente es ‘puesto’ al juzgar. Lo que tal juicio afirma (que el proceso es un *hecho*), no es una realidad previa, que se constata, sino que se afirma, se crea, al emitirse el juicio.” *Ídem*, pp. 453-454.

⁶⁶¹ Cfr. COBÁ MAGAÑA, Leticia del Socorro y DOMÍNGUEZ ZAPATA, Ileana Georgina. *Requisitos de orden formal para la emisión de la orden de aprehensión*. México, 2008. p. 9. En: www.poderjudicialyucatan.gob.mx/blog/doc/ponencia.pdf (consulta: 4 de diciembre de 2015).

⁶⁶² Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto. *Interpretación del término “hecho que la ley señale como delito” contenido en los reformados artículos 16 y 19 de la constitución política federal.*, pp. 3-15. En: www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/2encuentro/lic.%20gilberto%20martiÑón%20cano.pdf (consulta: 4 de diciembre de 2015).

Y una postura todavía más abstracta y confusa es la que sostiene Camilo Constantino Rivera quien señala: “El hecho que la ley señala como delito se enfoca a los elementos argumentativos del tipo penal;...”⁶⁶³

Ahora bien, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia del amparo en revisión número 290/2013 que dio origen a la tesis aislada 1a. CXXVIII/2014 (10ª),⁶⁶⁴ al analizar el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en lo conducente señaló:

“Del Texto Constitucional se infiere que una orden de aprehensión presupone lo siguiente:

- a) Que se planteó ante el Ministerio Público una denuncia, acusación o querrela por un hecho que la ley tipifica como delito, sancionado con pena privativa de libertad.
- b) Que el Ministerio Público estimó que existen elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.
- c) Que la autoridad judicial decidió ordenar la aprehensión del presunto responsable, ya que también tiene la convicción de que se actualiza el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado.”⁶⁶⁵

Cabe reiterar que aun cuando lo anterior corresponde a una interpretación del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, sin embargo, eso es precisamente lo interesante para este trabajo porque cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó dicha norma constitucional ésta todavía estaba

⁶⁶³ Cfr. CONSTANTINO RIVERA, Camilo., *et. al. HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO (Cuerpo del Delito, Tipo Penal y Clasificación Jurídica)*. *Op. cit.*, p. 142.

⁶⁶⁴ Vid. Tesis aislada (común) 1a. CXXVIII/2014 (10ª.) de rubro: “VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. TIENE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL QUE NIEGA LIBRAR UNA ORDEN DE APREHENSIÓN (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 85/2001).” Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Décima Época, página 862. Registro número 2006183. Página web: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 17 de noviembre de 2015).

⁶⁶⁵ Vid. Sentencia del amparo en revisión número 290/2013, consultable dentro del registro número 2006183, correspondiente a la tesis aislada (común) 1a. CXXVIII/2014 (10ª.). Página web: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 17 de noviembre de 2015).

construida tanto con la estructura: “hecho que la ley señale como delito” como con el diverso concepto “cuerpo del delito”.

Ahora bien, como se advierte del inciso a) que quedó transcrito, la Primera Sala de la Suprema Corte se refirió al “hecho que la ley señale como delito” como “hecho que la ley tipifica como delito”, por lo que en lugar de la palabra “señale” utilizó el vocablo “tipifica”, lo que visto desde la dogmática jurídico-penal de ninguna manera puede considerarse como un simple cambio de vocablos porque cuando se habla que “...la ley tipifica como delito” eso corresponde al tipo penal sin lugar a dudas.

Por consiguiente, con base en la interpretación que hizo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su sentencia dictada en el amparo en revisión número 290/2013, se concluye que para ella la estructura: “hecho que la ley señale como delito” significa el tipo penal.

3.3.5.2 Posturas antagónicas sobre la sustitución del “cuerpo del delito” por la oración “hecho que la ley señale como delito”

Javier Jiménez Martínez menciona que con las reformas constitucionales en materia penal de 2008 el lugar del “cuerpo del delito” fue ocupado por el “hecho que la ley señala [sic] como delito” en los artículos 16 (y 19) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que para él significa un retroceso porque dice que el término “hecho” no se limita al comportamiento humano sino que comprende incluso los fenómenos de la naturaleza. Por lo que afirma que el “hecho que la ley señale como delito” es un concepto vacío [sic] y otra vez habrá que hacer conjeturas para determinar en qué consiste ese “hecho que la ley señale como delito”.⁶⁶⁶ A lo que agrega:

“En síntesis, postulantes, académicos y servidores públicos de procuración y aplicación del derecho vamos a entrar otra vez en una fase de discusión sobre que cosa es el ‘hecho que la ley señale como delito’, y esto por la gran ineptitud que privó en quienes propusieron, discutieron y probaron [sic] esas reformas constitucionales de 2008; dado que en lugar de hacer las cosas con claridad y sencillez tal parece que el objetivo sigue siendo el de complicar las cosas a los actores procesales.”⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *LA TEORÍA DEL DELITO –aproximación al estado de la discusión–*. *Op. cit.*, pp. 536-537.

⁶⁶⁷ *Ídem*, p. 537.

Así pues, Javier Jiménez Martínez estima que el legislador secundario es quien deberá precisar lo que debe entenderse por “hecho que la ley señale como delito”. Y manifiesta que la discusión de esta expresión constitucional apenas comienza.⁶⁶⁸ Esta postura de Javier Jiménez Martínez esencialmente la secunda Raúl Carrancá y Rivas quien afirma que la eliminación del concepto cuerpo del delito deja un vacío que desde el punto de vista técnico impide la ubicación de los elementos materiales del delito por lo que considera un desvarío el haberse eliminado el cuerpo del delito del “nuevo y deformado párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución.”⁶⁶⁹

Otra posición coincidente con las anteriores en el sentido de estimar que con la reforma de 18 de junio de 2008 se suprimió del artículo 16 constitucional el concepto cuerpo del delito es la que sostiene Juan Alejandro Sánchez Madariaga quien señala que ahora: “a la luz del hecho, según está descrito en el dispositivo constitucional sujeto a estudio, el juzgador deberá analizar qué pasó o qué se hizo, y a la luz de la autoría, quién lo hizo.” Y agrega que la conducta, entendida como manifestación de la voluntad humana en el mundo fáctico sensorial, ahora deberá apreciarse y valorarse conforme a un plano “mucho menos complejo” porque según él bastará que aquélla sea constitutiva de un hecho señalado por la ley como delito “que pueda apreciarse como tal”.⁶⁷⁰

Con ese orden de ideas, Juan Alejandro Sánchez Madariaga afirma que en la Constitución Federal “se suplió” la exigencia de cubrir y analizar todos y cada uno de los elementos del cuerpo del delito.⁶⁷¹

Por su parte, Enrique Díaz-Aranda afirma categóricamente que con la reforma de 2008 desaparece de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la figura del cuerpo del delito.⁶⁷² Sin embargo, esa afirmación contrasta con el apunte que en este trabajo se hizo en el sentido de que para Enrique Díaz-Aranda el enunciado “hecho que la ley señale como

⁶⁶⁸ *Ídem*, pp. 539-540.

⁶⁶⁹ *Cfr.* CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y SEGURIDAD PÚBLICA. VARIACIONES CRÍTICAS*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010, pp. 21-22.

⁶⁷⁰ *Cfr.* SÁNCHEZ MADARIAGA, Juan Alejandro. *Breves consideraciones sobre la dogmática jurídico-penal para el libramiento de la orden de aprehensión*. En: *DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO*. *Op. cit.*, pp. 99-102.

⁶⁷¹ *Ídem*, p. 102.

⁶⁷² *Cfr.* DÍAZ-ARANDA, Enrique. *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO*. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). *Op. cit.*, pp. 443 y 447.

delito” significa lo que él denomina como “hecho relevante para el derecho penal” que a su vez él identifica como “cuerpo del delito”,⁶⁷³ lo que vuelve imprecisa su postura.

Por su parte, Ludwig Ovando Ramón señala que la solicitud y consecuente resolución de orden de aprehensión exige colmar los requisitos de fondo señalados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dada la peculiaridad de ser un mandato judicial que tiene como finalidad conducir a la persona investigada a la audiencia de imputación. Así, expresa que en cuanto al requisito de fondo consistente en la existencia de datos que acrediten un “hecho que la ley señale como delito” no es menester demostrar el cuerpo del delito o los elementos del tipo penal sino sólo establecer mediante los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación: “la conducta objetivamente apreciada, que concuerda con la descripción típica de la ley.”⁶⁷⁴

Por otro lado, Sergio García Ramírez rechaza que en la reforma constitucional de 2008 se haya prescindido “...de los conceptos ‘cuerpo del delito’ o ‘elementos del tipo penal’...” porque afirma que si así fuera entonces dicha reforma habría establecido condiciones de extrema laxitud y por ende de suma gravedad. Por lo que invita a entender que el cambio de palabras no significa modificación de conceptos de fondo y que en ese sentido no se “aligera” los datos de los que depende la injerencia penal del Estado, aunque reconoce que esa postura es demasiado garantista para la orientación de dicha reforma constitucional, la cual acepta que no es coincidente y hasta discrepa del dictamen de los diputados.⁶⁷⁵

Así, Sergio García Ramírez señala que en la necesidad de asumir una posición sobre el significado de la “antigua” expresión constitucional “hecho que la ley señale como delito”, surge la cuestión concerniente a los elementos de fondo para el ejercicio de la acción (penal) y el libramiento de la orden de aprehensión. Y al respecto sostiene que es preciso establecer la existencia de todos los elementos constitutivos del delito según la descripción típica contenida en la ley penal, lo que para él significa “elementos del cuerpo del delito.”⁶⁷⁶

De igual modo, Sergio García Ramírez afirma categóricamente que en suma: “el hecho equivale al cuerpo del delito” y dice no objetar que la referencia constitucional al elemento de

⁶⁷³ *Vid. supra*, pp. 154-155.

⁶⁷⁴ *Cfr.* OVANDO RAMÓN, Ludwig. *MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. *Op. cit.*, pp. 82-84.

⁶⁷⁵ *Cfr.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *LA REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?* Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2008, p. 30.

⁶⁷⁶ *Ídem*, pp. 31-32.

fondo: “hecho delictuoso” se asimile, si así se prefiere, a los elementos del tipo penal, ya que en ambas versiones se tendría “un solo resultado apetecido” consistente en efectivas garantías en la relación entre individuo y Estado respecto de la intervención penal del poder público,⁶⁷⁷ por lo que con ese orden de ideas expresa:

“Puesto que la fórmula constitucional es idéntica a la empleada por la misma ley suprema a propósito de la orden de captura, reproduzco el comentario hecho a este último respecto. Es pertinente exigir que la prueba del hecho abarque todos los elementos del tipo –o todos los elementos del *corpus delicti*, según la explorada versión de éste–, y no sólo alguno o algunos, porque de ser así no nos hallaríamos ante un hecho que la ley señale como delictuoso, sino ante ‘parte’ de ese hecho tipificado: algunos extremos se hallarían probados; otros, no.”⁶⁷⁸

Al respecto, Miguel Carbonell considera que la postura de Sergio García Ramírez de interpretar el “hecho delictivo” como equivalente a “cuerpo del delito” a fin de que se impida, por vía de interpretación, que se materialice un retroceso histórico, es una “posibilidad hermenéutica” que merece ser tomada en cuenta.⁶⁷⁹

3.3.5.3 Toma de postura

No debe tenerse duda que acorde con una interpretación gramatical y sistemática del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, el concepto cuerpo del delito fue eliminado de dicho precepto constitucional y la problemática con tal eliminación es que en su lugar ahora quedó la oración: “hecho que la ley señale como delito”, la cual no es una novedad en la estructura de ese artículo 16, porque dicha oración, así textualmente, forma parte de él desde el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 8 de marzo de 1999, que entró en vigor al día siguiente de tal publicación.⁶⁸⁰ Por lo que si se aceptara lo contrario, es decir, las posturas que afirman o sugieren que existe equivalencia entre el concepto cuerpo del delito y la mencionada oración:

⁶⁷⁷ *Ídem*, p. 32.

⁶⁷⁸ *Ídem*, p. 95.

⁶⁷⁹ *Cfr.* CARBONELL, Miguel. *INTRODUCCIÓN A LOS JUICIOS ORALES EN MATERIA PENAL*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2015, p. 95.

⁶⁸⁰ *Vid. supra*, p. 101.

“hecho que la ley señale como delito”, entonces eso también conduciría hasta el extremo de aceptar que la referida norma constitucional ha sido asistemática en su estructura por construirse mediante una tautología injustificada, lo que bajo el enfoque del concepto de sistema sería una visión insostenible.

3.4 Disfuncionalidad de la oración: “hecho que la ley señale como delito”

3.4.1 Postura filosófica sobre el vocablo “hecho”

Se considera que bajo la corriente filosófica del atomismo lógico el vocablo “hecho” se intentó conceptualizar como también se hizo con la denominada teoría atomizadora del delito.

Ahora bien, el átomo es el resultado de dividir mentalmente la materia tanto como se pueda, sin embargo, cuando desde el enfoque de la aludida concepción filosófica se considera que el mundo está constituido por átomos eso se refiere a hechos y no a las partículas de Química, pues la visión de esa corriente filosófica estima que los átomos son hechos y no cosas, por lo que el mundo es el conjunto de todos los hechos.⁶⁸¹

De ese modo los hechos están compuestos de cosas por lo que un hecho es la combinación de cosas. Y bajo dicha concepción filosófica, pero en términos del lenguaje, así como los hechos están compuestos de cosas las proposiciones lo están de palabras, las cuales son las que nombran las cosas, de manera que sólo tienen sentido las proposiciones que reflejan hechos ya que aquellas que no lo hacen ni siquiera son proposiciones y es mejor no pronunciarlas.⁶⁸²

3.4.2 Posturas dogmático-jurídicas sobre el vocablo “hecho”

Celestino Porte Petit Candaudap señala sobre el vocablo “hecho” que éste es la conducta, el resultado y el nexos causal,⁶⁸³ mientras que Eugene Florian expresa que en sentido jurídico penal el vocablo “hecho” comprende a la acción y al mismo tiempo el resultado de

⁶⁸¹ Cfr. CORREAS, Oscar. *METODOLOGÍA JURÍDICA I. Una introducción filosófica*. Distribuciones Fontamara, S.A. Segunda edición. México, 2012, p. 137.

⁶⁸² *Ídem*, p. 139.

⁶⁸³ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*. *Op. cit.*, p. 259.

ella.⁶⁸⁴ Y con la misma línea de pensamiento Francisco Pavón Vasconcelos menciona que el acto u omisión son formas de expresión de la conducta humana⁶⁸⁵ y que cuando a ella se suma un resultado (mutación del mundo físico) se integra así un “hecho”, sin embargo, hace una sutil diferencia al precisar que la conducta es acción u omisión, en cambio el “hecho” es conducta-resultado-nexo causal.⁶⁸⁶

Las posturas anteriores son claramente advertidas por Eugenio Raúl Zaffaroni quien señala: “Otros autores utilizan en un particular sentido penal la voz ‘hecho’, considerando que ‘hecho’ es la conducta más el nexo causal y el resultado.”⁶⁸⁷ Sin embargo, apunta que la expresión “hecho” debe entenderse “aproximadamente” en el mismo sentido que el Código Civil la emplea,⁶⁸⁸ por eso considera inadecuado que los vocablos conducta, nexo y resultado se hayan pretendido englobar en el diverso vocablo “hecho”.⁶⁸⁹

A su vez, Pietro Sferrazza Taibi expone que Giacomo Delitala afirma que “hecho” es solamente hecho en general, es decir, el descrito por las normas incriminadoras especiales y que los contemporáneos tudescos de este último trataron de superar el concepto tradicional de *Tatbestand* que en lo penal sólo reflejaba el concepto civilista de hecho jurídico.⁶⁹⁰ Lo que ciertamente Giacomo Delitala expresa como sigue:

“...la más reciente doctrina alemana hoy repudia, casi concordemente, el viejo concepto de *Tatbestand*, que no representaba sino una aplicación, en el campo de las disciplinas penales, de ese concepto de hecho jurídico elaborado lentamente por los civilistas, pero que, por su generalidad, es

⁶⁸⁴ Vid. FLORIAN, Eugene, citado por: PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*. *Ídem*, p. 259, n. 2.

⁶⁸⁵ Aquí afirmo que la conducta sólo es humana, por lo que expresar “conducta humana” es una tautología.

⁶⁸⁶ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general*. *Op. cit.*, p. 177.

⁶⁸⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*. *Op. cit.*, p. 359.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ Así es, tal afirmación Eugenio Raúl Zaffaroni la expresa como sigue: “...a toda acción corresponde un resultado y ambos están unidos por un nexo de causalidad. Nexos de causalidad y resultado, si bien no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra. Esto ha determinado que algunos autores, percatándose del fenómeno y reconociendo que el nexo causal y el resultado no forman parte de la conducta, hayan buscado un concepto que englobe a los tres: conducta, nexo y resultado. Algunos han llamado a este conjunto ‘hecho’, vocablo que para nosotros es inadecuado [...] Los italianos le denominan ‘evento’, expresión que en castellano suele emplearse con un contenido de contingencia que desvirtúa lo que quiere señalarse. Por nuestra parte, creemos que la palabra más adecuada es ‘pragma’ expresión de origen griego con la que varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo por ella alcanzado, lo ‘procurado en el procurar’ (Heidegger, Szilasi, Ricoeur, Binswanger).” *Ídem*, p. 365.

⁶⁹⁰ Cfr. SFERRAZZA TAIBI, Pietro. *ESTUDIO PRELIMINAR*. En: DELITALA, Giacomo. *EL “HECHO” EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO*. Editorial B de F Ltda. Traducción y estudio preliminar Pietro Sferrazza Taibi. Título del original italiano: *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, edición de Cedam, Padova, 1930. Argentina, 2009, pp. 15-19.

susceptible de recibir aplicación en todas las ramas de las ciencias jurídicas.”⁶⁹¹

Ahora bien, el mismo Giacomo Delitala señala que sobre el vocablo “hecho” existe la más grande disparidad de opiniones y por eso la tarea más difícil es su definición;⁶⁹² de este modo expresa que tradicionalmente se dice que el “hecho” es un comportamiento humano voluntario y culpable⁶⁹³ y que el estudio del “hecho” se debe limitar a la investigación de los elementos objetivos necesarios para dar “vida” al delito (aunque no suficientes) porque afirma: “El delito es un hecho (humano) antijurídico y culpable.”⁶⁹⁴ De este modo señala que el núcleo de todo “hecho” está constituido por una acción que debe entenderse en sentido *lato* tanto del *facere* como del *omittere* y por eso es mejor decir comportamiento o conducta;⁶⁹⁵ así, refiere que la noción de “hecho” resulta de la suma de los elementos objetivos que están descritos en el tipo legal⁶⁹⁶ y se remite únicamente a la materialidad del delito.⁶⁹⁷

Por su parte Hans Kelsen señala que en el derecho no hay hechos “ ‘en sí mismos’ ” o “ ‘absolutos’ ” pues sólo hay aquellos cuya existencia es declarada por un órgano competente dentro de un procedimiento prescrito en la ley.⁶⁹⁸

A su vez Rafael Márquez Piñero expresa su negativa a utilizar el vocablo “hecho” porque dice que es demasiado genérico ya que designa todo acontecimiento, proceda o no del intelecto humano o de su actividad así como por simple caso fortuito, sin voluntariedad, que es la nota fundamental del derecho penal.⁶⁹⁹

Y en la misma línea de pensamiento Michele Taruffo señala que en realidad no existe como punto de partida una noción de “hecho”, elemental, aceptable e indiscutible por la extrema variabilidad e indeterminación de los fenómenos del mundo real que sean percibibles

⁶⁹¹ Cfr. DELITALA, Giacomo. *EL “HECHO” EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO*. Op. cit., pp. 137-138.

⁶⁹² *Ídem*, p. 51.

⁶⁹³ *Ídem*, p. 109.

⁶⁹⁴ *Ídem*, p. 51.

⁶⁹⁵ *Ídem*, p. 155.

⁶⁹⁶ *Ídem*, p. 105.

⁶⁹⁷ *Ídem*, p. 137.

⁶⁹⁸ Cfr. KELSEN, Hans. *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*. Universidad Nacional Autónoma de México. Traducción: Eduardo García Máynez. Tercera edición. México, 2008, pp. 160-161.

⁶⁹⁹ Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *DERECHO PENAL. Parte General*. Apud. Luis Jiménez de Asúa. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Cuarta edición. México, 1997, p. 157.

fácilmente. De ahí lo difícil de definir qué se entiende por hecho de un modo no superficial,⁷⁰⁰ pues no está dado por sí mismo y autónomamente antes de asumir relevancia jurídica en función de la norma aplicable para decidir la controversia.⁷⁰¹

De este modo Michele Taruffo apunta que no hay nada más indiscutible y confudente que la idea de que exista una definición simple y unitaria de lo que constituye un “hecho” en el ámbito del proceso, por lo que quien planteara definir en términos generales qué constituye un “hecho” estaría frente a un problema muy complejo ya que ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captarlo y agotarlo ni puede sostenerse la posibilidad de su descripción completa por una serie, incluso extensa, de proposiciones.⁷⁰²

Así pues, Michele Taruffo expresa que el problema de la definición de la palabra “hecho” no es ontológico sino semántico en relación con la individualización del significado de las normas, por lo que la primera dificultad al respecto es la vaguedad del lenguaje en ellas que especialmente se da en la parte referida a la individualización del “hecho”, porque las normas son a menudo vagas precisamente en la individualización de esos presupuestos aunque el grado de vaguedad no siempre es constante toda vez que depende de los grados de precisión y claridad del lenguaje utilizado y de concreción/genericidad de las determinaciones fácticas, sin embargo, en lo concerniente a la individualización de los presupuestos fácticos de la aplicación de las normas apunta que el problema también se presenta porque no existe una clara distinción entre lenguaje ordinario y lenguaje jurídico.⁷⁰³

Con ese orden de ideas Michele Taruffo indica que si se sostiene que la individualización del “hecho” es siempre jurídica entonces no puede decirse que la referencia a la realidad extrajurídica exista sólo cuando la norma emplea el lenguaje común y no el lenguaje jurídico. De ese modo afirma que la determinación de un hecho jurídicamente relevante es un problema semántico porque se trata de establecer qué significa la norma en lo que se refiere a la individualización del “hecho”, es decir, cuál es el hecho que ésta define como presupuesto de su propia aplicación.⁷⁰⁴ Y agrega cuáles son las diversas cualidades de

⁷⁰⁰ Cfr. TARUFFO, Michele. *LA PRUEBA DE LOS HECHOS*. Editorial Trotta, S.A. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. Título original: *La prova dei fatti giuridici*. Cuarta edición. España, 2011, p. 92.

⁷⁰¹ *Ídem*, p. 92, n. 11.

⁷⁰² *Ídem*, p. 93.

⁷⁰³ *Ídem*, pp. 107-109.

⁷⁰⁴ *Ídem*, p. 112.

esa operación en función del lenguaje empleado por la norma.⁷⁰⁵ De esta manera sobre el lenguaje común y el lenguaje jurídico así como sobre el concepto de hecho jurídicamente relevante Michele Taruffo puntualiza con claridad lo que a continuación expone del modo siguiente:

“Lenguajes distintos requieren semánticas distintas y, obviamente, conducen a resultados interpretativos diferentes, es decir, a la individualización de hechos distintos, en función precisamente de las connotaciones que el problema interpretativo asuma en cada caso.”

“Constatar la extrema variabilidad de los caracteres que la determinación del hecho puede asumir, en función del lenguaje utilizado por la norma, ofrece una confirmación adicional de la inaceptabilidad de la idea según la cual el concepto de <<hecho jurídicamente relevante>> es simple o, en cualquier caso, reducible a una unidad.”⁷⁰⁶

3.4.3 Postura semántica sobre el vocablo “hecho”

En principio, desde un enfoque exclusivamente estructural el vocablo “hecho” podría considerarse un morfema porque no puede subdividirse en porciones significativas más pequeñas ya que dicho vocablo es una unidad mínima que no se compone de otras y en esa congruencia es compatible con el concepto de morfema,⁷⁰⁷ sin embargo, el morfema es una forma que tiene significado y consecuentemente una verdadera expresión⁷⁰⁸ y de eso precisamente es de lo que carece el vocablo indicado, es decir, de significado.

Y si el significado es una unidad analizable en semas y por lo tanto no es una unidad indivisa,⁷⁰⁹ esto permite sostener que el vocablo “hecho” carece de semas por no contar con propiedades que lo componen, pues no tiene rasgos distintivos semánticos que puedan serle asociados de modo estable,⁷¹⁰ lo que lo convierte en un vocablo vacío o en otras palabras

⁷⁰⁵ Al respecto, Michele Taruffo expone: “En función del lenguaje empleado por la norma esta operación puede resultar más fácil o más difícil, más directa o más mediata, más intuitiva o más compleja, más <<de sentido común>> o más <<técnico-jurídica>>. Obviamente, es más fácil y directa cuando la norma usa <<conceptos fácticos>> (por utilizar la expresión de Scarpelli) más próximos a la experiencia común y los formula con expresiones extraídas directamente del lenguaje común (<<muerte>>, <<velocidad>>, <<convivencia>>, etc.), mientras que es más compleja y mediata cuando el hecho es individualizado mediante lenguaje <<jurídico>> (<<daño grave>>, <<hecho ilícito>>, <<posesión>>, etc.) o cuando no está exactamente determinado (como sucede con las cláusulas generales).” *Ibidem*.

⁷⁰⁶ *Ídem*, pp. 112-113.

⁷⁰⁷ *Vid. supra*, pp. 57-59.

⁷⁰⁸ *Vid. supra*, p. 58.

⁷⁰⁹ *Vid. supra*, pp. 54-55.

⁷¹⁰ *Vid. supra*, pp. 54-55.

carente de contenido ante la imposibilidad de describir con él un objeto de manera específica y sobre todo estable.⁷¹¹

Ahora bien, se sostiene con firmeza que el mencionado vocablo “hecho” carece de significado porque tampoco es congruente encontrar éste fuera de la semántica, es decir, bajo el enfoque de la escuela lingüística danesa de la glosemática que aspira a una formalización absoluta de la lingüística o lingüística pura y, por ende, excluye a la semántica.⁷¹²

Y es que en el plano del contenido el procedimiento deductivo de la glosemática implica la descripción de un objeto por las dependencias uniformes de otros objetos en relación con el mismo y entre sí, de modo que lo que interesa al análisis respectivo no son los objetos en sí mismos sino sus relaciones; por lo que bajo ese enfoque con el vocablo “hecho” no es posible describir algo en congruencia con la denominada dependencia uniforme y menos si esa dependencia debe estar en relación con el propio “hecho” y, además, entre sí,⁷¹³ precisamente porque dicho vocablo carece de uniformidad conceptual.

Ahora bien, un término es ambiguo en un contexto determinado cuando tiene más de un significado distinto y el contexto no aclara cuál es el significado correcto. Y un término es vago cuando existen casos dudosos a los que dicho término puede o no aplicarse.⁷¹⁴

Y bajo el enfoque estrictamente lingüístico de la glosemática el vocablo “hecho” no alcanza la clasificación de plerematema,⁷¹⁵ sino de cenema,⁷¹⁶ precisamente por el carácter vacío de toda sustancia y la imposibilidad de significación puramente formal en el contexto, entendido este último en dicha escuela lingüística como el lenguaje.⁷¹⁷

Por lo tanto, una de las contribuciones de las buenas definiciones es eliminar las disputas verbales.⁷¹⁸ Y en el caso del vocablo “hecho” es indiscutible que tales disputas lejos de eliminarse se incrementan cada vez más tanto semánticamente como en el espacio de la dogmática jurídica y el de los distintos operadores del derecho penal.

⁷¹¹ *Vid. supra*, p. 54-55.

⁷¹² *Vid. supra*, pp. 67-69.

⁷¹³ *Vid. supra*, pp. 68-69.

⁷¹⁴ *Cfr.* COPI, Irving M y COHEN, Carl. *INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA. Op. cit.*, pp. 118.

⁷¹⁵ *Vid. supra*, pp. 68-69.

⁷¹⁶ *Vid. supra*, p. 58.

⁷¹⁷ *Vid. supra*, p. 68.

⁷¹⁸ *Cfr.* COPI, Irving M y COHEN, Carl. *INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA. Op. cit.*, p. 115.

3.4.4 Postura sintáctica sobre el vocablo “hecho” en la oración: “hecho que la ley señale como delito”

Cuando se está ante expresiones ambiguas⁷¹⁹ es necesario construir una estructura sintáctica profunda porque son ellas, es decir, las estructuras profundas las que proporcionan la interpretación semántica adecuada.⁷²⁰ Lo que de igual modo es aplicable a las expresiones vagas o indeterminadas.

Ahora bien, el uso sustantivo de cualquier palabra cuya referencia está clara por el contexto o la situación no requiere la expresión de otro nombre explícito o implícito de referencia, tal es el caso, por ejemplo, de cuando se está hablando sobre libros y se expresa ...los interesantes, obviamente se está haciendo referencia a esa clase de objetos.⁷²¹ Sin embargo, cuando eso no es así entonces la palabra realiza su valor o significado potencial,⁷²² con la precisión de que la significación no puede reducirse a la suma de ocurrencias porque eso equivaldría a considerar todos los contextos y situaciones posibles dejándose en suspenso la fundamental relación entre forma y expresión.⁷²³

Con ese orden argumentativo la estructura de cualquier oración se compone fundamentalmente de dos elementos: El tema y la tesis, que gramaticalmente corresponden al sujeto y al predicado.⁷²⁴

Ahora bien, en el caso de la oración: “hecho que la ley señale como delito” el lugar que estructuralmente procede ubicar al vocablo “hecho” es el del sujeto, al que con más congruencia es preferible referirse como tema aunque ciertamente es un sustantivo provisional⁷²⁵ por el carácter que le proporciona el artículo indefinido “un”⁷²⁶ que en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos precede al referido

⁷¹⁹ Al respecto, J. Roca-Pons señala: “...como *el temor del enemigo*, que tanto puede relacionarse con el temor que se siente respecto al enemigo como con el temor que siente el enemigo. En el primer caso el enemigo es objeto mientras que en el segundo es sujeto. Existen, por lo tanto, dos estructuras profundas, de las cuales puede derivarse la expresión ambigua aludida.” *Vid. ROCA-PONS, J. EL LENGUAJE. Op. cit.*, p. 63.

⁷²⁰ *Ibidem.*

⁷²¹ *Ídem*, p. 208.

⁷²² Sobre este tema J. Roca-Pons apunta: “Tal como hemos dicho anteriormente, sería exagerado afirmar, como hacen algunos lingüistas contemporáneos, que las palabras sólo pueden significar en un contexto o situación determinados. Sin embargo, es entonces que la palabra realiza alguno de sus valores o significados potenciales de un modo preciso y definido. No hay que olvidar, también, que muchas palabras sólo expresan significados derivados acompañadas de ciertos complementos: compárese *pie* con *pie del funicular*, *pie de la montaña*.” *Ídem*, p. 288.

⁷²³ *Ídem*, p. 289.

⁷²⁴ *Vid. supra*, p. 61.

⁷²⁵ *Vid. supra*, pp. 61-62.

⁷²⁶ *Vid. supra*, p. 62, n. 254.

vocablo “hecho”;⁷²⁷ mientras que los elementos del resto de la oración atañen al predicado, al que es más coherente referir como tesis por la aclaración apuntada sobre el tema; reiterándose que esta clasificación es estrictamente estructural porque es claro que la porción: “...que la ley señale como delito” concierne a lo que se dice del “hecho”, mientras que este último es sobre lo que la oración trata.

3.4.5 Postura jurídica sobre el vocablo “hecho” en la oración: “hecho que la ley señale como delito”

Se considera que si en la oración: “hecho que la ley señale como delito” el vocablo “hecho” es el tema y el resto de los elementos de la misma son la tesis entonces el vocablo “hecho” como sustantivo provisional debe tener la capacidad de funcionar como núcleo del sujeto, lo que implica imponer su concordancia al núcleo del predicado,⁷²⁸ es decir, a la tesis, sin embargo, el vocablo “hecho” es una palabra vacía de significado desde un enfoque tanto semántico como incluso desde el extremo enfoque de la lingüística pura.⁷²⁹

Por lo tanto, el vocablo “hecho” como tema es incapaz de imponer su concordancia a la tesis, es decir, al resto de la oración: “...que la ley señale como delito”, porque el vacío de su significado lo impide, pues dicho vocablo no cuenta con propiedades que lo compongan ya que no tiene rasgos distintivos semánticos que puedan serle asociados de modo estable⁷³⁰ y eso impacta de manera estructural a la sintaxis de la oración.

Ahora bien, el contexto de la oración: “...que la ley señale como delito” tampoco proporciona semánticamente significado al vocablo “hecho” toda vez que es insuficiente para dotarlo de contenido por la ambigüedad⁷³¹ del término delito que compone dicha porción de la oración y que admite varios sentidos posibles⁷³² como son: Legal, jurisprudencial, cultural o dogmática-estructural⁷³³ y la propia oración no especifica a cuál de ellos se refiere, de manera que como no hay modo de saber cuál elegir eso conduce a que el receptor de esa oración se halle ante una perplejidad interpretativa⁷³⁴ que tampoco es superable con el principio de

⁷²⁷ *Vid. supra*, p. 101.

⁷²⁸ *Vid. supra*, p. 61.

⁷²⁹ Bajo el enfoque de los postulados de la escuela lingüística danesa de la glosemática.

⁷³⁰ *Vid. supra*, pp. 54-55.

⁷³¹ *Vid. supra*, pp. 71-72.

⁷³² *Vid. supra*, pp. 71-72.

⁷³³ *Vid. supra*, pp. 128-132.

⁷³⁴ *Vid. supra*, p. 71.

composicionalidad⁷³⁵ porque el primero de sus elementos consiste en el significado de sus componentes y el vocablo “hecho” es precisamente con lo que no cuenta.

Y el contexto entendido bajo el enfoque de la lingüística pura, es decir, el lenguaje,⁷³⁶ tampoco proporciona contenido al vocablo “hecho” porque para ello primero dicho vocablo tendría que ser divisible en unidades más pequeñas hasta derivar de él figuras y luego tener la capacidad de describir un objeto por las dependencias uniformes de otros objetos en relación con el mismo y entre sí de modo que sus relaciones sean las que provean la función de significación entre todos los elementos de la oración,⁷³⁷ lo que con el referido vocablo “hecho” no es posible realizar.

Con ese orden de ideas el vocablo “hecho” carece de sentido por incapacidad de ser integrante de un sintagma⁷³⁸ y desempeñar la función de tema (sustantivo provisional) en la oración: “hecho que la ley señale como delito”, lo que por consecuencia conduce a sostener que dicha oración carece de claridad, precisión, completitud y contundencia,⁷³⁹ de modo que su estructura no es profunda⁷⁴⁰ sino superficial y, por ende, disfuncional de frente a los principios de intervención mínima⁷⁴¹ y de subsidiariedad⁷⁴² del derecho penal.

Ahora bien, sobre la libertad como derecho fundamental máximo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 ya contenía pronunciamientos que la enaltecían de modo que respecto de la libertad de tránsito ésta sólo podía ser limitada por el Estado cuando hubiera convicción plena de que el ciudadano había cometido un delito.⁷⁴³ Y sobre la precisión y claridad de dicha Constitución Enrique Díaz-Aranda apunta que Venustiano Carranza manifestó lo siguiente:

“Como introducción del anuncio de la revolución procesal que se contenía en la Constitución de 1917, Carranza hizo una reflexión en torno a la finalidad de todo gobierno, que no es otra sino ‘el amparo y protección del individuo, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado

⁷³⁵ *Vid. supra*, pp. 66-67.

⁷³⁶ *Vid. supra*, p. 68.

⁷³⁷ *Vid. supra*, pp. 68-69.

⁷³⁸ *Vid. supra*, p. 82, n. 359.

⁷³⁹ *Vid. supra*, p. 77.

⁷⁴⁰ *Vid. supra*, p. 168.

⁷⁴¹ *Vid. supra*, pp. 41-42.

⁷⁴² *Vid. supra*, pp. 42-43.

⁷⁴³ *Cfr. DÍAZ-ARANDA, Enrique. PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos). Op. cit., p. 473.*

social...’. De dicho postulado se llegaba a la conclusión de que ‘...el primer requisito que debe llenar la Constitución Política tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre.’ »⁷⁴⁴

Luego, la orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008⁷⁴⁵ involucionó en su estructura al figurar como su elemento principal la oración: “hecho que la ley señale como delito”. Tal involucion consiste, por un lado, en volver esencialmente a una estructura similar: “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, correspondiente al citado artículo 16 que originalmente fue regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857.⁷⁴⁶

Y por otra parte esa involucion surge del impacto grave a la esencia del derecho: La seguridad jurídica a la que Eugenio Raúl Zaffaroni se refiere como objetivo y respecto del derecho penal como meta⁷⁴⁷ y garantía de disponibilidad de ciertos entes (bienes jurídicos).⁷⁴⁸

Por lo tanto, la referida oración: “hecho que la ley señale como delito” es insostenible para componer la estructura de la orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008⁷⁴⁹ y por ello se justifica la necesidad de construir una estructura profunda⁷⁵⁰ que sea semántica y jurídicamente funcional para cualquier tipo penal en congruencia con la cultura de este país y la evolución hacia un coherente Estado democrático de derechos humanos.

⁷⁴⁴ *Ibidem.*

⁷⁴⁵ *Vid. supra*, p. 101.

⁷⁴⁶ *Vid. supra*, p. 101.

⁷⁴⁷ *Vid. supra*, pp. 93-94.

⁷⁴⁸ *Cfr.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit.* p. 494.

⁷⁴⁹ *Vid. supra*, p. 101.

⁷⁵⁰ *Vid. supra*, p. 168.

Capítulo 4. La teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni como paradigma para reconstruir el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México

4.1 Teoría de la tipicidad conglobante

4.1.1 Consideraciones preliminares

Se estima pertinente afirmar que cuando se tiene necesidad de enarbolar a alguien aunque para ello se carezca de fundamentos y no lo merezca es fácil que la costumbre y la ignorancia guíen el lenguaje hasta su uso más incongruente, por lo que llamar a alguien fundador de algo requiere sin lugar a dudas que lo fundado sea útil e importante y, además, que a quien se atribuye su fundación ciertamente sea quien lo hizo pues la ocurrencia y el extravío conducen al disparate de reconocer a cualquiera como fundador de algo que generalmente carece por completo de importancia.

Una situación similar a esa también se advierte con el concepto jurista⁷⁵¹ que por adorno o ignorancia con frecuencia se utiliza de manera desproporcionada como sinónimo de abogado. Sin embargo, el argentino Eugenio Raúl Zaffaroni es un jurista sin lugar a dudas, un científico del derecho,⁷⁵² pues su obra escrita es una de las principales bases que permiten sostener lo afirmado, pero sobre todo porque dicha obra proviene de un jurista de vivencias⁷⁵³

⁷⁵¹ Sobre el concepto jurista conviene citar lo que Agustín Basave Fernández del Valle expone: “Recuerdo una caracterización de Roque Barcia que apunta lo esencial de la función abogadil y la distingue de otras realizaciones de lo jurídico: *Abogado* es ‘el hombre llamado para un asunto, *advocatus*, quiere decir patrono, defensor *letrado*, hombre de ciencia, *jurisconsulto*, hombre de consejo, esto es, de consulta; *jurista* hombre versado en la erudición del Derecho y en la crítica de los códigos, según los principios de la filosofía, de la moral y de la religión. Quiero que me vuelvan por mi causa, y acudo al *abogado*; quiero que me instruyan en un asunto que no comprendo, y acudo al *letrado*; quiero que me dirijan en la defensa de mi Derecho, y me voy al *jurisconsulto*; quiero que me hagan historia de una ley, que la desentrañen, que la analicen, que la comenten, dándome a conocer su espíritu, sus tendencias, en fin, y acudo al *jurista*. El abogado debe ser probo, diligente, entusiasta; el *jurisconsulto* prudente; el jurista, erudito. Hay muchos abogados, no hay tantos letrados; hay pocos *jurisconsultos*; es muy raro encontrar un jurista.’” *Vid.* BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, p. 806.

⁷⁵² En relación con esta denominación resulta interesante lo expresado por Francesco Carnelutti: “Hay que volver a decir, hasta la saciedad, que el científico del Derecho que conoce la ley pero no conoce, por ejemplo, el contrato, o no ha tenido ante sus ojos numerosos ejemplares de contratos de todas las cualidades posibles, es como un zoólogo que nunca haya visto los animales que debe estudiar [...] ¿Dónde está el zoólogo que para conocer un buey se contenta con saber que tiene cabeza, tronco, cuatro patas y un par de cuernos? Pues los artículos del Código no dicen mucho más respecto a cada contrato; y, desgraciadamente, los maestros del Derecho cuya experiencia en cuestión de contratos o, al menos, de muchas especies de ellos se quedan en ese punto, no son del todo raros.” *Vid.* CARNELUTTI, Francesco. *METODOLOGÍA DEL DERECHO. Op. cit.*, pp. 38-39.

⁷⁵³ En relación con los conceptos *vivencia* e *idea* es muy interesante el ejemplo que Manuel García Morente expone como sigue: “...la filosofía, más que ninguna otra disciplina, necesita ser vivida. Necesitamos tener de ella una ‘vivencia’. La palabra vivencia ha sido introducida en el vocabulario español por los escritores de la Revista de Occidente, como traducción de la palabra alemana ‘*Erlebnis*’. Vivencia significa lo que tenemos realmente en nuestro ser psíquico; lo que real y verdaderamente estamos sintiendo, teniendo, en la plenitud de la palabra ‘tener’. Voy a dar un ejemplo para que comprendan bien lo que es la ‘vivencia’. El ejemplo no es mío, es de Bergson. Una persona puede estudiar minuciosamente el plano de París; estudiarlo muy bien; notar uno por uno los diferentes nombres de las calles; estudiar sus direcciones; luego puede estudiar los planos de esos monumentos; puede repasar las series de las fotografías del Museo del Louvre, una por una. Después de haber estudiado el plano y los monumentos, puede este hombre procurarse una visión de las perspectivas de París, mediante una serie de fotografías tomadas de múltiples puntos de vista. Puede llegar de esa manera a tener una idea realmente clara, muy clara, clarísima, detalladísima de París. Esta idea podrá ir perfeccionándose cada vez más, conforme los estudios de este

y no sólo de ideas, es decir, Eugenio Raúl Zaffaroni ha sido operador del derecho en múltiples cargos públicos, entre ellos, el de ministro de la Corte Suprema de Argentina y actualmente juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, la teoría de la tipicidad conglobante es una aportación científica valiosa para obtener elementos estructurales congruentes con la realidad sobre la que está construida por quien ha estudiado y sistematizado el derecho penal de modo científico y con un enfoque culturalmente compatible con Latinoamérica. Y aun cuando se afirma que la respuesta teórica a la referida teoría de la tipicidad conglobante fue escasa,⁷⁵⁴ sin embargo, se considera que con determinados reacomodos a algunos de sus elementos estructurales es útil para reconstruir el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con ello evolucionar hacia un derecho penal mexicano coherente con un paradigma funcional propio de su realidad cultural tan necesitada de seguridad jurídica sin extravíos.

4.1.2 Construcción de la teoría de la tipicidad conglobante

4.1.2.1 Esbozo de la tipicidad conglobante

La teoría del delito como construcción dogmática proporciona el camino lógico para averiguar si en cada caso concreto hay o no delito, por lo que no basta preguntarse ¿hubo delito? sino que esta pregunta debe descomponerse en otro cierto número de preguntas y así partirse de un concepto estratificado⁷⁵⁵ de modo que las respuestas también deben darse en

hombre sean cada vez más minuciosos; pero siempre será una mera idea. En cambio, veinte minutos de paseo a pie por París, son una vivencia. Entre veinte minutos de paseo a pie por una calle de París y la más larga y minuciosa colección de fotografías, hay un abismo. La una es una mera idea, una representación, un concepto, una elaboración intelectual; mientras que la otra es ponerse uno realmente en presencia del objeto, esto es: vivirlo, vivir con él; tenerlo propia y realmente en la vida; no el concepto que lo substituya; no la fotografía que lo substituya; no el plano, no el esquema que lo substituya, sino él mismo." *Vid.* GARCÍA MORENTE, Manuel. *LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFÍA. Op. cit.*, pp. 10-11.

⁷⁵⁴ Interesante lo que al respecto David Baigún expone como sigue: "No hace mucho tiempo, en una de nuestras pláticas periódicas, Zaffaroni reflexionaba acerca de la escasa respuesta teórica que en nuestro medio había merecido su elaboración sobre la tipicidad conglobante; no era una queja, ni una diatriba; más bien se hacía eco de la necesidad que tiene todo autor de ver sometida su obra a la crítica y discusión, a la lupa y al discurso." *Vid.* BAIGÚN, David. Prólogo En: RUSCONI, Maximiliano A. *LOS LÍMITES DEL TIPO PENAL. Un análisis de la tipicidad conglobante.* Editorial AD-HOC S.R.L. Argentina, 1992, p. 12.

⁷⁵⁵ Al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni expone el concepto estratificado como sigue: "Se habla de concepto 'estratificado', para expresarse gráficamente por analogía con la geología, en que estratos son las capas minerales de espesor uniforme que constituyen los terrenos sedimentarios [...] En tanto que el pretendido concepto unitario emerge de manera formal (de lo 'que la zoología llama cebra'), el concepto estratificado surge de un análisis (¿cuáles son los caracteres que presentan los animales que la zoología llama 'cebras' y en qué orden debemos tomarlos en consideración?) [...] Respecto del delito se han formulado conceptos unitarios y conceptos estratificados." *Vid.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit.*, p. 335.

cierto orden lógico, sin embargo, el delito es una unidad y no una suma de componentes y lo estratificado no es el delito sino el concepto que de él se obtiene por vía del análisis.⁷⁵⁶

Luego, bajo el enfoque de la posición realista del conocimiento (contraria a la posición idealista en la que lo “real” son las ideas), el derecho lo que pretende es ser un orden regulador de conducta y para ello tiene que respetar el concepto óntico-ontológico⁷⁵⁷ de conducta, que es el que se tiene de ella de modo cotidiano y corriente, porque de lo contrario el derecho regulará otra cosa menos conducta. De esta manera no hay un concepto jurídico-penal de conducta porque el derecho penal se limita a agregar un desvalor jurídico a ciertas conductas pero con eso no cambia lo óntico de ellas, de modo que como el derecho lo que pretende es regular conducta “humana” entonces el delito no es otra cosa que una conducta porque de aceptarse lo contrario entonces el derecho penal pretendería regular algo distinto a ella y, consecuentemente, no sería derecho.⁷⁵⁸

Así pues, en defensa de la vigencia de un derecho penal respetuoso, aunque sea mínimamente de la dignidad “humana”, la base del delito es la conducta como ineludible carácter genérico,⁷⁵⁹ sin embargo, la conducta no se compone de una suma de elementos pero en su análisis pueden distinguirse dos aspectos: Uno interno que corresponde a la proposición de un fin y otro externo que atañe a poner en marcha la causalidad en dirección de producir el resultado mediante el nexo de finalidad,⁷⁶⁰ de manera que no puede hablarse de “ ‘elementos de la conducta’ ” pero sí de una estructura correspondiente al concepto óntico-ontológico propuesto por el autor y que para él es indiscutible.⁷⁶¹

Luego, el tipo penal es un instrumento legal (que pertenece a la ley), predominantemente descriptivo, que tiene como función individualizar conductas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas) y, además, es necesario para una racional

⁷⁵⁶ *Ídem*, pp. 334-337.

⁷⁵⁷ Sobre este concepto compuesto Eugenio Raúl Zaffaroni expone: “El ‘ser’ de la conducta es lo que llamamos ‘estructura óntica’ y el concepto que se tiene de este ‘ser’ y que se adecúa a él es el ontológico (**onto**, ente; **óntico**, lo que pertenece al ente; **ontológico**, lo que pertenece a la ciencia o estudio del ente). Para señalar que el concepto ontológico se corresponde con un ‘ser’ entendido realísticamente -y no en forma idealista, en que lo ‘ontológico’ crearía lo ‘óntico’- solemos hablar de concepto ‘óntico-ontológico’ (Welzel).” *Ídem*, p. 356.

⁷⁵⁸ *Ídem*, pp. 356-357.

⁷⁵⁹ *Ídem*, p. 357.

⁷⁶⁰ Resulta interesante lo que Eugenio Raúl Zaffaroni conceptúa como “nexo de finalidad” mediante una argumentación sobre el concepto “nexo de causalidad”. Al respecto expone: “En el campo de la causalidad sólo hay causas y efectos, en un proceso ciego que va al infinito. El nexo de causalidad -a nivel científico- no tiene una dirección. En lugar, la finalidad siempre es ‘vidente’ (Welzel), es decir, tiene un sentido y se asienta sobre la previsión de la causalidad. El nexo de finalidad ‘toma las riendas’ de la causalidad y la dirige.” *Ídem*, p. 363.

⁷⁶¹ *Ídem*, pp. 362-363.

averiguación de la delictuosidad de una conducta, mientras que la tipicidad pertenece a la conducta y es la característica que la conducta tiene de estar adecuada a un tipo penal, por lo que este último y la tipicidad no deben confundirse. De esta manera la tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo y éste es la fórmula legal que posibilita averiguar la tipicidad de la conducta, por lo que ésta es típica cuando presenta la característica especial de tipicidad.⁷⁶²

Así pues, la tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum* de la antijuridicidad acorde con la teoría de la *ratio-cognoscendi* sostenida por Max Ernst Mayer según la cual la tipicidad es respecto de la antijuridicidad como el humo en relación con el fuego, pero para la construcción de la tipicidad conglobante resulta de capital importancia el concepto de bien jurídico penalmente tutelado cuyo proceso de creación se debe al interés del legislador de tutelar un ente que previamente ha valorado de modo que tal valoración se traduce en una norma que eleva al ente a la categoría de bien jurídico y cuando a este último le quiere dar una tutela penal entonces con base en la norma elabora un tipo penal y así el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado,⁷⁶³ construyéndose así el concepto de bien jurídico penalmente tutelado mediante la confluencia de tres elementos: 1) Un ente valorado; 2) Una norma prohibitiva y 3) Un tipo penal, cuya interpretación el autor expone como sigue: “Así, el legislador va del ente a la norma y de la norma al tipo. Nosotros al interpretar la ley para determinar su alcance, debemos seguir el camino inverso: de la ley (tipo legal: ‘Se aplicará...al que matare a otro...’) a la norma (‘no matarás’) y a través de la norma conocemos el ente que en definitiva será bien jurídico (la vida humana).”⁷⁶⁴

De esta manera en la teoría del tipo el bien jurídico desempeña un papel central que da verdadero sentido teleológico a la ley penal, por lo que si bien es cierto que el delito es algo mucho más que la afectación a un bien jurídico, sin embargo, ésta es indispensable para que la tipicidad se configure porque no se concibe que haya una conducta típica sin afectación de un bien jurídico ya que los tipos penales no son otra cosa más que manifestaciones de tutela jurídica precisamente de esos bienes.⁷⁶⁵

⁷⁶² *Ídem*, pp. 391-393.

⁷⁶³ *Ídem*, pp. 401-403.

⁷⁶⁴ *Ídem*, p. 403.

⁷⁶⁵ *Ídem*, p. 409.

Ahora bien, el concepto de bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegida por el Estado mediante la tipificación penal de conductas que afectan esa relación, de manera que el ente tutelado por el orden jurídico contra ciertas conductas que le afectan no es “ ‘la cosa en sí misma’ ” sino la “ ‘relación de disponibilidad’ ” del titular con la cosa, por lo que los bienes jurídicos son derechos de disponer entendida la disponibilidad en el sentido de uso donde por cierto la moral desde ningún enfoque estricto puede considerarse un bien jurídico.⁷⁶⁶ De este modo la relación de un sujeto con un ente se llama bien jurídico y el tipo legal es la manifestación de una norma que se genera para tutelar esa relación.⁷⁶⁷

Luego, no puede prescindirse del bien jurídico por dos razones fundamentales que implican el cumplimiento de dos funciones: La primera una función garantizadora que impide tipos penales sin bienes jurídicos afectados. Y la segunda una función teleológico-sistemática que da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita; funciones que son necesarias para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, ya que en el campo del derecho penal toda manifestación irracionalista ha intentado arrasar con el referido concepto de bien jurídico.⁷⁶⁸ Sin embargo, el autor también expone el concepto de bien jurídico penalmente tutelado del modo siguiente:

“...hay ciertos entes, por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena ‘penal’, los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados.”⁷⁶⁹

Con esas bases inicia la construcción de la teoría de la tipicidad conglobante, la que junto con la tipicidad legal conforman la denominada tipicidad penal, considerándose en dicha teoría que la tipicidad penal y la tipicidad legal no es lo mismo porque la primera presupone la

⁷⁶⁶ *Ídem*, pp. 410-413.

⁷⁶⁷ *Ídem*, p. 493.

⁷⁶⁸ *Ídem*, pp. 413-414.

⁷⁶⁹ *Ídem*, p. 409.

segunda, sin embargo, no la agota porque la tipicidad penal requiere, además, la antinormatividad.⁷⁷⁰

La antinormatividad implica un proceso de gestación del tipo, que inicia con el interés que el legislador tiene sobre un ente que valora y eleva a bien jurídico mediante la enunciación de una norma para tutelarlos, la cual se manifiesta en un tipo legal que es el que le agrega la tutela penal. Aquí el concepto de norma se comprende como prohibición⁷⁷¹ de modo que cuando la conducta se adecua a un tipo penal ésta será necesariamente contraria a la norma que está antepuesta al tipo legal y afectará el bien jurídico tutelado, por lo que la conducta penalmente típica necesariamente debe ser antinormativa aunque no porque una conducta se adecue formalmente a una descripción típica ya es penalmente típica toda vez que una conducta típica no implica que necesariamente es antinormativa (prohibida por la norma), pues el juzgador jamás puede considerar incluidas en el tipo penal conductas que realmente no puedan estimarse contrarias a la norma ni afectantes del bien tutelado aun cuando formalmente se adecuen a la descripción típica.⁷⁷²

Así pues, para llegar a la antinormatividad se requieren dos investigaciones: La del alcance de la norma que está antepuesta al tipo legal y le ha dado origen. Y sobre la afectación del bien jurídico. Investigaciones que son posteriores al juicio de tipicidad legal, la que una vez comprobada obliga a indagar la antinormatividad y hasta que esta última queda comprobada entonces puede concluirse la tipicidad penal de la conducta; de modo que la antinormatividad no se comprueba con sólo la adecuación de la conducta al tipo legal sino que requiere de las investigaciones indicadas.⁷⁷³

Luego, la fórmula para llegar a la tipicidad penal es la suma de la tipicidad legal más la tipicidad conglobante y el centro de esa fórmula consiste en afirmar que la tipicidad implica antinormatividad (contrariedad a la norma), pues no se acepta que en un orden normativo una norma mande lo que otra norma prohíbe ya que las normas jurídicas no se encuentran aisladas sino en una trabazón en la que unas limitan a otras y no pueden desconocerse entre sí porque

⁷⁷⁰ *Ídem*, p. 405.

⁷⁷¹ Al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni señala: “La conducta adecuada al tipo penal del art. 79 CP, será contraria a la norma ‘no matarás’ y afectará el bien jurídico vida humana; la conducta adecuada al tipo del art. 162 será contraria a la norma ‘no hurtarás’ y afectará el bien jurídico patrimonio, etcétera.” *Ídem*, p. 404.

⁷⁷² *Ídem*, pp. 403-404.

⁷⁷³ *Ídem*, p. 404.

de lo contrario dejaría de ser orden y, además, normativo, para quedar en un desorden arbitrario.⁷⁷⁴

Así, el orden jurídico no se agota en el orden normativo porque aquél no es sólo un conjunto ordenado de normas prohibitivas sino que también está integrado con preceptos permisivos que no implican una contradicción con las normas sino que por el contrario las presuponen dándose un juego armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos los cuales tienen sentido sólo cuando previamente media una norma prohibitiva ya que no tiene caso permitir lo que no ha sido prohibido. Así, el precepto permisivo, también denominado tipo permisivo, genera una causa de justificación porque es un permiso otorgado por el orden jurídico en ciertas situaciones conflictivas.⁷⁷⁵

Por lo que el orden mínimo que entre las normas debe guardarse impide que una norma prohíba lo que otra ordena o fomenta,⁷⁷⁶ respecto de lo que el autor inmediatamente después afirma: “La más elemental lógica nos dice que el tipo no puede prohibir lo que el derecho ordena ni lo que el derecho fomenta.”⁷⁷⁷ De manera que con esas bases el juicio de tipicidad no sólo es de tipicidad legal sino que exige otro paso que estriba en comprobar la tipicidad conglobante,⁷⁷⁸ lo que Zaffaroni expone de dos maneras:

“...la tipicidad conglobante, consiste en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma, no considerada aisladamente, sino conglobada en el orden normativo.”⁷⁷⁹

“Tipicidad conglobante (antinormatividad) Es la comprobación de que la conducta típica legalmente está también prohibida por la norma, que se obtiene desentrañando el alcance de la norma prohibitiva conglobada con las restantes normas de orden normativo.”⁷⁸⁰

Con base en lo apuntado la tipicidad conglobante puede excluir de lo típico conductas que sólo aparentemente están prohibidas, porque su función es reducir la tipicidad a la verdadera dimensión de lo que la norma prohíbe para dejar fuera de la tipicidad penal las conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal pero que el orden normativo

⁷⁷⁴ *Ídem*, pp. 405-406.

⁷⁷⁵ *Ídem*, p. 407.

⁷⁷⁶ *Ídem*, p. 406.

⁷⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ *Ídem*, p. 407.

precisamente porque las ordena o las fomenta es que no quiere prohibirlas. De esta forma la tipicidad conglobante es un correctivo de la tipicidad legal⁷⁸¹ porque puede darse el caso de que el tipo legal aparente abarcar supuestos que son alcanzados por la norma prohibitiva si ésta se considera de modo aislado mas no cuando lo que ella prohíbe se aprecia como parte de un universo ordenado de normas, es decir, conglobadamente.⁷⁸²

De este modo la tipicidad penal no se reduce a la tipicidad legal que sólo implica la adecuación a la formulación legal sino que la tipicidad penal debe evidenciar una verdadera prohibición con relevancia penal dándose esa prohibición de la consideración conglobada de la norma, por lo que la tipicidad penal implica la tipicidad legal pero corregida por la tipicidad conglobante, que puede reducir el ámbito de aparente prohibición de la sola tipicidad legal.⁷⁸³

Ahora bien, sobre la tipicidad penal y la antijuridicidad el autor expresa:

“...la antijuridicidad surge de la antinormatividad (tipicidad penal) y de la falta de adecuación a un tipo permisivo, es decir, de la circunstancia de que la conducta antinormativa no esté amparada por una causa de justificación.”

“La tipicidad penal implica la contrariedad con el orden normativo, pero no implica la antijuridicidad (la contrariedad con el orden jurídico), porque puede haber una causa de justificación (un precepto permisivo) que ampare la conducta.”

“La antijuridicidad presupone la antinormatividad, pero no es suficiente la antinormatividad para configurar la antijuridicidad, pues la antinormatividad puede ser neutralizada por un precepto permisivo. Dicho en otras palabras, puesto que la tipicidad penal implica la antinormatividad, la antijuridicidad con relevancia penal presupone la tipicidad. En este sentido la tipicidad opera como un indicio de la antijuridicidad, como un desvalor provisorio, que debe ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación.”⁷⁸⁴

Así, una falta de tipicidad conglobante bien puede resolverse como caso de justificación o caso amparado por preceptos permisivos porque la más importante diferencia entre la atipicidad conglobante y la justificación es que la primera surge en razón de mandatos

⁷⁸¹ *Ídem*, p. 406.

⁷⁸² *Ídem*, p. 493.

⁷⁸³ *Ídem*, pp. 493-494.

⁷⁸⁴ *Ídem*, pp. 407-408.

o fomentos normativos o de indiferencia (por insignificancia) de la ley penal y no como la segunda, es decir, de permisos concedidos resignadamente⁷⁸⁵ por el orden jurídico.⁷⁸⁶ Así que los principales supuestos en los que media una atipicidad conglobante pese a la tipicidad legal son: Cuando una norma ordena lo que otra parece prohibir, que consiste en el cumplimiento de un deber jurídico; que no es una causa de justificación, porque ésta se genera a partir de un precepto permisivo y sólo está permitida con un gesto de impotencia ante una situación conflictiva mas no hay un favorecimiento de la conducta justificada. En cambio, en el cumplimiento de un deber jurídico hay sólo una norma preceptiva, es decir, una orden, de modo que quien no quiere actuar de manera justificada puede no hacerlo porque el derecho no se lo ordena sino simplemente se lo permite, sin embargo, quien incumple con un deber jurídico es sancionado porque el derecho le ordena cumplir.⁷⁸⁷

Otro de los principales supuestos de tipicidad conglobante atañe a la colisión de deberes, calificándose de corriente la afirmación sobre la existencia de supuestos en que colisionan deberes de igual jerarquía hasta el extremo de que el sujeto debe decidir por uno u otro sin que ello le evite actuar antijurídicamente, quedándole sólo la consideración de inculpable, pues siempre habrá un deber preponderante y por eso jamás pueden darse tales fenómenos, de manera que todas las colisiones de deberes son aparentes porque en el orden jurídico nunca las hay de igual jerarquía y por conflictiva que la situación sea siempre una de las conductas posibles debe ser conforme a derecho, por lo que el cumplimiento de un deber jurídico como causa de atipicidad penal lo que evita son absurdos⁷⁸⁸ por la corrección que ejerce la consideración conglobada de la norma sobre la tipicidad legal.⁷⁸⁹

Ahora bien, como casos particulares de atipicidad conglobante distintos del cumplimiento de deber se encuentra la diferencia entre el acuerdo y el consentimiento indicándose que la diferenciación de esos conceptos debe hacerse cuidadosamente ya que el

⁷⁸⁵ Al respecto, Zaffaroni expone: “El orden jurídico se resigna a que un sujeto se apodere de una valiosa joya de su vecino y la venda para costear el tratamiento de un hijo gravemente enfermo, que no tiene modo de pagar lícitamente, pero le ordena al oficial de justicia que lo secuestre y le pena si no lo hace, fomenta la actividad plástica, en tanto que pasa indiferente ante el apoderamiento de una hoja de papel con un garabato insignificante.” *Ídem*, p. 409.

⁷⁸⁶ *Ídem*, pp. 408-409.

⁷⁸⁷ *Ídem*, pp. 494-495.

⁷⁸⁸ Sobre el tema Eugenio Raúl Zaffaroni expresa: “...nos evita el absurdo de afirmar que el policía que detiene al sospechoso comete una privación ilegal de libertad justificada, o que el oficial de justicia que secuestra alguna cosa mueble comete un hurto justificado, o que el médico que cumple con el deber de denunciar una enfermedad infecciosa comete una violación de secreto profesional justificada, etc. Estas conductas son directamente atípicas. Como consecuencia de ser atípicas a causa de su conformidad con el orden normativo, contra estas conductas no puede admitirse la legítima defensa ni ninguna otra causa de justificación, porque no es admisible que el orden jurídico acepte el rechazo de conductas que ordena.” *Ídem*, pp. 497-498.

⁷⁸⁹ *Ídem*, pp. 495-497.

acuerdo configura una causa de atipicidad porque es precisamente el ejercicio de la disponibilidad que el bien jurídico implica, pues sólo puede ser dado por el titular de dicho bien jurídico, por lo que aun cuando la apariencia de la tipicidad sea demasiada el tipo jamás puede prohibir una conducta para la que el titular del bien jurídico esté conforme. Y si se trata de bien jurídico de sujeto múltiple entonces el acuerdo sólo pueden darlo todos los titulares ya que frecuentemente no es revocable por el titular, sólo cuando la ley lo regula.⁷⁹⁰

Por lo que ha sido mal entendido que algunas formas de acuerdo no son admisibles y eso ha llevado a conceptos como: “ ‘bienes jurídicos disponibles’ ” y “ ‘bienes jurídicos indisponibles’ ” considerándose eso una contradicción porque no se trata de indisponibilidad sino de disponibilidad rodeada de garantías que impiden dar relevancia a algunas formas de acuerdo, en concreto, cuando desde un enfoque racional no son comprensibles como el caso de la vida en el que ciertamente no es admisible un acuerdo para que una persona se la quite a otra, pero de ahí a que se afirme que la vida es un bien jurídico “ ‘indisponible’ ” hay una gran distancia porque hay actividades riesgosas en las que el acuerdo se admite para su realización, como las competencias automovilísticas.⁷⁹¹

Luego, el consentimiento se da mediante un precepto permisivo que origina la causa de justificación, de modo que se trata del límite de un permiso y por su esencia es eminentemente revocable por el titular en cualquier momento. Y aun cuando el consentimiento debe ser expreso, sin embargo, hay casos en los que no es necesario porque basta que sea presunto⁷⁹² cuando alguien actúa en beneficio ajeno hasta que el titular del interés no exprese su voluntad en contra.⁷⁹³

Uno de los supuestos en que la tipicidad conglobante resulta de gran utilidad para clarificar su problemática consiste en las intervenciones quirúrgicas porque el tipo legal respectivo se encuentra completo, es decir, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo toda vez que el fin de lesionar, en el cirujano, no puede negarse, sin embargo, no actúa bajo una

⁷⁹⁰ *Ídem*, p. 498.

⁷⁹¹ *Ídem*, pp. 498-499.

⁷⁹² Al respecto, Zaffaroni expone: “...quien viola el domicilio de su vecino para detener una pérdida de agua que amenaza con inundar el sótano y provocar la ruina del edificio, actúa amparado por la causa de justificación de estado de necesidad (art. 34, inc. 3o., CP), pero sólo puede hacerlo en la medida del consentimiento del dueño de casa. Eventualmente, en casos como el expuesto, no se requiere el consentimiento expreso, sino que basta un consentimiento presunto, es decir, un consentimiento que debe presumirse cuando alguien actúa en beneficio ajeno, hasta que el titular del interés no exprese su voluntad en contrario.” *Ídem*, p. 499.

⁷⁹³ *Ibidem*.

causa de justificación toda vez que las intervenciones quirúrgicas con finalidad terapéutica⁷⁹⁴ son altamente fomentadas por el orden jurídico sin lugar a dudas.⁷⁹⁵

De ese modo las lesiones por intervención quirúrgica con fin terapéutico son atípicas por estar fomentadas por el derecho, en cambio, sin fin terapéutico son típicas pero justificadas en la medida del consentimiento y la adecuación a las normas reglamentarias respectivas, así que el problema debe resolverse a nivel de la tipicidad conglobante, en el entendido de que la atipicidad surge de la consideración conglobada de la norma antepuesta al tipo de lesiones y para ello basta con que el fin perseguido sea terapéutico sin importar que se logre, pues si procediéndose conforme con las reglas médicas no se logra entonces la violación podría darse en la tipicidad culposa de lesiones.⁷⁹⁶

Otro supuesto es el de las lesiones deportivas porque la actividad deportiva es favorecida por el orden jurídico y conforme a las bases⁷⁹⁷ de la tipicidad conglobante, tal actividad resulta atípica penalmente cuando se practica dentro de los límites reglamentarios aun cuando de ella resulte un daño. Y es que el acuerdo entre los participantes, el referido favorecimiento de dicha actividad y la lesión a otro sin violación de los reglamentos del deporte de que se trate es lo que elimina la tipicidad penal.⁷⁹⁸

Ahora bien, con excepción del boxeo,⁷⁹⁹ la tipicidad legal de las lesiones es en todos los deportes tipicidad culposa, sin embargo, en el boxeo la atipicidad se reduce a la práctica reglamentaria porque si se propina un golpe fuera del reglamento entonces la lesión será típica

⁷⁹⁴ Sobre la finalidad terapéutica de las intervenciones quirúrgicas Eugenio Raúl Zaffaroni señala: “Por intervenciones con fin terapéutico se deben entender las que persiguen la conservación o el restablecimiento de la salud, o bien la evitación de un daño mayor o, en algunos casos, la simple paliación o desaparición del dolor. En este sentido, las intervenciones mutilantes también tienen un fin terapéutico cuando persiguen alguno de esos objetivos. El médico está en ellas obligado a pedir la autorización del paciente, pero la falta de la misma sólo le acarrea responsabilidad administrativa, pudiéndosela acarrear penal si configura algún tipo de delito contra la libertad personal, pero jamás tipicidad penal de lesiones, porque el fin terapéutico excluye estas intervenciones del ámbito de prohibición del tipo de lesiones. La autorización del paciente, que excluye la responsabilidad administrativa del médico y la eventual responsabilidad penal por un posible delito contra la libertad personal, presupone que el médico haya explicado al paciente los alcances de la intervención. Esta exigencia es doctrinariamente bastante discutida cuando la explicación puede perjudicar el avance del tratamiento. También a su respecto resulta problemática en algunos casos la presunción de autorización. Pero no todas las intervenciones quirúrgicas tienen fin terapéutico, como sucede en ciertas intervenciones de cirugía plástica o en la extracción de órganos (riñón por ejemplo) o de tejidos (sangre) para ser injertados en otro (el fin terapéutico es respecto del otro, pero no respecto del cedente). En estos casos de intervención sin fin terapéutico las lesiones no son atípicas, sino que están justificadas dentro de ciertos límites, implicados en el legítimo ejercicio de una profesión lícita, es decir, siempre que el médico ejerza su profesión conforme a las disposiciones que la reglamentan [...] En este género de intervenciones, el ejercicio del derecho que surge de la causa de justificación está estrictamente limitado por el consentimiento del paciente.” *Ídem*, pp. 501-502.

⁷⁹⁵ *Ídem*, pp. 500-501.

⁷⁹⁶ *Ídem*, pp. 500-502.

⁷⁹⁷ *Vid. infra*, pp. 217-219.

⁷⁹⁸ *Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit.*, pp. 502-503.

⁷⁹⁹ Sobre el *boxeo* Zaffaroni precisa: “...los reglamentos dejan atípicas las lesiones dolosas que son propias de la práctica usual del mismo. Puesto que cada uno de los boxeadores debe intentar atontar a su contrincante en forma de dejarlo fuera de combate al menos por diez segundos, no puede negarse allí el dolo de lesiones leves.” *Ídem*, p. 503.

y dolosa, la que de trascender hasta el extremo de la muerte del contrincante daría lugar al homicidio no culposo sino preterintencional.⁸⁰⁰

Luego, con esas bases, la afectación del bien jurídico, como requisito indispensable de la tipicidad conglobante, no pertenece a la tipicidad legal sino que la limita porque la razón de ser de la norma corresponde a la tutela de un bien jurídico, de modo que la norma en su ámbito de prohibición no puede alcanzar las conductas que no lo afecten, de manera que una conducta penalmente típica requiere que el bien jurídico se encuentre afectado, lo que al final significa pues que la afectación del bien jurídico es un requisito de la tipicidad penal.⁸⁰¹

De ese modo la afectación del bien jurídico proporciona un claro instrumento de interpretación del tipo legal, el cual puede estar cumplimentado y aun así el bien jurídico no encontrarse afectado, lo que sólo puede establecerse en la tipicidad conglobante, aclarándose que la referida afectación puede ser de daño o lesión cuando la relación de disponibilidad entre el sujeto y el ente es real por impedirse efectivamente la disposición de forma permanente o transitoria y puede ser de peligro cuando la tipicidad requiere que en él se haya puesto tal relación.⁸⁰²

Por otro lado, sobre el principio de insignificancia de la afectación se afirma que excluye la tipicidad porque no toda afectación mínima⁸⁰³ al bien jurídico es capaz de configurar la que se requiere por la tipicidad penal. De modo que la insignificancia de la afectación sólo puede establecerse mediante la consideración conglobada de la norma y únicamente puede surgir de la finalidad general que da sentido al orden normativo y, por consiguiente, a la norma en particular, lo cual indica los supuestos que están excluidos del ámbito de prohibición de esta última y que no puede establecerse desde su simple consideración aislada. De esta manera las afectaciones a bienes jurídicos exigidas por la tipicidad penal siempre requieren de alguna gravedad.⁸⁰⁴

Ahora bien, como orden normativo y orden jurídico Zaffaroni considera lo siguiente:

⁸⁰⁰ *Ídem*, p. 503.

⁸⁰¹ *Ídem*, p. 504.

⁸⁰² *Ídem*, pp. 504-505.

⁸⁰³ Al respecto, Eugenio Raúl Zaffaroni expone: "...la conducta de quien estaciona su vehículo tan junto a nuestro automóvil que nos impide la salida no configura una privación de libertad, ni los presentes de uso, como las propinas a los servidores públicos con motivo de Navidad configura una lesión a la imagen pública de la administración constitutiva de la tipicidad del art. 259, ni arrancar un cabello, por mucho que pueda ser considerado un 'daño en el cuerpo' (art. 89 CP), conforma una afectación del bien jurídico típico de lesiones, ni el apoderamiento de una cerilla de la caja que hallamos en el escritorio vecino configura un hurto, aunque se trata de una cosa mueble totalmente ajena." *Ídem*, p. 506.

⁸⁰⁴ *Ídem*, pp. 505-506.

“Orden normativo y orden jurídico. Las normas jurídicas configuran un orden -orden normativo, de normas-, pero el orden jurídico no se agota en las normas prohibitivas sino que se integra también con preceptos permisivos, que puestos también en un cierto orden con las normas culminan el orden jurídico: el orden jurídico se compone del orden normativo completado con los preceptos permisivos.”⁸⁰⁵

Así, la tipicidad conglobante es un planteo correctivo normativo y no proveniente de la ética social material, como la teoría de la adecuación social de la conducta, que en esencia tiene como premisa que el derecho penal sólo tipifica conductas que tienen cierta “ ‘relevancia social’ ”.⁸⁰⁶

4.1.2.2 Composición estructural de elementos de la teoría de la tipicidad conglobante

La norma y el bien jurídico se encuentran “ ‘antepuestos’ ” al tipo penal y por ello no pertenecen a él, de modo que la afectación al bien jurídico y la antinormatividad que se presupone son características necesarias para la tipicidad de una conducta pero no pertenecen al tipo legal, de manera que no son típicas las conductas que aun cuando se adecuan a la individualización del tipo legal no pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico conforme al “ ‘principio de la insignificancia’ ”.⁸⁰⁷

Ahora bien, para que haya tipicidad debe comprobarse en algún momento la afectación del bien jurídico (por lesión o por peligro) al considerarse eso un requisito indispensable pero tal comprobación no puede hacerse en la tipicidad legal porque a ella no pertenecen ni el bien jurídico mismo ni su afectación, de manera que resulta algo que elimina la tipicidad legal de la conducta sin pertenecer al tipo legal. Por lo que como la afectación del bien jurídico no es parte del tipo objetivo entonces no debe ser abarcada por el dolo y por lo tanto dicha afectación y la consiguiente antinormatividad quedarían en una zona neutra, indefinida y descolgada del análisis del delito, sin embargo, eso es correspondiente con las ideas del

⁸⁰⁵ *Ídem*, p. 511.

⁸⁰⁶ *Ídem*, pp. 506-507.

⁸⁰⁷ *Cfr.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General.* Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina, 2004, tomo III, pp. 229-231.

concepto de bien jurídico y de afectación al mismo que rechazan las corrientes irracionalistas y autoritarias del derecho penal.⁸⁰⁸ De esta forma Zaffaroni señala:

“La afectación del bien jurídico es un ‘balcón limeño’ de la tipicidad, que, por inexplicable añadidura, estaría sin sustento alguno en ella, pero que la limitaría sin que podamos decir a ciencia cierta en qué momento corresponde establecer ese límite dentro del camino lógico que la construcción dogmática nos da para los casos concretos.”⁸⁰⁹

Luego, el orden jurídico se establece con el funcionamiento armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos todos expresados en leyes, las cuales no deben operar de manera contradictoria porque la contradicción es la arbitrariedad, pero también el orden jurídico presupone un orden normativo, es decir, un cierto orden entre las mismas normas prohibitivas.⁸¹⁰ Por lo que en la antijuridicidad se comprueba la confrontación de la conducta con el orden jurídico, en cambio, en la tipicidad lo que se comprueba es la antinormatividad que no opera en forma de contradicción con la norma aislada sino con el orden normativo en forma conglobada,⁸¹¹ entendidos los conceptos conglobar y conglobación como sigue: “‘Conglobar’ significa unir o juntar cosas o partes y ‘conglobación’ es la unión y mezcla de cosas no materiales.”⁸¹²

Así pues, la tipicidad conglobante es una segunda forma de tipicidad penal, estimada como un paso analítico necesario de cumplir una vez agotado el análisis de la tipicidad legal de la conducta; paso analítico que consiste en la comprobación de que dicha conducta legalmente típica también es antinormativa “a la luz” de la consideración de la norma conglobada con las otras normas integrantes del orden normativo. Tipicidad conglobante establecida “a la luz” del tipo legal conglobado en la legislación a la que pertenece y también

⁸⁰⁸ *Ídem*, pp. 232-233.

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ *Ídem*, pp. 233-234.

⁸¹¹ Al respecto, Zaffaroni expresa: “El *tipo legal* no se encuentra aislado, sino dentro de toda una *legislación*, y así como el tipo legal expresa una norma prohibitiva, también en el resto de la legislación se expresan normas prohibitivas. Consiguientemente, la norma que se halla antepuesta al tipo legal, no es una norma aislada, una norma ‘suelta’, sino que se comporta como una neurona, que integra un tejido normativo harto complejo, es decir, que está inmersa en un universo normativo jurídico, cuyos componentes están dados en un cierto orden, o sea que con las otras normas configura un *orden normativo*. Esto nos lleva a concluir que si bien a nivel de la antijuridicidad comprobamos el choque de la conducta con el orden jurídico (resultado de la infracción al orden normativo sin que opere en su favor ningún precepto permisivo), a nivel de la tipicidad comprobamos solamente la antinormatividad (que es sólo indicio de la antijuridicidad), y que no se dará en forma de contradicción con la norma aislada, sino como la *contradicción con el orden normativo*, es decir, como la contradicción de la conducta con la norma, pero considerada en forma *conglobada*, como parte que es de todo un universo normativo.” *Ídem*, pp. 234-235.

⁸¹² *Ídem*, p. 235.

conglobada la norma que se le antepone dentro del resto del orden normativo.⁸¹³ De modo que comprobada la tipicidad legal lo que sigue es averiguar “a la luz” de la consideración de la norma conglobada con todo el orden normativo al que pertenece si el bien jurídico tutelado está afectado. Y si dicha norma está o no limitada por otras normas prohibitivas, que por ordenar o favorecer la conducta eliminan la afectación al bien jurídico tutelado y así mismo la tipicidad penal de ella.⁸¹⁴

De igual manera otros supuestos de atipicidad penal consisten cuando ha de averiguarse si la norma prohibitiva no se encuentra limitada por otra norma limitadora del poder represivo del Estado⁸¹⁵ hasta el extremo de no poder interpretarse la conducta como prohibida y en consecuencia tampoco como afectado el bien jurídico y cuando la prohibición es cuestionable en ciertos límites insignificantes de afectación que por su nimiedad lesiva no tiene sentido para el objetivo general del orden jurídico que es conservar la paz.⁸¹⁶

Ahora bien, el resto de las normas con las que se congloba la norma prohibitiva son normas jurídicas y todas ellas integran la misma legislación, por lo tanto no son normas de cultura ni libremente buscadas. De ahí que el tipo conglobante surge de la ley y, por ende, aunque la tipicidad conglobante excede el análisis del tipo legal, sin embargo, la antinormatividad a la que ésta obliga no implica la renuncia a la legalidad del tipo penal ni compromete el principio de legalidad de dicho tipo penal, pues el tipo legal una vez conglobado con las demás leyes de la legislación de que forma parte lo que revela es el verdadero alcance de la norma que expresa.⁸¹⁷

Así, un tipo conglobante pertenece al tipo penal pero es distinto del tipo legal, es decir, el tipo penal se compone del tipo legal y del tipo conglobante. El tipo legal entendido como la adecuación de la conducta a la individualización predominantemente descriptiva en el precepto legal aislado y el tipo conglobante como el requerimiento de la lesión o puesta en

⁸¹³ *Ibídem.*

⁸¹⁴ *Ibídem.*

⁸¹⁵ Al respecto, Zaffaroni expone: “Piénsese por ejemplo en las lesiones consistentes en pequeñas escoriaciones o ligeros magullones producidos en el curso de una relación sexual entre adultos, con acuerdo de ambos y sin que medie ninguna otra circunstancia. No puede decirse que tales conductas sean favorecidas por las normas, y menos aún que sean impuestas por ellas, pero tampoco es posible pensar siquiera que las mismas se hallan prohibidas con relevancia penal. Lo que sucede en este caso es que la norma que permanece antepuesta al tipo legal no puede estar prohibiendo conductas que por disposición constitucional (art. 19 CN) se hallan dentro del ámbito de privacidad del sujeto y fuera de la ingerencia (sic) represiva del Estado. Concluimos, pues, en que *tampoco pueden ser típicas, pese a adecuarse a la descripción del tipo legal, aquellas conductas que quedan fuera del poder represivo del Estado por disposición constitucional.*” *Ídem*, p. 230.

⁸¹⁶ *Ídem*, p. 235.

⁸¹⁷ *Ídem*, p. 236.

peligro del bien jurídico tutelado a través de la comprobación de la antinormatividad, que implica la contradicción de la conducta con la norma pero conglobada con el resto del orden normativo que integra; por lo que el tipo conglobante sirve para establecer la tipicidad conglobante de una conducta legalmente típica y dicha tipicidad constituye el paso analítico que esclarece si la conducta es contraria al orden normativo, es decir, antinormativa y en consecuencia si el bien jurídico tutelado está afectado por lesión o por peligro. Por lo tanto la tipicidad conglobante es el segundo paso de la tipicidad penal y opera como correctivo⁸¹⁸ de la tipicidad legal.⁸¹⁹ Y ese segundo paso: "...viene ineludiblemente impuesto por la imperiosa necesidad de interpretar todo fenómeno dentro de un contexto.",⁸²⁰ teniéndose en consideración que el derecho penal como parte del derecho en general procura la seguridad jurídica entendida como la posibilitación de un ámbito de disponibilidad de ciertos entes elegibles para la autorealización humana en coexistencia.⁸²¹

Luego, la atipicidad conglobante se distingue de la justificación de un modo nítido porque los casos de la primera son supuestos de mandato o fomento de la conducta o de exceso vedado de la prohibición, lo que en los casos de la justificación no acontece ya que ésta surge del orden jurídico, es decir, la combinación de normas prohibitivas y preceptos permisivos y su funcionamiento armónico; en cambio la atipicidad conglobante sólo tiene lugar dentro del mismo orden normativo, es decir, sólo entre las mismas normas prohibitivas, por lo que los preceptos permisivos para nada operan.⁸²²

De ese modo la aspiración ética⁸²³ del derecho no podría cumplirse si éste regula conductas de forma contradictoria, de manera que aquellas realizadas en cumplimiento de deberes quedarían fuera de la prohibición, como también es el caso de la cantidad de actividades cuya realización es fomentada por el orden jurídico y por ello en modo alguno puede prohibir. Por lo que en congruencia con el fin de la seguridad jurídica y bajo la premisa

⁸¹⁸ Respecto de cómo la tipicidad conglobante opera como correctivo Zaffaroni expone que es del modo siguiente: "...reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe, precisamente porque las ordena o las fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad. De este modo, la afectación del bien jurídico encuentra su ubicación dentro del tipo penal, sin necesidad de acudir a artificios argumentales, ni de confundir estratos analíticos, ni de dejar fuera de la teoría jurídica del delito un concepto que es fundamental para la misma." *Ibidem*.

⁸¹⁹ *Ibidem*.

⁸²⁰ *Ídem*, p. 486.

⁸²¹ *Ibidem*.

⁸²² *Ídem*, p. 237.

⁸²³ Al respecto, Zaffaroni expone la aspiración ética del derecho penal como sigue: "...el derecho penal también tiene -como todo el derecho- una *aspiración ética*, es decir que todo el orden jurídico aspira, en cierta medida, a que los sujetos a él sometidos asuman e internalicen los valores y consiguientes pautas de conducta que propugna." *Ídem*, p. 486.

de que el derecho penal interviene con la pena sólo cuando dicha seguridad jurídica se ve afectada de manera intolerable, las conductas que no la afecten de ese modo igualmente quedan fuera de la prohibición con relevancia penal que la tipicidad penal implica. Y las conductas realizadas en congruencia con la seguridad jurídica provista por el derecho penal reservadas al ámbito de la disponibilidad personal tampoco pueden ser prohibidas con relevancia penal y por consecuencia quedan fuera del poder represivo del Estado.⁸²⁴

De esa forma el autor se anticipa a las posibles objeciones de su teoría, de dividir en dos pasos el análisis de la tipicidad penal, a lo que expresa que si bien esa división podría complicar y mejor resolverse en sólo una instancia con la tipicidad legal, sin embargo, señala que con la tipicidad legal se abarca únicamente una apariencia de prohibición ya que el verdadero y único alcance de la prohibición estaría dado definitivamente por la consideración conglobada de la norma, no aislada, pues dicha norma podría estimarse absurda o simplemente especulativa o experimental. Así pues, la consideración conglobada de la norma en el orden normativo implica penetrar en el terreno de una investigación, más fina, su alcance prohibitivo, ya que la tipicidad legal da como resultado únicamente una presunción de prohibición.⁸²⁵

Por lo que es posible estimar conductas jurídicamente adecuadas por ser conglobantemente atípicas⁸²⁶ al estar fomentadas por otras normas,⁸²⁷ como el caso de las lesiones quirúrgicas cuando con ellas se persigue una finalidad curativa,⁸²⁸ lo que no sucede con las de finalidad estética respecto de las cuales la conducta del médico está justificada en la medida del consentimiento del paciente, porque el ordenamiento jurídico no favorece expresamente las conductas con finalidad exclusivamente estética ni puede impedir que alguien afecte su integridad física con esta última finalidad sino que sólo lo permite,⁸²⁹ con excepción, por supuesto, de las que impliquen la corrección de malformaciones congénitas de

⁸²⁴ *Ídem*, pp. 486-487.

⁸²⁵ *Ídem*, pp. 487-488.

⁸²⁶ Al respecto, Zaffaroni expone el ejemplo siguiente: "...queda claro que la conducta del peluquero que ejerce su oficio es jurídicamente adecuada por conglobantemente atípica, puesto que la consideración de la norma que prohíbe lesionar, conglobada en el orden normativo, donde hay otras normas que reglamentan las instalaciones de los locales de peluquería, establecen normas de higiene, pagos de impuestos, reconocen las respectivas asociaciones profesionales, fomentan el corte o cuidado del cabello como norma de higiene y lo imponen en los cuerpos militarizados, etc., dejan en claro que el ejercicio de la referida actividad queda fuera del alcance prohibitivo de la norma que permanece antepuesta al art. 89 del CP." *Ídem*, p. 501.

⁸²⁷ *Ibidem*.

⁸²⁸ *Ídem*, p. 496.

⁸²⁹ *Ídem*, p. 520.

las que derive un peligro o daño a la salud⁸³⁰ o de las intervenciones quirúrgicas que no tienen finalidad terapéutica pero que están fuera del límite represivo del Estado por reconocer el propio Estado el ejercicio de la libertad de cultos en la forma regulada por las leyes, tal es el caso de la circuncisión dentro del rito hebreo.⁸³¹ Por lo que la finalidad “ultra-típica”⁸³² de curar, fomentada por el orden jurídico, es un requisito de la tipicidad conglobante.⁸³³

Con ese orden de ideas la tipicidad penal implica antinormatividad, esta última que significa contrariedad con la norma prohibitiva y que cualquiera que sea el enunciado de la norma antepuesta al tipo, es decir, prohibitivo o preceptivo, dicho enunciado se traduce en una norma prohibitiva de modo que el juicio de tipicidad penal consiste en el juicio de antinormatividad, aunque eso no significa juicio de antijuridicidad porque ésta atañe al resultado del juego armónico y coherente de normas prohibitivas y preceptos permisivos.⁸³⁴

Luego, Zaffaroni expresa: “El legislador no es un ciego en una pinacoteca, sino que construye los tipos a partir de normas que funcionan armónicamente en el campo de la ‘normatividad’.”⁸³⁵ Por eso considera que el orden jurídico no puede ser un “montón” de normas que entre sí se desconozcan ya que precisamente es un orden y por eso puede indagarse de modo científico y explicarlo por vía analítica, porque al igual que la validez temporal, espacial o constitucional, la no contradicción de las normas es un presupuesto de validez de la ley de manera que resulta inexacto que el cumplimiento de deber jurídico es causa de justificación porque es absurdo considerar las conductas de los obligados como típicas justificadas y es lo que precisamente evita la tipicidad conglobante, esos absurdos.⁸³⁶

Ahora bien, sobre el acuerdo y la atipicidad conglobante aquél no siempre elimina a ésta porque puede darse una atipicidad objetiva (legal) cuando ir contra la voluntad del sujeto pasivo es un requisito del tipo objetivo al contener éste una limitación expresa de medios como la violencia, la intimidación o el fraude, que son absolutamente incompatibles con el

⁸³⁰ *Ídem*, p. 543.

⁸³¹ *Ídem*, p. 547.

⁸³² Sobre la finalidad “ultra-típica” Zaffaroni la expone como sigue: “...la atipicidad conglobante requiere el fin ultra-típico terapéutico, es decir, como una finalidad que exceda la mera realización del tipo objetivo de lesiones...” *Ídem*, p. 540.

⁸³³ *Ídem*, p. 539.

⁸³⁴ *Ídem*, pp. 502-503.

⁸³⁵ *Ídem*, p. 506.

⁸³⁶ *Ídem*, pp. 506-507.

acuerdo de dicho sujeto pasivo. En cambio, el consentimiento tiene como resultado excluir la antijuridicidad por operar como límite de una causa de justificación.⁸³⁷

Ahora bien, la actividad deportiva está claramente fomentada por el orden jurídico de modo que la atipicidad conglobante al resultar exclusivamente de las normas prohibitivas bajo la premisa de que una norma no puede prohibir una conducta que otra norma fomenta, entonces es diferente a la justificación, la cual tiene su origen en un precepto permisivo y el derecho no la fomenta. De manera que en una situación conflictiva, tratándose de la justificación, el orden jurídico se resigna a que un sujeto realice una conducta abarcada por la norma prohibitiva, en cambio la conducta deportiva regulada en los correspondientes reglamentos es expresamente fomentada por el orden jurídico y, por ende, conglobantemente atípica sin lugar a dudas; en el entendido de que si la conducta viola el reglamento entonces será típica (dolosa o culposa según el caso).⁸³⁸

En relación con lo anterior no debe confundirse la violación del reglamento con la lesión en sí porque la intención de violar el reglamento no es lo mismo que la finalidad de lesionar ya que una conducta violatoria de un reglamento implica la violación de un deber de cuidado de manera penalmente típica toda vez que el reglamento constituye el límite del riesgo que se asume con el consentimiento, aunque el boxeo es un caso especial porque se trata del único deporte de conducta de lesiones dolosas y legalmente típica, sin embargo, las lesiones fuera del reglamento serán atribuibles de manera no culposa sino graves o gravísimas y en caso de muerte, como homicidio preterintencional.⁸³⁹

Por otra parte, las conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico son atípicas conforme al principio de insignificancia, también llamado principio de bagatela⁸⁴⁰ que de cierto modo ha surgido vinculado a la antijuridicidad material y no es posible desvincularlo del todo de ciertos contenidos de realismo jurídico porque en cualquier límite de prohibición hay cierto grado de contenido real.⁸⁴¹

⁸³⁷ *Ídem*, p. 522.

⁸³⁸ *Ídem*, pp. 532-534.

⁸³⁹ *Ídem*, pp. 534-535.

⁸⁴⁰ Al respecto, Zaffaroni aclara: "...Tiedemann se ha referido a este principio llamándolo 'principio de bagatela' (*Bagatellprinzip*), fundándolo en el principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal por el delito. Afirma este autor que se trata de un principio que sólo es aplicable en los casos concretos y que existe la posibilidad de considerarlo como una cuestión de antijuridicidad material, y, por ende, excluyente de la tipicidad, o bien, como un caso que, aunque hay delito, se 'prescinde de la pena'." *Ídem*, p. 554.

⁸⁴¹ *Ídem*, p. 553.

De esa manera se admite el referido principio de insignificancia derivándose de la función de seguridad jurídica del derecho penal y de las reglas que éste sigue para proveerlas, pues una aplicación mecánica y exegética de la ley penal de ningún modo puede denominarse seguridad jurídica sino todo lo contrario, es decir, una aplicación irracional de la ley penal que omite el enfoque del sentido de la norma y del orden normativo hasta el extremo de minimizar la función del bien jurídico y aproximarse al concepto de delito como pura lesión de deber, con lo que la seguridad jurídica desaparecería como objetivo del derecho penal reemplazándose por la voluntad omnímoda del Estado.⁸⁴²

Asimismo, el error sobre cualquiera de los supuestos que fundan la atipicidad conglobante se trata invariablemente de un error de prohibición, porque no es de tipo sino de “ ‘tipificación’ ” ya que se trata de un error sobre la normatividad de la conducta, lo que no recae sobre algún aspecto del tipo legal objetivo sino sobre el alcance prohibitivo de la norma.⁸⁴³ Al respecto el autor agrega:

“Quien cree que está obligado jurídicamente a realizar una conducta legalmente típica, como quien cree que la conducta legalmente típica está fomentada por el orden jurídico, o quien cree que dispone de algo en forma que el orden jurídico le garantiza, o quien cree que el resultado que causa no importa más que una afectación insignificante, cuando en realidad la conducta no es debida, ni está fomentada, ni la forma de disposición está garantizada por el orden jurídico o la lesión que el resultado importa es considerable, en cualquiera de estos supuestos el error será acerca del límite de la prohibición.”⁸⁴⁴

4.1.2.3 Sistematización estructural de la teoría de la tipicidad conglobante

Bajo el enfoque de la imposibilidad de una teoría jurídica destinada a su aplicación por los operadores del derecho sin considerarse lo que sucede en las relaciones reales entre las personas,⁸⁴⁵ el material básico de interpretación del derecho penal es la legislación penal entendida como el conjunto de leyes que programan la decisión de conflictos, sin perderse de vista que toda cultura tolera que en la mayoría de ellos el poder formalizado no intervenga ya

⁸⁴² *Ídem*, p. 557.

⁸⁴³ *Ibidem*.

⁸⁴⁴ *Ídem*, pp. 557-558.

⁸⁴⁵ *Cfr.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *et. al. DERECHO PENAL. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina, 2000, p. 21.

que ninguna sociedad admite que el poder formalizado tenga intervención en todos los conflictos.⁸⁴⁶

El carácter cultural del derecho en general lo comparte el derecho penal, de modo que la interpretación de las leyes penales a fin de determinar su alcance y servir al juzgador de sistema coherente de decisiones requiere de la integración de otros datos del mundo al ser producto de actos de poder que se insertan en una realidad dinámica y compleja; por lo que tanto el carácter cultural del derecho como su objeto consistente en la interpretación de leyes que causan efectos,⁸⁴⁷ imponen necesariamente a este último integrar datos ónticos que son objeto de muchas disciplinas repartidas en el campo de la realidad, ya que el enunciado completo de ellas obviamente sería imposible.⁸⁴⁸

Ahora bien, uno de los principales instrumentos capaces de contener la tipificación irresponsable es la interpretación semánticamente más restrictiva porque un tipo penal no puede constituir un instrumento para la criminalización indiscriminada. Sin embargo, todo texto, ya sea discursivo o social, tiene un contexto y la ley es un texto que aunque permanezca idéntico, el ámbito de lo legalmente prohibido varía porque el contexto cambia continuamente. De ahí que los problemas más graves que generan cambios en el contexto son el contexto social, cultural o tecnológico más que el discursivo, así que conforme con esos cambios una conducta puede perder todo contenido lesivo o carecer de él, lo que se soluciona aplicándose el principio de lesividad y más aún si con base en alguno de esos cambios en el texto aparece abarcado un ámbito de prohibición inusitadamente más amplio.⁸⁴⁹

⁸⁴⁶ *Ídem*, p. 35.

⁸⁴⁷ Se considera más correcto utilizar el concepto consecuencias que efectos, acorde con Eduardo García Máynez quien argumenta lo siguiente: “Mucho se ha discutido acerca de la índole del vínculo que une los supuestos y las consecuencias normativas. Algunos autores lo comparan al que existe entre las causas y los efectos, en el ámbito de la naturaleza. Veamos qué enseñanzas puede ofrecernos ese paralelo. Según el físico alemán Helmholtz, la ley natural establece que ‘a determinadas condiciones (que en cierto respecto son iguales, se hallan necesariamente unidas determinadas consecuencias (que en otro cierto respecto también son iguales)’. Expresado en otro giro: al presentarse la causa, el efecto prodúcese fatalmente, si las condiciones que la ley enuncia no varían. Parafraseando la fórmula de Helmholtz podría decirse que toda norma estatuye que a determinados supuestos (que en cierto respecto son iguales), impútase determinadas consecuencias (que en otro cierto respecto también son iguales). ¿Qué diferencia hay entre los dos enunciados?... Desde el punto de vista gramatical, ninguna. Trátase de juicios expresados hipotéticamente. Pero, en tanto que el primero alude a un nexos necesario entre fenómenos, el segundo se refiere al enlace normativo de una hipótesis y una o varias consecuencias de derecho. El efecto sigue a la causa de manera ineluctable; la consecuencia jurídica debe en todo caso enlazarse a la realización del supuesto, aunque, de hecho, puede ocurrir que aquélla no se produzca [...] otra diferencia capital entre leyes naturales y normas jurídicas: el efecto de una causa puede ser un fenómeno puramente natural, independiente de la actividad humana (la caída de un cuerpo, por ejemplo); las consecuencias jurídicas, en cambio, consisten en obligaciones o derechos, es decir, en exigencias o facultades que únicamente tienen sentido relativamente a las personas.” *Vid.* GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*. Editorial Porrúa, S.A. Cuadragésimotercera edición. México, 1992, pp. 172-174.

⁸⁴⁸ *Cfr.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *et. al.* *DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit.*, pp. 96-97.

⁸⁴⁹ *Ídem*, p. 113.

Así pues, bajo el principio de lesividad ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no medida un conflicto jurídico,⁸⁵⁰ por lo que de ese modo el conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos es el soporte fáctico del delito, entendiéndose por esos bienes los elementos que otra persona necesita disponer para autorrealizarse.⁸⁵¹ De esta manera el conflicto jurídico se ubica como el elemento principal del principio de lesividad, denominándosele como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo; con la aclaración de que nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico ya que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro, por eso los conceptos de bien jurídico lesionado o afectado y bien jurídico tutelado son sustancialmente diferentes.⁸⁵²

Luego, la criminalización opera sobre la base del conflicto y ella alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando la lesividad es ínfima o la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto,⁸⁵³ de manera que el tipo penal es la fórmula legal necesaria al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos,⁸⁵⁴ prefiriéndose el vocablo *pragma*⁸⁵⁵ en sustitución de uno de los sentidos que perdió la expresión alemana *Tatbestand* con su traducción al castellano.⁸⁵⁶

⁸⁵⁰ *Ídem*, p. 121.

⁸⁵¹ *Ídem*, p. 120.

⁸⁵² *Ídem*, p. 121.

⁸⁵³ *Ídem*, p. 123.

⁸⁵⁴ *Ídem*, p. 414.

⁸⁵⁵ En relación con el concepto *pragma* Zaffaroni señala: "...la voz *pragma*, que es indicadora de la acción humana y de su obra en el mundo: un *pragma* es también una conversación, un atentado dinamitero o un viaje como realidades del mundo, y no lo es un sismo, porque no hay acción ni obra humana, con lo que cumple exactamente la función que M. E. Mayer asignaba en alemán al *Tatbestand* (supuesto de hecho) *fáctico* [...] El concepto de *tipo como modelo abstracto*, que debe compararse con la acción concreta realizada en el mundo, no sólo es un concepto estático de tipo sino que además tiende a desplazarse hacia una supuesta naturaleza descriptiva. Esta visión se vincula con la ideología de un liberalismo ingenuo, que pretende que el legislador produce un instrumento acabado y perfecto para que el juzgador se limite a comparar el hecho con la descripción. Poco falta en esta perspectiva para llegar a la inocencia del pensamiento revolucionario del siglo XVIII, que exigía que los tipos fuesen tan claros y precisos que cualquier persona pudiera llevar a cabo esa función comparativa, completando la ilusión de códigos diáfanos y unívocos y de jueces populares y legos, que es el marco originario de la naturaleza puramente *descriptiva* de los tipos, exclusivamente *fáctica* del juicio de tipicidad y *avalorada* de la característica de tipicidad de la acción, que hasta hoy perdura para quienes entienden que la función judicial se agota en la *subsunción* como tarea exclusivamente comparativa, no en vano sostenida por el más radical negador de toda posibilidad de control constitucional por parte de los jueces. Esta perspectiva del liberalismo ingenuo pasa por alto que la selección abstracta de hipótesis de pragmas conflictivos requiere una interpretación técnica de los tipos, sin la cual el ámbito de lo prohibido se extendería de modo absurdo e inusitado; y también que esta tarea no puede ser sino *jurídica* y, por ende, *valorativa*. La interpretación de los tipos penales está inextricablemente ligada al juicio por el cual se determina si una acción real y concreta es típica, o sea, si constituye materia prohibida, lo que también es un juicio valorativo (jurídico) acerca de una acción y de su obra (un *pragma*)." *Ídem*, pp. 415-416.

⁸⁵⁶ Al respecto, Zaffaroni apunta en lo conducente: "...Ante todo es necesario advertir que si bien es tradicional traducir por *tipo* la palabra alemana *Tatbestand*, se trata de una traducción sólo aproximativa [...] *Tatbestand* en sentido literal significa aproximadamente *supuesto de hecho* y, por ello, admite dos claras significaciones: (a) el supuesto de hecho *fáctico* (el acontecimiento particular y concreto que se da en la vida y en el mundo) y (b) el supuesto de hecho *legal* (el modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización). En la primera parte de los preceptos penales se describe una acción, aunque no en toda su extensión sino en sus aristas conceptuales. Esta imagen conceptual se denomina *supuesto de hecho (Tatbestand) abstracto*, o mejor, *legal (praeceptum legis)*. Como presencia conjunta de las características conceptuales que deben pertenecer al hecho para que sea punible, se distingue el supuesto de hecho (*Tatbestand*) *legal* del

A su vez, sobre la discusión de la tipicidad de una acción, ésta exige un análisis que siempre debe iniciar por su aspecto objetivo y con un elemental abarcamiento de ella en un espacio problemático de discusión porque la tipicidad de lo absolutamente inocuo, como beber agua o lo puramente accidental o imprevisible como la caída de un rayo, nadie la discute.⁸⁵⁷

Por eso el tipo objetivo tiene dos funciones que corresponden a las siguientes: Una función sistemática que es la que provee todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo así como de fijación primaria o elemental del objeto de prohibición que proporciona el espacio problemático de discusión de la tipicidad objetiva. Y una función conglobante con la que se verifica la conflictividad del pragma, que consiste en constatar tanto la lesividad como la posibilidad de que el pragma sea imputado a alguien como propio, es decir, la imputación por dominabilidad. De este modo cuando no hay lesión o cuando ésta no puede ser imputada a alguien como obra dominable entonces tampoco hay conflicto (porque se trataría de un accidente y no de un conflicto).⁸⁵⁸

Ahora bien, el modo de establecer la lesividad es considerándose la norma que se deduce del tipo, pero no de forma aislada sino de manera conglobada en el orden normativo compuesto por todo el conjunto de normas, ya sean deducidas o expresadas en otras leyes de igual o superior jerarquía. Y la conflictividad en el plano objetivo implica la posibilidad objetiva de imputar a alguien la acción. Por lo que para el cumplimiento de las funciones sistemática y conglobante del tipo objetivo éste se divide en tipo objetivo sistemático y tipo objetivo conglobante; el primero se limita a abrir el espacio problemático de discusión, en cambio el segundo en congruencia con el principio general de coherencia o no contradicción reconsidera el alcance de la norma deducida del tipo a través de su conglobación con el universo de normas deducidas de otros tipos y establecidas por (o deducidas de) otras leyes penales y no penales.⁸⁵⁹

De este modo la construcción de la tipicidad objetiva tiene la función de establecer el pragma típico, pero no sólo eso sino también la de exclusión de la tipicidad cuando no media conflictividad, porque no sería tolerable el ejercicio del poder punitivo si no existe

fáctico (lo abstracto de lo concreto) [...] La traducción castellana opacó uno de los dos posibles sentidos que tiene la expresión alemana, reduciéndolo sólo al de fórmula abstracta..." *Ídem*, p. 415.

⁸⁵⁷ *Ídem*, pp. 432-433.

⁸⁵⁸ *Ídem*, p. 433.

⁸⁵⁹ *Ibidem*.

conflictividad como pragma típico; lo que implica pues un requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo. Por lo que establecer el pragma “a secas” aun cuando es un paso indispensable en la verificación de la tipicidad objetiva, sin embargo, no lo agota porque el tipo objetivo no imputa cualquier pragma sino un pragma conflictivo.⁸⁶⁰

Al respecto, el pragma típico se fija mediante la función sistemática que implica un ámbito máximo de antinormatividad, pero se confirma sólo con la simultánea comprobación de su conflictividad que es el procedimiento que bien puede terminar con la cancelación o reducción de dicho pragma. De modo que la necesidad de verificación de la conflictividad obliga a distinguir dentro del tipo objetivo un tipo que cumpla con esa función reductora el cual consiste en el tipo conglobante.⁸⁶¹

Con ese orden, la tipicidad conglobante cumple su función reductora mediante la verificación de existencia de un conflicto (conflictividad), que atañe a una lesividad imputable objetivamente a alguien, lo que implica dominabilidad. Y el conflicto, para ser tal, requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a alguien y es mediante la función conglobante del tipo objetivo que se establece la existencia del conflicto.⁸⁶²

Luego, los elementos esenciales del conflicto son la lesión y el sujeto de la imputación porque los conflictos penalizados sólo se conciben cuando implican lesiones a otro producidas en la interacción humana, por lo que cuando hay acciones que no lesionan a alguien o cuando no es posible imputarlas a alguien entonces la conflictividad no existe porque la tipicidad objetiva del conflicto necesita responder tanto a un qué como a un quién ya que ningún sentido tiene preguntarse por la imputación objetiva de un pragma que no es lesivo o que siéndolo no puede imputarse a alguien porque entonces no sería conflictivo sino accidental.⁸⁶³

Sobre la acción y el resultado sólo constituyen un pragma jurídicamente indiferente pero cuando dicha acción y resultado sí son lesivos mas no imputables objetivamente a alguien entonces lo que constituyen es sólo un accidente. Por eso la tipicidad conglobante para cumplir su función debe constatar tanto la lesividad del pragma como su pertenencia a alguien, de modo pues que sin lesividad no hay conflicto porque no hay lesión y sin imputación tampoco hay conflicto porque el daño o peligro no es producto de la interacción;

⁸⁶⁰ *Ídem*, p. 461.

⁸⁶¹ *Ibidem*.

⁸⁶² *Ibidem*.

⁸⁶³ *Ibidem*.

así que la manera de comprobar la lesividad es mediante la constatación de la afectación por daño o por peligro del bien jurídico, pero de manera significativa y para verificar eso primero es necesario corroborar que ciertamente se trata de un bien jurídico, es decir, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no es así cuando otras normas recortan o limitan ese alcance prohibitivo de la norma deducida del sentido semántico del tipo aislado. Y por otra parte la imputación se verifica mediante la comprobación de que el sujeto, si fue autor, tuvo la dominabilidad objetiva del hecho.⁸⁶⁴ Y si fue partícipe, hizo un aporte causal, no banal ni inocuo.⁸⁶⁵

Ahora bien, la función de la conglobación es claramente normativa por ser la conglobación una operación determinante de la lesividad; que se deduce del tipo sistemático y del universo de normas prohibitivas y preceptivas que deben considerarse como un orden normativo en el que se encuentran normas penales y no penales así como constitucionales e internacionales y de las que surge el alcance prohibitivo de la norma particular. Por lo que si no se procede a la deducción de la norma y a su conglobación en el orden normativo es imposible determinar si la acción que forma parte del pragma típico es o no lesiva bajo el enfoque del orden normativo, es decir, si afecta o no a un bien jurídico.⁸⁶⁶

Con ese orden, acorde con una elemental racionalidad de cualquier decisión judicial no sería admisible que una acción que no lesiona a otro se considerara prohibida, como tampoco sería racional afirmar que una acción está prohibida cuando otra norma la ordena o que una norma prohíbe lo que otra fomenta, por lo que en ese sentido la vigencia de la teoría de la tipicidad conglobante, con la precisión de que en su versión original operaba como correctivo de la tipicidad objetiva y subjetiva, sus postulados deben transferirse en buena parte a la tipicidad objetiva porque su objeto es resolver problemas de lesividad e imputación.⁸⁶⁷

Luego, los presupuestos, límites o requisitos de la lesividad contenidos en la tipicidad objetiva son el conjunto de mínima racionalidad que si se viola volvería insoportable al poder punitivo. Por lo que la exclusión de la lesividad mediante la consideración conglobada de la norma que se deduce del tipo objetivo se da cuando: a) No haya afectación del bien jurídico o

⁸⁶⁴ El vocablo “hecho” lo considero carente de contenido semántico, es decir, vacío de significado acorde con lo expuesto en el capítulo segundo de este trabajo y por ello estimo equivocado utilizarlo como Eugenio Raúl Zaffaroni lo hace.

⁸⁶⁵ *Cfr.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *et. al. DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit.*, p. 462.

⁸⁶⁶ *Ibidem.*

⁸⁶⁷ *Ibidem.*

dicha afectación no sea significativa; b) La conducta del sujeto encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia; c) La conducta del sujeto encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta; d) Exista un acuerdo o una asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo y e) El resultado no exceda del espacio de realización de un riesgo no prohibido.⁸⁶⁸

Y de ese modo la tipicidad conglobante, en un segundo momento (imputativo), opera reductivamente al excluir de la tipicidad objetiva las acciones que no son dominables así como las que por su banalidad o cotidianeidad no pueden ser criminalizadas.⁸⁶⁹

Por otra parte, el concepto de bien jurídico es indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad, aclarándose que la legislación penal no crea bienes jurídicos ya que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación y que éstas son las que los tutelan porque el derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado, de modo que la norma que se deduce del tipo lo que hace es anunciar un castigo para ciertas formas específicas de lesión al mismo.⁸⁷⁰ Luego, la esencia del bien jurídico, consiste en la relación de disponibilidad del sujeto (no persona)⁸⁷¹ con los objetos y no en los objetos mismos.⁸⁷²

Así pues, el principio de lesividad impone que no hay tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, por lo que el análisis de los tipos penales debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro y en estos últimos siempre debió existir una situación de riesgo de lesión en el mundo real, lo que debe establecerse en cada situación concreta porque en caso negativo la tipicidad objetiva es inadmisibile.⁸⁷³

Por otro lado, para los fines de la tipicidad objetiva, las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante acorde con el principio de insignificancia o de bagatela porque la consideración conglobada de las normas deducidas de los tipos penales tiende en general a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad en congruencia con el principio de proporcionalidad que requiere de cierta relación entre la

⁸⁶⁸ *Ídem*, p. 463.

⁸⁶⁹ *Ibidem*.

⁸⁷⁰ *Ídem*, pp. 463-464.

⁸⁷¹ Al respecto, Zaffaroni aclara: "Hace varias décadas esta idea fue reformulada en términos actuales, caracterizando al bien jurídico como una *relación de disponibilidad de una persona con un objeto*. Actualmente y conforme a la evolución legislativa, es preferible concebirlo como *relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*, toda vez que los sujetos algunas veces no son personas y otras no son personas de existencia actual." *Ídem*, p. 466.

⁸⁷² *Ibidem*.

⁸⁷³ *Ídem*, pp. 468-469.

lesión al bien jurídico y la punición, sin que sea válida la objeción sobre lo difuso del límite entre la insignificancia y la significación de la lesión porque las zonas grises nunca son pretexto para legitimar la extensión del poder punitivo a todos los casos ya que de lo contrario se penarían todos los actos preparatorios, toda participación sería autoría, toda omisión sería punible y toda culpa consciente sería dolo.⁸⁷⁴

Ahora bien, el cumplimiento de un deber jurídico debe resolverse dentro del ámbito de las normas prohibitivas y se descompone en tres partes, dos de ellas en cuanto sea cumplimiento de un deber dan lugar a la atipicidad de la acción, como el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo. La otra, el ejercicio de un derecho, es un enunciado general de justificación que remite a todo precepto permisivo que se encuentre en el resto del orden jurídico. De este modo el cumplimiento de un deber jurídico surge cuando un mandato recorta una norma prohibitiva que prevalece sobre ella de modo que la antinormatividad no se comprueba con la sola confrontación de la acción con la norma deducida del tipo sino que necesita de la consideración conglobada de esa norma con las deducidas de los otros tipos penales.⁸⁷⁵

Luego, un bien jurídico que pretende tutelarse más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo. De modo que es más adecuado el enfoque que consiste en que el consentimiento siempre excluye la tipicidad por inexistencia del conflicto, toda vez que esta postura es más limitativa del ejercicio del poder y, además, congruente con la dificultad de sostener la presencia de un conflicto ante el consentimiento del titular del bien; por lo tanto también es preferible llamar aquiescencia al género y distinguir entre el acuerdo y el consentimiento, en el entendido de que el primero elimina la tipicidad objetiva sistemática y el segundo elimina la tipicidad objetiva conglobante.⁸⁷⁶

Así pues, los tipos (penales) son instrumentos conceptuales que se expresan en el lenguaje y éste es lo que da sentido “(para qué)” al material del mundo. Una amputación es una lesión haya o no aquiescencia, mientras que una cópula no es una violación si existe voluntad del titular del bien jurídico a quien se realizó y en ninguno de los dos supuestos hay conflicto, pero con la diferencia de que en el primer caso el pragma del tipo sistemático queda excluido (acuerdo) y en el segundo caso aunque el concepto del pragma está completo su

⁸⁷⁴ *Ídem*, pp. 471-472.

⁸⁷⁵ *Ídem*, p. 473.

⁸⁷⁶ *Ídem*, pp. 476-477.

conflictividad se excluye en la tipicidad conglobante (consentimiento). Por lo que cuando el acuerdo elimina un elemento normativo de recorte, la causa de atipicidad objetiva es sistemática, en cambio, en los casos restantes lo que el consentimiento excluye es la tipicidad objetiva conglobante. De este modo basta que la aquiescencia opere como acuerdo (atipicidad sistemática) o como consentimiento (atipicidad conglobante), aunque el sujeto la desconozca, sin embargo, en el caso de su revocación es necesario que sea expresa y el sujeto sí la conozca y, además, obviamente, sea el titular del bien jurídico, pues en caso de bienes de sujeto plural debe otorgarla quien pueda hacerlo en la medida de que con ello no impida la disponibilidad del otro titular. Y en el caso de las lesiones, por ejemplo, pocas dudas existen respecto de las que se realizan con sentido muy diverso⁸⁷⁷ a la definición jurídico-penal de ellas.⁸⁷⁸

Luego, hay múltiples actividades que se hallan fomentadas por el Estado incluso hasta como materia de verdaderas políticas de manera que no es racional que éste prohíba lo que ordena como tampoco lo es que prohíba lo que fomenta. Una de esas actividades claramente fomentada en el orden jurídico, por varias leyes, es la deportiva, en la que pueden resultar lesiones e incluso la muerte, por lo que si no existiera legislación que fomente el deporte entonces en el caso del boxeo habría tipicidad dolosa de lesiones leves y tipicidades culposas en el resto de los deportes más o menos violentos.⁸⁷⁹

De este modo surge la necesidad de distinguir entre deportes riesgosos con exclusión del boxeo y este último, pues en los deportes riesgosos con exclusión del boxeo, la aquiescencia elimina la tipicidad conglobante respecto de las conductas que se dan dentro de la práctica reglamentaria del deporte, que son sistemáticamente típicas y en general culposas; mientras que en el caso particular del boxeo la problemática es diferente,⁸⁸⁰ sin embargo, cuando el reglamento se viola entonces la conducta será típica, dolosa o culposa, según el

⁸⁷⁷ Al respecto, Zaffaroni expone como ejemplo las siguientes: "...las perforaciones de lóbulos de oreja para aros, los tatuajes, las escoriaciones en el curso de relaciones sexuales (sean o no sadomasoquistas), las intervenciones estéticas y cosméticas, la circuncisión en marco ritual religioso, las leves recíprocas en el curso de una riña en que ambos consintieron en participar, el corte de cabello, etc. [...] en el caso de la circuncisión, forma parte de un culto reconocido por el estado y, por lo tanto, la libertad de cultos cubre esa lesión; en los otros casos, se trata de actos privados que no afectan a terceros y que, por ende, están fuera del alcance de la ley penal por expresa disposición constitucional." *Ídem*, pp. 479-480.

⁸⁷⁸ *Ídem*, pp. 477-479.

⁸⁷⁹ *Ídem*, pp. 480-481.

⁸⁸⁰ Sobre el tema del boxeo Zaffaroni expone: "...se trata de la única actividad deportiva en la que existe una acción que encuadra en el tipo sistemático de lesiones dolosas de carácter leve, que deben dejar en inferioridad física por más de diez segundos. Por ello, cuando en el boxeo medie una violación del reglamento y resulte de la conducta violatoria de éste una lesión grave, gravísima o la muerte misma, cualquiera de éstas deba considerarse dentro de la figura compleja de preterintención y no en la puramente culposa. Las reglas precedentes son aplicables tanto en competencias oficiales como no oficiales. En algunos casos, la organización de competencias no oficiales casi siempre viola elementales reglas de cuidado, como en el supuesto del automovilismo, pero esto debe determinarse en cada caso." *Ídem*, p. 481.

caso, en el entendido que no debe confundirse la violación del reglamento deportivo con la lesión en sí, porque puede darse una violación intencional de las normas del juego con resultado culposo en la lesión, por ello no es igual la intención de violar el reglamento que la finalidad de lesionar.⁸⁸¹

La práctica médica también es una actividad notoriamente fomentada y hasta sostenida por el Estado, entre las que se encuentra la actividad quirúrgica con fin terapéutico y la que no tiene esa finalidad como la estética o de extracción de órganos o tejidos respecto del donante que no pueden considerarse fomentadas por el Estado y por consecuencia su atipicidad resulta del consentimiento del sujeto; en cambio las que sí están fomentadas por el Estado quedan exclusivamente excluidas de la antinormatividad, por lo que tratándose de las intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico la consideración conglobada de la norma deducida del tipo permite que el problema se resuelva en el plano de la normatividad sin requerir llegar al consentimiento, ante la claridad del fomento jurídico de la acción y con independencia del resultado de la misma, siempre que se haya procedido acorde con las reglas del arte médico.⁸⁸²

A su vez, la tipicidad conglobante para que cumpla su función imputativa de considerar a un sujeto como autor doloso porque ha tenido el dominio del hecho, es indispensable que el autor proyecte un programa o plan racional con el que calculó desarrollar la causalidad y además ponga una causa necesaria para su éxito sin la cual el plan no hubiera sido posible realizar, porque en ningún caso el dominio se deduce directamente del tipo, que es abstracto, dado que en la vida no se dan acciones abstractas de homicidio o de robo, pues el tipo sirve para captar acciones concretas de matar o apoderarse pero de ciertos modos particulares y conforme a planes determinados.⁸⁸³

Ahora bien, un presupuesto necesario de la dominabilidad de un curso causal es la previsibilidad, aunque no suficiente ya que no siempre un curso previsible es dominable. Sin embargo, sin dominio del hecho⁸⁸⁴ no hay autoría dolosa porque autor y hecho son términos

⁸⁸¹ *Ibidem.*

⁸⁸² *Ídem*, pp. 481-482.

⁸⁸³ *Ídem*, p. 484.

⁸⁸⁴ Sobre este tema Zaffaroni señala lo siguiente: "...la definición de autor o *hechor* (*Täter*) no puede escindirse del hecho (*Tat*): no hay *hechor* (autor) cuando no puede haber *Tatherrschaft* (dominio del hecho), porque el autor lo es siempre de algo como propio: autor y hecho son términos de un juicio analítico y no sintético. Sin *dominio del hecho* no hay *autoría dolosa*; sin la *posibilidad objetiva de dominio del hecho* es sobreabundante interrogarse acerca de la *existencia real y efectiva de dominio*; la *dominabilidad* es el *presupuesto objetivo del dominio*." *Ídem*, p. 485.

de un juicio analítico y no sintético, de modo que la dominabilidad es el presupuesto objetivo del dominio. Así pues, la tipicidad objetiva presupone la dominabilidad que consiste en la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho. De modo que las reglas del principio general de dominabilidad son: a) Los cursos causales que por nadie pueden ser dominados no eliminan el dolo ya que ni siquiera tiene sentido preguntarse por él porque en el tipo objetivo no aparece un curso causal con la capacidad de ser dirigible humanamente; b) Los cursos causales dominables humanamente se diferencian entre los que son dominables por cualquiera y los que son dominables sólo por un especialista que reúne las condiciones de conocimiento o entrenamiento especiales necesarios en el dominio del hecho; c) No hay posibilidad de dominar el hecho cuando mediante un juicio de congruencia la acción resulta irracional entre medios y fines de manera que cuando los medios son notoriamente inadecuados para obtener los fines no hay dominabilidad y d) Cuando no hay dominabilidad tampoco es posible imputar objetivamente el delito doloso, sin que eso excluya la posibilidad de la tipicidad culposa de la acción.⁸⁸⁵

Luego, el partícipe es claro que por definición carece del dominio del hecho, de tal manera que en este caso la dominabilidad no puede operar como criterio limitador imputativo de la tipicidad objetiva. Así que como la complicidad clama por un límite objetivo que no tiene acomodo en el dominio del hecho, entonces por razones funcionales reductoras corresponde adherirse a la tesis del rol pero sin admitir la ampliación de éste en función de infracciones administrativas. En el enfoque de la tipicidad objetiva del partícipe resulta necesaria la distinción entre roles banales y no banales por lo que habrá alguno de ellos siempre que el rol implique peligros de los que se deriven deberes de abstención o de cuidado para evitar lesiones del género de las que se producen por la causalidad a la que se aporta, de manera que el rol banal deja de serlo cuando las circunstancias objetivas concretas y presentes alteran notoriamente su originaria banalidad.⁸⁸⁶

Así pues, toda tipicidad tiene un cierto componente azaroso por lo que sin el resultado no hay pragma típico al no haber conflicto o ser éste de incidencia menor o ínfima. Y desde el enfoque de la conflictividad social las situaciones de quien viola el deber de cuidado sin

⁸⁸⁵ *Ídem*, pp. 484-488.

⁸⁸⁶ *Ídem*, p. 488.

producir algún resultado y quien lo hace con la producción de múltiples muertes no pueden equipararse.⁸⁸⁷

Ahora bien, una actividad no puede prever todos los supuestos por muy reglamentada que esté en una ley formal, por lo que frecuentemente no hay otra alternativa que los patrones sociales de la prudencia pero en el entendido que en la realidad no existe la construcción artificial del buen padre de familia (hombre medio, razonable, normal), porque se trata de una figura imaginaria e interpretable que carece de capacidad para proporcionar límites ciertos a la tipicidad, pero esta figura imaginaria no debe confundirse con un standard mínimo de previsibilidad que sí es real, compartido por casi todos los integrantes de una cultura y, además, verificable; pues el standard medio es imaginario, imposible de objetivarlo e incompatible con la realidad por consagrar una teoría estática de los roles sociales. En cambio el standard mínimo es un concepto procesal que cumple una función procesal al servir como criterio de sana crítica ante afirmaciones de desconocimientos de elementales nociones compartidas sobre creación de peligros.⁸⁸⁸

Luego, en materia de imprudencia frecuentemente se plantean problemas complejos cuando se trata de actividades compartidas que implican una división de trabajo o de la tarea, como la intervención quirúrgica o el tránsito, por lo que en esos casos el principio de confianza es el criterio que se aplica para determinar la medida de la creación de un peligro prohibido, pues según dicho principio la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario no viola el deber de cuidado. De modo que cuando no haya sido violado el mencionado principio de confianza la banalidad de la acción excluye la tipicidad culposa, ya que tratándose de la insignificancia en la culpa es necesario distinguir entre la del resultado y la de la violación del deber de cuidado.⁸⁸⁹

Así, la tipicidad conglobante se elimina por el acuerdo tanto en los deportes violentos sobre las conductas que de otra manera serían típicas de lesiones culposas como respecto de las fomentadas que crean el peligro y la asunción de riesgo, ya que la violación del reglamento deportivo puede constituir una acción típica, pero según el caso, resultar dolosa o culposa. Sin embargo, como el tipo objetivo sistemático culposo es muy reducido, por lo tanto

⁸⁸⁷ *Ídem*, p. 529.

⁸⁸⁸ *Ídem*, pp. 530-532.

⁸⁸⁹ *Ídem*, pp. 532-535.

en esta tipicidad no existen casos de acuerdo de modo que la aquiescencia sólo se manifiesta en la forma de consentimiento a diferencia de como se asume en el tipo doloso, es decir, en la forma de acuerdo que elimina la tipicidad sistemática o de consentimiento que elimina la tipicidad conglobante.⁸⁹⁰

Por otra parte, uno de los presupuestos a los que responde toda la teoría de las normas es el de la racionalidad del legislador entendida como una realidad que implica coherencia o no contradicción, porque no es verdad que el legislador sea siempre coherente o no contradictorio,⁸⁹¹ por ello la irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación a la Constitución por parte de los jueces. Y como particularidad de la tipicidad conglobante relativa a los tipos omisivos, en éstos la posibilidad física de realización de la acción ordenada es un presupuesto mínimo de la objetividad típica que requiere, además, que con la conducta ordenada se haya tenido la posibilidad cierta de interferir la causalidad y con ello evitar el resultado, lo que en la estructura típica omisiva implica la característica particular de la dominabilidad,⁸⁹² la cual dentro de esta estructura trata que el sujeto tenga la posibilidad objetiva del dominio del curso causal; en el entendido de que en los tipos omisivos la tipicidad conglobante también se excluye cuando a pesar de existir el nexo de evitación verificado en el tipo objetivo sistemático y el actual estado de la ciencia y de la técnica pueda explicar un curso causal, sin embargo, éste no puede ser dominado.⁸⁹³

Así pues, la tipicidad conglobante es un indicio de lesividad que termina de acreditarse cuando se afirma que la prohibición ha sido derogada, es decir, cuando la conducta no se ejecuta en el contexto regulado en un permiso legal o tipo de permisión, ya que en sentido estricto sólo mediante esa comprobación puede afirmarse la afectación de un bien jurídico.⁸⁹⁴

4.1.2.4 Consolidación estructural de la teoría de la tipicidad conglobante

Sobre el principio de lesividad, en la construcción del sistema penal dicho principio se introdujo con el concepto de bien jurídico, por lesión o por peligro cierto; de modo que acorde

⁸⁹⁰ *Ídem*, pp. 535-536.

⁸⁹¹ *Ídem*, p. 362.

⁸⁹² Al respecto, Zaffaroni expone el ejemplo siguiente: “Puede pensarse que el sobrino que es curador del tío y no le impide ir al monte donde lo mata un rayo, actuaría atípicamente, porque no existiría la situación típica. Pero aun pensando que esta situación exista – porque el monte siempre es un lugar peligroso para un incapaz–, su conducta sería objetivamente típica (tipicidad sistemática) porque existiría el nexo de evitación, toda vez que la acción debida (impedir que el tío incapaz vaya al monte) hubiese hecho desaparecer el resultado. No obstante, aquí, al igual que en el tipo activo, no podría afirmarse la dominabilidad del hecho, porque no existiría en el caso poder humano que permita dominarlo hacia la producción de ese resultado: el observador tercero jamás podría considerar que se halla ante un plan criminal dirigido a no interferir el curso causal que desemboca en la muerte del tío, por no ser dominable.” *Ídem*, p. 554.

⁸⁹³ *Ibidem*.

⁸⁹⁴ *Ídem*, p. 571.

con tal principio mientras no hay una lesión no hay un conflicto y si no hay conflicto tampoco puede haber peligro y por ello sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse. Así pues, el principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado,⁸⁹⁵ exigencia que constituye una limitación al poder punitivo. De este modo entre bien jurídico tutelado y bien jurídico afectado hay diferencia porque la pena nada hace respecto de la lesión, es decir, al muerto no le devuelve la vida; el bien jurídico lesionado es concreto y particular, en cambio, el bien jurídico tutelado sería un concepto un tanto espiritualizado, como la vida en general o el patrimonio de todos.⁸⁹⁶

Ahora bien, una conducta se considera delito cuando una ley la criminaliza mediante fórmulas legales que señalan pragmas conflictivos, es decir, conductas, circunstancias y resultados que amenazan con pena y se llaman tipos, pues el derecho penal para apuntalar el respeto al principio del estado de derecho debe limitar el ámbito total de las prohibiciones típicas de modo que la tipicidad es un terreno de conflicto en el que colisionan el poder punitivo y el derecho penal, pues el tipo es un instrumento que habilita el poder punitivo pero para el derecho penal es una herramienta para limitarlo.⁸⁹⁷

De ese modo el ámbito de lo prohibido debe partir de una limitación semántica porque el tipo se expresa en el lenguaje y este último nunca es unívoco siempre es abstracto, pues el poder punitivo para extender su ámbito de prohibición no ahorra medios ya que aprovecha las vaguedades y ambigüedades, excede el alcance de las palabras e inventa lesiones y peligros, lo que el derecho penal lucha por contener.⁸⁹⁸

Así pues, resulta una verdad a medias lo que la doctrina en general señala: Que lo concreto es la conducta, pues el tipo no abarca sólo acciones sino éstas pero con cierto contexto. Y como el tipo capta todo el supuesto de hecho fáctico, concreto y particular, dado en el mundo real, entonces a fin de no innovar en terminologías técnicas aceptadas la palabra tipo es preferible mantenerla para la fórmula legal y abstracta y llamar pragma a lo particular

⁸⁹⁵ Sobre el concepto de bien jurídico lesionado Eugenio Raúl Zaffaroni expresa: "...el discurso legitimante de inmediato manipuló el concepto, racionalizando que si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico y, con este razonamiento se pasó del *bien jurídico lesionado* al *bien jurídico tutelado*, que es tanto como convertir al cordero en lobo. Porque de allí se siguió que si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debe haber una ley penal para tutelarlos y -como vivimos- en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas." *Vid.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *et. al.* *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina, 2005, p. 111.

⁸⁹⁶ *Ídem*, pp. 110-111.

⁸⁹⁷ *Ídem*, pp. 335-336.

⁸⁹⁸ *Ídem*, pp. 336-338.

y concreto, consistente en la conducta realmente realizada pero con su resultado y sus circunstancias.⁸⁹⁹

De este modo es un error creer que los tipos penales se agotan en describir conductas y considerarlos de naturaleza puramente descriptiva, porque no es correcto apreciar al tipo como un modelo que basta comparar con la acción concreta realizada en el mundo, pues los tipos requieren una interpretación técnica jurídica y, por ende, valorativa, ya que de lo contrario el ámbito de lo prohibido se extendería de modo inusitado. Así pues, el juicio de tipicidad tiene dos facetas de una misma actividad valorativa, la interpretación técnica de los tipos y la valoración de una acción como típica o atípica.⁹⁰⁰

Al respecto, el cometido del derecho penal sólo puede llevarse a cabo de modo circular y admitir las inimaginables variables concretas de los pragmas que exigen perfeccionamientos de la valoración reductora de las hipótesis típicas, por eso fracasó la tesis que redujo al tipo a mera descripción y dedujo de ello que la acción típica es valorativamente neutra porque el tipo no expresa desvalor y el juicio de tipicidad es meramente fáctico ante la exigencia expresa de elementos valorativos en algunos tipos.⁹⁰¹

Así pues, la norma es un instrumento de lógica jurídica de manera que el derecho penal la deduce de los tipos para reducir las hipótesis y valorar las acciones como prohibidas o no prohibidas porque nadie puede imaginar todas las hipótesis que plantea la dinámica del mundo. Ahora bien, los tipos penales contienen elementos interpretables⁹⁰² y remisiones valorativas del comportamiento⁹⁰³ por lo que un juez para que aprecie una conducta como penalmente prohibida requiere como un mínimo de racionalidad que la prohibición penal presuponga un conflicto de cierta importancia y que lesione algún ente valioso para la coexistencia, es decir, un bien jurídico. Así que prohibición penal y conflictividad penal es lo

⁸⁹⁹ *Ídem*, p. 338.

⁹⁰⁰ *Ídem*, p. 339.

⁹⁰¹ *Ídem*, pp. 339-340.

⁹⁰² En relación con los elementos interpretables Zaffaroni señala: "...Al realizarse el juicio de tipicidad, aparecen elementos que se individualizan con el lenguaje común (*mujer*, por ejemplo), con el científico (como *estupefaciente*) o con el jurídico (como *funcionario*). Todos ellos son elementos *interpretables* que pueden llamarse *descriptivos* sólo en atención a la tradición. Los que requieren una precisión jurídica no dejan de ser descriptivos, dado que la naturaleza de su contenido no cambia porque para precisar sus límites deba aludirse al derecho en lugar de hacerlo a la medicina o a la física. Para responder cuándo termina *la vida* debe acudir al derecho, pero no por eso la vida se convierte en un concepto jurídico, sino que el derecho sólo precisa los límites de la vida y, por cierto, eso no es lo mismo que *crear la vida*." *Ídem*, p. 340.

⁹⁰³ Sobre las remisiones valorativas del comportamiento Zaffaroni expone: "...Pero a veces los tipos contienen *elementos que no son interpretables*, pues remiten a otros órdenes valorativos que obligan al juzgador a realizar o a aceptar un juicio sobre un comportamiento (en la vieja fórmula del estupro, se exigía la *honestidad* de la víctima). En realidad son éstos los verdaderos elementos valorativos o normativos, aunque para mayor claridad es preferible llamarlos *remisiones valorativas del comportamiento*. Respecto de estas remisiones o verdaderos elementos valorativos de los tipos, el derecho penal debe agotar sus esfuerzos por reducirlos a elementos interpretables o descriptivos y, cuando no sea posible, plantearse seriamente su constitucionalidad." *Ibidem*.

mismo, las cuales son señaladas por la tipicidad y es a partir de la conflictividad penal que se averigua la antijuridicidad y culpabilidad.⁹⁰⁴

Luego, no hay un delito cuando tampoco hay un problema de manera que es necesario averiguar si existe un espacio problemático porque los tipos captan pragmas conflictivos, sin embargo, antes de indagar si son conflictivos primero es menester conocer si concurren los elementos objetivos de un pragma porque sólo con la objetividad de un pragma se abre el espacio problemático que tiene prelación⁹⁰⁵ en la tipicidad objetiva.⁹⁰⁶

Ahora bien, la tipicidad objetiva, también llamada existencia del espacio problemático, se establece con el tipo legal aislado, es decir, sólo con la fórmula que aparece en el texto de la ley. Así, esa primera etapa⁹⁰⁷ de comprobación típica objetiva corresponde a la comprobación de la existencia del aspecto objetivo del pragma típico que se denomina sistemática. Y el conjunto de los elementos del tipo objetivo que se consideran para su constatación se llama tipo objetivo sistemático. Luego, una vez que mediante la función sistemática se afirma la presencia del espacio problemático entonces será necesario determinar si lo abarcado por él constituye un conflicto (función conglobante).⁹⁰⁸

De este modo la conflictividad depende de dos circunstancias: La existencia de la lesividad (lesión) a un derecho o bien jurídico ajeno y que dicha lesividad sea objetivamente imputable al sujeto como obra propia; lo que constituyen pues las dos preguntas que la función conglobante debe responder: Si existe lesión y si ésta es objetivamente imputable al sujeto; sin embargo, si el conflicto falta no habrá tipicidad objetiva aun cuando haya lesividad, al no poderse considerar el resultado como obra perteneciente a un sujeto. Así pues, sólo hasta que se agotan las funciones sistemática y conglobante del tipo objetivo puede afirmarse la tipicidad objetiva porque tales funciones no son independientes sino elementos

⁹⁰⁴ *Ídem*, pp. 340-341.

⁹⁰⁵ Respecto del espacio problemático que tiene prelación sobre las preguntas de la tipicidad objetiva, Zaffaroni expone: “Este orden de prelación de las preguntas acerca de la tipicidad impone: (a) primero, comenzar por el tipo objetivo y, segundo, dentro de éste, (b) preguntar ante todo si existe el espacio problemático (aspecto objetivo del pragma), y luego, (c) verificar que el mismo sea conflictivo. El tipo objetivo importa, de este modo, dos momentos (b y c), por lo cual, en su interior, deben distinguirse: (a) una *función sistemática* (que permite afirmar la existencia del espacio problemático, descartando todas las conductas inocuas), y luego (b) una *función conglobante* (que permite averiguar la conflictividad).” *Ídem*, p. 352.

⁹⁰⁶ *Ibidem*.

⁹⁰⁷ Sobre este tema Zaffaroni expone el ejemplo siguiente: “...si el agente lesionó a una persona (art. 89), en este primer momento se constata: (a) la conducta (descargar un golpe), (b) el resultado (moretones y fractura) y (c) la causalidad (prescindiendo del golpe no existirían los moretones ni la fractura). (d) Si el tipo exige circunstancias especiales (es un llamado *tipo circunstanciado*) habrá que comprobar también su presencia (si la víctima estaba indefensa para la alevosía, si el medio era el exigido en el envenenamiento, si había un infortunio en el hurto calamitoso, etc.)” *Ídem*, pp. 352-353.

⁹⁰⁸ *Ídem*, p. 353.

diferentes del tipo objetivo que sirven para afirmar dicha tipicidad objetiva. De esta manera el tipo objetivo se esquematiza como sigue:⁹⁰⁹

FUNCIÓN SISTEMÁTICA	FUNCIÓN CONGLOBANTE
(Establece el espacio problemático de discusión) como sigue: a) Acción; b) Resultado; c) Nexos causales; d) Sujeto activo; e) Sujeto Pasivo y f) Otros elementos típicos. ⁹¹⁰	<p>Verifica:</p> <p>1. LESIVIDAD: 1.1 Insignificancia; 1.2 Cumplimiento de un deber; 1.3 Consentimiento; 1.4 Acciones fomentadas por el Derecho.</p> <p>2. IMPUTACIÓN COMO PERTENENCIA A UN SUJETO: 2.1 Dominabilidad del hecho y 2.2. Aporte no banal del partícipe secundario.⁹¹¹</p>

Bajo ese esquema Zaffaroni señala que de la suma del pragma y la conflictividad se obtiene la tipicidad objetiva.⁹¹²

Ahora bien, no puede considerarse una conducta típica sin que de ella surja una mutación física en el mundo llamada resultado, que es material y el único,⁹¹³ pues hay tipos penales como el homicidio que exigen la producción de determinado resultado y se les llamó delitos de resultado otros que no, como la injuria, a los que se les denominó delitos de mera actividad,⁹¹⁴ por lo que con base en esto no puede haber delitos sin resultado aunque haya tipos penales que no lo requieran, sin embargo, cuando en el mundo nada sucede, entonces

⁹⁰⁹ *Ídem*, pp. 353-354.

⁹¹⁰ *Ídem*, p. 355.

⁹¹¹ *Ibidem*.

⁹¹² *Ibidem*.

⁹¹³ Al respecto, Zaffaroni aclara: “La doctrina de otros tiempos ha pretendido distinguir entre el *resultado material* y el *resultado jurídico*, pero este último es producto de una confusión conceptual, dado que no es otra cosa que la propia lesión al bien jurídico, o sea, un requisito del tipo conglobante. Por eso, para evitar confusiones es preferible no emplear la expresión *resultado jurídico*, entendiendo que cada vez que nos referimos al *resultado* a secas, estamos haciendo mención del resultado *material* o mutación física, que en verdad es el único *resultado*.” *Ídem*, pp. 355-356.

⁹¹⁴ Al respecto, Zaffaroni señala: “Esta terminología puede seguir empleándose, pero a condición de que no sea mal entendida, como en algunas construcciones idealistas que sostienen que los llamados delitos de mera actividad son *delitos sin resultado* [...] Esta curiosa lectura idealista de los tipos confunde la técnica legislativa de construcción del tipo con: (a) la realidad (en que todo conflicto presupone que algo pasa en el mundo) y (b) con el objetivo mismo del poder punitivo (que individualiza conflictos, que no pueden existir sin una mutación del mundo físico). El tipo puede privilegiar para la individualización del pragma el eje del resultado o el de la acción, pero así como en el primer caso no se concibe que prohíba resultados sin acciones, en el segundo tampoco es admisible que prohíba acciones sin resultado; primero, porque en el mundo no existen resultados sin acciones ni acciones sin resultado y, en segundo lugar, porque la función política y jurídica de los tipos es la individualización de un pragma que se integra siempre con la acción y el resultado, como presupuestos necesarios para la existencia de un conflicto.” *Ídem*, pp. 356-357.

directamente no hay tipicidad objetiva sistemática, lo que implica que si en el mundo real nada cambia el espacio problemático no se abre.⁹¹⁵

Con ese orden, si en el tipo se prescindiera del resultado eso implicaría desconocer la necesidad de una conflictividad como requisito de límite de irracionalidad tolerable, oponible al ejercicio del poder punitivo, por lo que tampoco es admisible prescindir de la causalidad⁹¹⁶ sólo porque en algunos casos graves no pueda probarse acabadamente y en las últimas décadas haya sufrido críticas. De este modo los tipos objetivos sistemáticos se integran con elementos necesarios, que son la exteriorización de la voluntad y el nexo de causación entre la acción y el resultado. Asimismo con elementos eventuales que son de naturaleza muy diversa y, por su problematicidad, los normativos que implican valoraciones jurídicas o éticas dentro de los que se encuentran los elementos interpretables (en los tipos objetivos), que para precisarse puede acudir a cualquier disciplina. Ahora bien, las remisiones valorativas que son los verdaderos elementos normativos, deben analizarse con cuidado y si permiten la apertura a una integración analógica entonces declararlas inconstitucionales.⁹¹⁷ Luego, en los tipos objetivos pueden distinguirse elementos rígidos, elásticos y vagos o indeterminados,⁹¹⁸ que interesa precisar en definitiva desde el enfoque del derecho penal reductor o contenedor del poder punitivo.⁹¹⁹

La existencia del pragma se comprueba con los elementos requeridos en el tipo objetivo sistemático y para que dicho pragma resulte conflictivo se exigen dos elementos: La lesión a un bien jurídico y que ésta sea imputable como obra propia a un sujeto, de modo que la conflictividad del pragma se comprueba con la existencia de los elementos contenidos en el tipo conglobante, que es necesario para descartar la tipicidad objetiva de una acción cuando la conflictividad no existe, ya sea por ausencia de lesión a alguien o por la imposibilidad de considerarla como perteneciente a alguien; por lo que determinar si el pragma típico es o no

⁹¹⁵ *Ídem*, pp. 355-356.

⁹¹⁶ Sobre el concepto de causalidad Zaffaroni apunta: “La *causalidad* es un proceso ciego que no tiene principio ni fin, o sea, que se proyecta desde y hacia el infinito [...] *causalidad* sería la cadena de causas y efectos que se dan en el mundo y que permite que los hechos sean explicados y, por lo tanto, que aquel sea inteligible.” *Ídem*, p. 357.

⁹¹⁷ *Ídem*, pp. 360-361.

⁹¹⁸ Sobre los elementos rígidos, elásticos y vagos o indeterminados Zaffaroni expresa: “...*elementos rígidos*, que son de fácil precisión; *elementos elásticos*, que se colocan entre dos límites, quedando en medio una zona gris y en los que suelen prevalecer los normativos extrajurídicos; y los *elementos vagos o indeterminados*, que suelen ser totalmente normativos, fundados en pseudoconceptos de naturaleza emocional. Los últimos son inconstitucionales; los elásticos no dejan de plantear problemas constitucionales y deben ser analizados en cada caso.” *Ídem*, p. 361.

⁹¹⁹ *Ídem*, pp. 360-361.

antinormativo, es decir, si afecta un bien jurídico, es imposible sin conglobar la norma deducida en el orden normativo.⁹²⁰

Por otra parte, se considera falso el concepto de bien jurídico tutelado por el poder punitivo, en el plano de la realidad, porque los bienes jurídicos están tutelados por otras disciplinas del derecho, pues dichos bienes son conforme al derecho constitucional, internacional, civil, etcétera y la ley penal sólo se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y tipificarlas pero con ello en modo alguno los protege o tutela porque aun cuando la ley penal no existiera los bienes jurídicos seguirían siendo tales. De este modo tanto en la realidad como en lo jurídico la tutela penal del bien jurídico es un mito por pasarse sin escalas del concepto bien jurídico lesionado al de bien jurídico tutelado, que son polos opuestos entre estado de derecho y estado de policía, entre derecho penal liberal y autoritario.⁹²¹

Así pues, resulta una redundancia expresar que un bien jurídico tiene protección o tutela porque si no la tuviera no sería un bien jurídico. De manera que puede hacerse uso de nuestra salud, de nuestra libertad, de nuestro honor, de nuestra propiedad y lo que se ofende justamente es un pragma conflictivo en esa posibilidad de disponer en la que nadie debe interferir; entendiéndose que la ofensa al bien jurídico puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro, ya que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, sin embargo, en los tipos de peligro debe haber existido siempre una situación de riesgo de lesión en el mundo real.⁹²² Y más aún que con el pretexto de vivir en una sociedad de riesgo los tipos de peligro que adelantan el momento de consumación a etapas muy previas a la lesión, se multiplican.⁹²³

Luego, sobre el principio de insignificancia o de bagatela su base es el principio *minima non curat Praetor*. Y para los fines de la tipicidad objetiva, acorde con el principio de insignificancia o de bagatela, las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante ya que el análisis conglobado de las normas deducidas de los

⁹²⁰ *Ídem*, pp. 365-367.

⁹²¹ *Ídem*, pp. 367-369.

⁹²² Sobre este tema Zaffaroni expone: “La creación de *peligros* y por ende, de ofensas artificiales, no sólo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y *clona* bienes jurídicos: (a) se inventan bienes jurídicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos; (b) se *clonan* bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos *intermedios* (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental), o sea que se tipifica un acto preparatorio de otra tipicidad y, para colmo, se habilita el poder punitivo también con la tentativa, con lo cual pretende tipificarse la tentativa de un acto previo a la tentativa (preparatorio). Estas artimañas autoritarias [...] al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, violan el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición -principio de máxima taxatividad- [...] En definitiva, en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva.” *Ídem*, pp. 371-372.

⁹²³ *Ídem*, pp. 368-371.

tipos penales evidencia que prohíben acciones que generan conflictos de cierta gravedad. De ahí que en todos los tipos cuyos bienes jurídicos admitan lesiones graduables es posible apreciar actos insignificantes, como los tipos de peligro que es un concepto eminentemente graduable.⁹²⁴

Ahora bien, en ninguna sociedad los bienes jurídicos se distribuyen con igualdad, por lo que el criterio de la insignificancia debe valorarse siempre en relación con las condiciones personales del titular⁹²⁵ porque casos que han querido resolverse como problemas de imputación objetiva realmente corresponden a supuestos de insignificancia al tratarse de hipótesis en las que el bien jurídico casi ha desaparecido por quedar únicamente un resto de disponibilidad, entendido esto último como la carencia del carácter esencial de disponibilidad.⁹²⁶

Por otro lado, en un estado de derecho los habitantes deben conocer la posibilidad de lo que deben hacer en cada circunstancia conforme a derecho, es decir, lo que es debido y lo que es prohibido, por lo que la equiparación entre cumplimiento de un deber jurídico y el ejercicio de un derecho es errónea porque este último es la fórmula general de la justificación, o sea, de los preceptos permisivos que de cualquier parte del orden jurídico pueden surgir. De modo que el problema de la aparente confrontación de deberes jurídicos es un tema que debe resolverse considerándose sólo normas prohibitivas derivadas de los tipos penales, en cambio la justificación acepta que los preceptos permisivos entren en interacción; por lo tanto, la antinormatividad requiere para su comprobación la norma deducida del tipo pero conglobada con las normas deducidas de los otros tipos penales, porque no basta la simple colisión de la acción con la norma deducida del tipo.⁹²⁷

Luego, si acorde con el derecho penal liberal la esencia del bien jurídico consiste en una relación de disponibilidad, por lo tanto, negar el valor eximente de la aquiescencia es imposible, en el entendido de que la eficacia eximente de ella tiene como base que cuando el titular de un bien jurídico consiente acciones con posibilidad de ser lesivas o peligrosas

⁹²⁴ *Ídem*, pp. 372-373.

⁹²⁵ Al respecto, Zaffaroni señala: “No obstante, una lesión escasa sigue siendo tal para quien la sufre, aunque su existencia no se altere por ello. Se trata de un criterio válido para graduar la penalidad, pero no para determinar la insignificancia. Así, el hurto de cien pesos a una anciana pensionada es una lesión más grave que el de cien dólares a un multimillonario, pero este último sigue siendo hurto. También una lesión usualmente insignificante, puede ser significativa para el sujeto pasivo concreto en razón de alguna circunstancia particular de éste o de su situación (v.gr. un vaso de gaseosa en el desierto no es lo mismo que en un café de París; un sándwich en un café no es lo mismo que en una casa donde sus habitantes están en límite de miseria.” *Ídem*, p. 373.

⁹²⁶ *Ibidem*.

⁹²⁷ *Ídem*, pp. 374-375.

entonces no hay lesividad. De esta manera la pretensión de tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular constituye un pretexto para la punibilidad de un pragma no conflictivo ya que la intervención punitiva llega hasta un extremo intolerable cuando pretende que un bien jurídico sea usado por su titular únicamente en determinada forma.⁹²⁸

Ahora bien, la doctrina tradicional hace la distinción entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro justificante, sin embargo, debe ser ubicado siempre como excluyente de tipicidad porque en los tipos que presuponen la voluntad contraria de su titular el acuerdo origina una atipicidad objetiva sistemática y en los que no, lo que generan es una atipicidad objetiva conglobante; por ello es preferible llamar aquiescencia al género y aclarar que el acuerdo elimina la tipicidad objetiva sistemática mientras que el consentimiento lo que elimina es la tipicidad objetiva conglobante.⁹²⁹

Por otra parte, el derecho fomenta múltiples actividades que además son materia de políticas de Estado en la que todos los sectores son coincidentes, como las educativas, sanitarias, deportivas, científicas, productivas, etcétera; de manera que así como no es racional que el Estado prohíba lo que ordena, de igual modo no es racional que prohíba lo que fomenta. Una de las actividades que en el orden jurídico está claramente fomentada es la deportiva, en la que sus reglamentos prevén medidas de asistencia urgente a los lesionados, así que el límite de la tipicidad lo establece el reglamento deportivo. De ahí que cuando el reglamento se viola la conducta será típica, dolosa o culposa según el caso. Otra actividad fomentada e incluso sostenida por el Estado es la quirúrgica con fines terapéuticos, así que cuando un médico opera a alguien para curarlo aun contra la voluntad de este último dicho profesionalista podrá ser imputado por un delito contra la libertad pero no por lesiones, ya que éstas serían objetivamente atípicas por falta de tipicidad conglobante. Y es que siempre que se haya procedido conforme con las reglas del arte médico el problema de las intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico se resuelven como atípicas mediante la consideración conglobada de la norma, cualquiera que sea el resultado.⁹³⁰

Luego, la tipicidad objetiva conglobante debe verificar la conflictividad del pragma, la cual depende de la ofensividad, es decir, de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico

⁹²⁸ *Ídem*, p. 377.

⁹²⁹ *Ídem*, pp. 377-378.

⁹³⁰ *Ídem*, pp. 380-382.

ajeno y de que esa lesión sea imputable a alguien como obra propia,⁹³¹ sin negar los serios problemas de imputación que corresponden a la tipicidad objetiva y que no tienen solución unívoca. Ahora bien, la teoría de la imputación objetiva es un ensayo de encontrar un criterio único que aspira a resolver todos los problemas de imputación objetiva y en todas las formas típicas, es decir, dolosas y culposas, activas y omisivas, sin embargo, los ensayos de respuesta única no parecen satisfactorios. Por lo que se discute actualmente para determinar que un hecho es objetivamente imputable a un sujeto como obra propia, según las estructuras típicas fundamentales indicadas (dolosa, culposa, activa y omisiva) o si existe un criterio único, como la causalidad de Liszt, que proporcione una respuesta válida para todos los tipos penales.⁹³²

Al respecto, en el tipo doloso el autor es quien tiene el dominio del hecho, lo que significa disponer de sus condiciones, su sí, su cuándo, su cuánto, su cómo, su dónde, etcétera y decidir si el hecho se realiza, sigue, se detiene; aunque hay dos supuestos claros en los que aun cuando el sujeto tiene el dominio del hecho no se considera autor sino cómplice,⁹³³ denominado por la doctrina como partícipe primario. Así pues, el dominio del hecho opera conforme a un plan concreto del hecho y en cada uno de ellos se establece quién o quiénes son los señores del hecho, porque no puede hacerse acorde con la fórmula esquemática legal, es decir, conforme al tipo, ya que éste es necesariamente abstracto y en la vida no hay acciones abstractas de homicidio o robo y el tipo sirve para captar acciones concretas de matar o de apoderamiento.⁹³⁴

Luego, el dominio del hecho presupone ciertas condiciones objetivas porque cuando un fenómeno por nadie es dominable entonces no tiene congruencia preguntarse quién lo dominó. De esta manera el tipo objetivo conglobante exige la dominabilidad que es el presupuesto objetivo del dominio y criterio acorde con el cual se imputa objetivamente al autor su hecho.⁹³⁵

⁹³¹ *Ídem*, p. 383.

⁹³² *Ídem*, p. 392.

⁹³³ Sobre este tema Zaffaroni apunta: “Se trata de los casos de delitos de propio medio y de *delicta propria*. En los primeros sólo puede ser autor quien realiza personalmente la acción descrita por el verbo típico (el sujeto que en una violación sujeta a la víctima para que le sea posible a otro accederla carnalmente, realiza una cooperación necesaria que domina el hecho pese a lo cual no puede ser autor por no haber realizado la acción típica). Del mismo modo, tampoco puede asumir la calidad de autor de un delito especial propio, el agente que no reúne los requisitos exigidos por el tipo penal (no puede cometer prevaricato quien no es juez aun cuando realice un aporte indispensable para la concreción de ese delito.” *Ídem*, p. 392.

⁹³⁴ *Ídem*, pp. 392-393.

⁹³⁵ *Ídem*, p. 393.

Por otra parte, la naturaleza de la culpa se intentó explicar de modo cercano a la omisión y hasta como un caso de esta última pero deben distinguirse porque aun cuando en la culpa siempre hay un momento omisivo cuando no se pone diligencia o no se observa el cuidado, sin embargo, no puede confundirse porque el tipo culposo activo prohíbe una acción,⁹³⁶ de modo que identificar la culpa con la omisión sería un mandato de hacer lo imposible en algunos casos porque en la culpa es muy reducido el tipo objetivo sistemático ya que sólo ha planteado debates la función del resultado toda vez que siempre se trata de la prohibición de una conducta y que su desvalor consiste en la violación del deber de cuidado en la programación de la causalidad, por lo que el programa por su finalidad no se prohíbe sino por su defecto.⁹³⁷

Así, en la tipicidad culposa el resultado es un elemento de azar del que no puede prescindirse porque sin resultado no hay pragma típico, lo que desde el enfoque de la conflictividad social no es equiparable quien viola un deber de cuidado sin producir resultado que quien lo hace y produce múltiples muertes. Asimismo, si se prescindiera del resultado en el tipo culposo eso implicaría que el ámbito de lo penalmente prohibido se ampliara hasta límites increíbles de llegar al extremo de que buena parte del derecho administrativo configuraría injustos penales.⁹³⁸

Ahora bien, proveniente del derecho civil, a la culpa se le caracterizó mediante la causalidad y la previsibilidad, lo que ya resulta insuficiente y hasta primitivo porque la previsibilidad entendida como la posibilidad de prever el resultado ningún límite marca y el tipo debe precisar qué previsibilidad es típicamente relevante, es decir, establecer un límite objetivo que se daría al crear un peligro prohibido por violación del deber de cuidado sin ignorarse que una actividad por muy reglamentada que esté en una ley formal no puede prever todos los supuestos, de manera que frecuentemente no hay otra alternativa más que dejarlo a los patrones sociales de prudencia.⁹³⁹

Luego, sobre el principio de confianza, éste tiene su límite en el propio deber de observación y cuando se está ante acciones que implican una actividad compartida como una

⁹³⁶ Al respecto, Zaffaroni señala: "...el tipo culposo activo prohíbe una acción: no ordena que un ciego conduzca con cuidado, que un inexperto pilotee un avión correctamente, que un sujeto sin calificación técnica intervenga quirúrgicamente conforme a las reglas del arte médico, sino que les prohíbe hacerlo." *Ídem*, p. 426.

⁹³⁷ *Ibidem*.

⁹³⁸ *Ídem*, p. 427.

⁹³⁹ *Ídem*, pp. 428-429.

intervención quirúrgica o el tránsito, con frecuencia surgen problemas complejos de manera que el criterio aplicable para determinar la medida de creación de un peligro prohibido es dicho principio de confianza que consiste en que no viola el deber de cuidado la acción de quien confía en que otro se comportará correctamente mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario. De este modo la afirmación de la causalidad y de la violación del deber de cuidado es insuficiente para afirmar la tipicidad culposa porque restaría averiguar la existencia del nexo de determinación entre la antinormatividad y el resultado, es decir, si el resultado está determinado por la violación normativa.⁹⁴⁰

Así, en la tipicidad culposa la insignificancia en relación con la violación del deber de cuidado excluye la tipicidad porque en general se excluye el nexo de determinación. Y las acciones que son impuestas por el orden jurídico, como las de bomberos, policías y conductores de ambulancias que generan peligros que pueden concretarse en resultados lesivos, pueden considerarse como productoras de peligros no prohibidos siempre que se reúnan los requisitos siguientes: a) Atenerse a los límites reglamentarios; b) Observancia de las reglas del arte, oficio, función o profesión y c) Que esos deberes se encuentren dentro de los límites de las causas de justificación para terceros en circunstancias análogas.⁹⁴¹

Luego, la dogmática contemporánea trata de excluir el llamado *versari in re illicita*, que consiste en que quien quiso la causa quiso el resultado y esa exclusión se ha intentado tanto en la tipicidad objetiva como en la subjetiva. Y es regla básica que en ninguna hipótesis es admisible una pena más grave que no haya sido causada por dolo o culpa, de modo que el concepto de preterintención generó una confusión que condujo a soluciones de responsabilidad objetiva, que incluso, para ciertas calificantes, se introdujo el concepto de delito calificado por el resultado.⁹⁴²

Por otra parte, en el tipo omisivo la tipicidad se verifica de la diferencia entre la conducta realizada y la descrita, distinto de lo que sucede en la estructura típica activa que surge mediante la identidad de la conducta realizada con la descrita en el tipo legal; por lo que la diferencia entre el tipo activo y el omisivo consiste en la forma de enunciar la norma porque las normas que se deducen de los tipos siempre son prohibitivas ya que prohíben algo, pero toda norma prohibitiva puede enunciarse de dos modos, el prohibitivo propiamente y el

⁹⁴⁰ *Ídem*, pp. 432-433.

⁹⁴¹ *Ídem*, p. 434.

⁹⁴² *Ídem*, p. 437.

imperativo. Así pues, la norma deducida de un tipo activo asume un enunciado prohibitivo, en cambio la norma deducida de un tipo omisivo asume un enunciado imperativo.⁹⁴³

Luego, como particularidad de la tipicidad conglobante en los tipos omisivos se destaca que la posibilidad física de realizar la acción ordenada es un presupuesto mínimo de la objetividad típica porque ésta requiere, además, que con la conducta ordenada se haya tenido la posibilidad cierta de evitar el resultado mediante la interferencia de la causalidad; lo que constituye la característica particular de la dominabilidad en la estructura típica omisiva que implica pues la posibilidad objetiva de dominio del curso causal; en el entendido de que la tipicidad conglobante se excluye aun cuando exista el nexo de evitación verificado en el tipo objetivo sistemático, al no poder ser dominado un curso causal en el estado actual de la ciencia y de la técnica, aunque pueda ser explicado.⁹⁴⁴

De este modo la antinormatividad, identificada como tipicidad, es un indicio de antijuridicidad, pero sólo con el juicio de esta última se verifica en definitiva la limitación al espacio social de libertad, porque la antijuridicidad es un juicio acabado de prohibición de mandato.⁹⁴⁵

4.2 Sinopsis de la teoría de la tipicidad conglobante

4.2.1 Integración de la tipicidad penal

Acorde con la teoría de la tipicidad conglobante la tipicidad implica antinormatividad (contrariedad a la norma), de manera que la tipicidad penal es la suma de la tipicidad legal más la tipicidad conglobante,⁹⁴⁶ por lo que el juicio de tipicidad no sólo es de tipicidad legal sino que exige otro paso que estriba en comprobar la tipicidad conglobante.⁹⁴⁷

Así pues, la tipicidad penal no se reduce a la tipicidad legal, que sólo implica la adecuación a la formulación legal, sino que aquélla debe evidenciar una verdadera prohibición con relevancia penal, dándose esa prohibición de la consideración conglobada de la norma; por lo que la tipicidad penal significa la tipicidad legal pero corregida por la tipicidad

⁹⁴³ *Ídem*, p. 439.

⁹⁴⁴ *Ídem*, pp. 450-451.

⁹⁴⁵ *Ídem*, p. 458.

⁹⁴⁶ *Vid. supra*, p. 177.

⁹⁴⁷ *Vid. supra*, p. 178.

conglobante, esta última como reductora del ámbito de aparente prohibición de la sola tipicidad legal.⁹⁴⁸

De este modo un tipo conglobante pertenece al tipo penal pero es distinto del tipo legal, es decir, el tipo penal se compone del tipo legal y del tipo conglobante.⁹⁴⁹

4.2.2 Ubicación estructural de la tipicidad conglobante dentro de la tipicidad penal

El tipo objetivo se divide en dos partes: Tipo objetivo sistemático y tipo objetivo conglobante. El primero se limita a abrir el espacio problemático de discusión, en cambio el segundo en congruencia con el principio general de coherencia o no contradicción reconsidera el alcance de la norma deducida del tipo a través de su conglobación con el universo de normas deducidas de otros tipos y establecidas por (o deducidas de) otras leyes penales y no penales.⁹⁵⁰

Luego, el espacio problemático de discusión de la tipicidad objetiva proporciona la fijación primaria o elemental del objeto de prohibición, que junto con todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo integran la función sistemática del tipo objetivo.⁹⁵¹

Así pues, la tipicidad objetiva también llamada existencia del espacio problemático se establece con el tipo legal aislado, es decir, sólo con la fórmula que aparece en el texto de la ley. En esta primera etapa de comprobación típica objetiva corresponde comprobar la existencia del aspecto objetivo del pragma típico denominada sistemática, por lo que el conjunto de los elementos del tipo objetivo que se consideran para su constatación se llama tipo objetivo sistemático. Luego, una vez que mediante la función sistemática se afirma la presencia del espacio problemático entonces será necesario determinar si lo abarcado por él constituye un conflicto (función conglobante).⁹⁵²

Por lo que no puede considerarse una conducta típica sin que de ella surja una mutación física en el mundo llamada resultado, que es material y el único, porque cuando en

⁹⁴⁸ *Vid. supra*, p. 179.

⁹⁴⁹ *Vid. supra*, p. 186.

⁹⁵⁰ *Vid. supra*, p. 194.

⁹⁵¹ *Vid. supra*, p. 194.

⁹⁵² *Vid. supra*, p. 206.

el mundo nada sucede, entonces directamente no hay tipicidad objetiva sistemática, lo que implica que si en el mundo real nada cambia el espacio problemático no se abre.⁹⁵³

4.2.3 Bases de la teoría de la tipicidad conglobante

Se considera que la teoría de la tipicidad conglobante tiene como toda estructura elementos que la componen, esto es obvio, pero ciertamente esos elementos son el resultado de un ejercicio intelectual completo que deriva de las bases siguientes:

1. Bajo el enfoque de la posición realista del conocimiento, lo que el derecho pretende es ser un orden regulador de conducta.⁹⁵⁴

2. El concepto óptico-ontológico de conducta es el que se tiene de ella de modo cotidiano y corriente.⁹⁵⁵

3. La base del delito es la conducta como ineludible carácter genérico.⁹⁵⁶

4. No hay un concepto jurídico-penal de conducta porque el derecho penal se limita a agregarle un desvalor jurídico sin cambiar lo óptico de ella.⁹⁵⁷

5. La relación de un sujeto con un ente se llama bien jurídico y el tipo legal es la manifestación de una norma que se genera para tutelar esa relación.⁹⁵⁸

6. Los bienes jurídicos son derechos de disponer.⁹⁵⁹

7. La esencia del bien jurídico consiste en la relación de disponibilidad del sujeto (no persona) con los objetos y no en los objetos mismos.⁹⁶⁰

8. En la teoría del tipo el bien jurídico desempeña un papel central que da verdadero sentido teleológico a la ley penal.⁹⁶¹

9. Es falso el concepto de bien jurídico tutelado por el poder punitivo, en el plano de la realidad, porque los bienes jurídicos están tutelados por otras disciplinas del derecho, pues tanto en la realidad como en lo jurídico la tutela penal del bien jurídico es un mito por pasarse

⁹⁵³ *Vid. supra*, pp. 207-208.

⁹⁵⁴ *Vid. supra*, p. 174.

⁹⁵⁵ *Vid. supra*, p. 174.

⁹⁵⁶ *Vid. supra*, p. 174.

⁹⁵⁷ *Vid. supra*, p. 174.

⁹⁵⁸ *Vid. supra*, p. 176.

⁹⁵⁹ *Vid. supra*, p. 176.

⁹⁶⁰ *Vid. supra*, p. 197.

⁹⁶¹ *Vid. supra*, p. 175.

sin escalas del concepto bien jurídico lesionado al de bien jurídico tutelado, que son polos opuestos.⁹⁶²

10. La tipicidad penal y la tipicidad legal no es lo mismo porque la primera presupone la segunda, sin embargo, no la agota porque la tipicidad penal requiere además la antinormatividad.⁹⁶³

11. En la tipicidad lo que se comprueba es la antinormatividad.⁹⁶⁴

12. El juicio de tipicidad penal consiste en el juicio de antinormatividad.⁹⁶⁵

13. La antinormatividad significa contrariedad con la norma prohibitiva.⁹⁶⁶

14. La norma es una prohibición por lo que la conducta penalmente típica necesariamente debe ser antinormativa.⁹⁶⁷

15. La antinormatividad requiere para su comprobación la norma deducida del tipo pero conglobada con las normas deducidas de los otros tipos penales, porque no basta la simple colisión de la acción con la norma deducida del tipo.⁹⁶⁸

16. La norma y el bien jurídico se encuentran “ ‘antepuestos’ ” al tipo penal y por ello no pertenecen a él, de modo que la afectación al bien jurídico y la antinormatividad que se presupone son características necesarias para la tipicidad de una conducta pero no pertenecen al tipo legal.⁹⁶⁹

17. El orden jurídico no se agota en el orden normativo porque aquél no es sólo un conjunto ordenado de normas prohibitivas sino que también está integrado con preceptos permisivos que tienen sentido sólo cuando previamente media una norma prohibitiva, ya que no tiene caso permitir lo que no ha sido prohibido.⁹⁷⁰

18. El orden mínimo que entre las normas debe guardarse impide que una norma prohíba lo que otra ordena o fomenta.⁹⁷¹

19. El orden jurídico se establece con el funcionamiento armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos todos expresados en leyes.⁹⁷²

⁹⁶² *Vid. supra*, p. 209.

⁹⁶³ *Vid. supra*, pp. 176-177.

⁹⁶⁴ *Vid. supra*, p. 185.

⁹⁶⁵ *Vid. supra*, p. 189.

⁹⁶⁶ *Vid. supra*, p. 189.

⁹⁶⁷ *Vid. supra*, p. 177.

⁹⁶⁸ *Vid. supra*, p. 210.

⁹⁶⁹ *Vid. supra*, p. 184.

⁹⁷⁰ *Vid. supra*, p. 178.

⁹⁷¹ *Vid. supra*, p. 178.

20. La afectación del bien jurídico es requisito indispensable de la tipicidad conglobante y finalmente de la tipicidad penal.⁹⁷³

21. No toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la que se requiere por la tipicidad penal, porque las afectaciones exigidas por ésta siempre requieren de alguna gravedad.⁹⁷⁴

22. El derecho penal interviene con la pena sólo cuando la seguridad jurídica se ve afectada de manera intolerable.⁹⁷⁵

23. Las conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico son atípicas.⁹⁷⁶

24. La criminalización opera sobre la base del conflicto que es el soporte fáctico del delito cuando afecta bienes jurídicos ajenos.⁹⁷⁷

25. Todo conflicto presupone que algo pasa en el mundo.⁹⁷⁸

4.2.4 Esquema de la teoría de la tipicidad conglobante

4.2.4.1 Concepto de tipicidad conglobante

La tipicidad conglobante es un correctivo normativo,⁹⁷⁹ de la tipicidad legal objetiva,⁹⁸⁰ que puede reducir el ámbito de aparente prohibición de la sola tipicidad legal y así excluir de lo típico conductas que sólo aparentemente están prohibidas, al averiguar la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma no considerada aisladamente sino apreciada como parte de un universo ordenado de normas⁹⁸¹ para de ese modo conocer si el bien jurídico está o no afectado⁹⁸² porque la tipicidad legal da como resultado únicamente una presunción de prohibición.⁹⁸³

⁹⁷² *Vid. supra*, p. 185.

⁹⁷³ *Vid. supra*, p. 183.

⁹⁷⁴ *Vid. supra*, p. 183.

⁹⁷⁵ *Vid. supra*, p. 188.

⁹⁷⁶ *Vid. supra*, p. 190.

⁹⁷⁷ *Vid. supra*, p. 193.

⁹⁷⁸ *Vid. supra*, p. 207, n. 914.

⁹⁷⁹ *Vid. supra*, p. 184.

⁹⁸⁰ *Vid. supra*, p. 196.

⁹⁸¹ *Vid. supra*, pp. 178-179.

⁹⁸² *Vid. supra*, p. 186.

⁹⁸³ *Vid. supra*, p. 188.

4.2.4.2 Estructura de la tipicidad conglobante

La estructura de la tipicidad conglobante se conforma con dos elementos principales: El pragma y la conflictividad. Y dos secundarios: La lesividad y la imputación por dominabilidad, que integran la conflictividad. Y todos ellos en función del elemento central de la tipicidad penal consistente en el bien jurídico.

4.2.4.3 Elementos de la tipicidad conglobante

4.2.4.3.1 Pragma

No hay un delito cuando tampoco hay un problema de manera que es necesario averiguar si existe un espacio problemático porque los tipos captan pragmas conflictivos, sin embargo, antes de indagar si son conflictivos primero es menester conocer si concurren los elementos objetivos de un pragma porque sólo con la objetividad de un pragma se abre el espacio problemático que tiene prelación en la tipicidad objetiva.⁹⁸⁴

El pragma es indicador de la acción humana y de su obra en el mundo como realidad de éste.⁹⁸⁵ Y el tipo penal es la fórmula legal necesaria al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos,⁹⁸⁶ pues la construcción de la tipicidad objetiva tiene la función de establecer el pragma típico pero también la de exclusión de la tipicidad cuando no media conflictividad, al no ser tolerable el ejercicio del poder punitivo si no existe conflictividad como pragma típico, porque el tipo objetivo no imputa cualquier pragma sino un pragma conflictivo. Así pues, el pragma típico se fija mediante la función sistemática que implica un ámbito máximo de antinormatividad, pero se confirma sólo con la simultánea comprobación de su conflictividad, que es el procedimiento que bien puede terminar con la cancelación o reducción de dicho pragma,⁹⁸⁷ porque un bien jurídico que pretende tutelarse más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo.⁹⁸⁸

Ahora bien, como toda tipicidad tiene un cierto componente azaroso entonces sin el resultado no hay pragma típico al no haber conflicto o ser éste de incidencia menor o

⁹⁸⁴ *Vid. supra*, p. 206.

⁹⁸⁵ *Vid. supra*, p. 193, n. 855.

⁹⁸⁶ *Vid. supra*, p. 193.

⁹⁸⁷ *Vid. supra*, pp. 194-195.

⁹⁸⁸ *Vid. supra*, p. 198.

ínfima.⁹⁸⁹ Así pues, una conducta se considera delito cuando una ley la criminaliza mediante fórmulas legales que señalan pragmas conflictivos, entendidos éstos como conductas, circunstancias y resultados que amenazan con pena y se llaman tipos, con la aclaración pertinente de que la palabra tipo es preferible mantenerla para la fórmula legal y abstracta y llamar pragma a lo particular y concreto, consistente en la conducta realmente realizada, pero con su resultado y sus circunstancias,⁹⁹⁰ admitiéndose las inimaginables variables concretas de los pragmas que exigen perfeccionamientos de la valoración reductora de las hipótesis típicas;⁹⁹¹ así pues, de la suma del pragma y la conflictividad se obtiene la tipicidad objetiva.⁹⁹²

Luego, la existencia del pragma se comprueba con los elementos requeridos en el tipo objetivo sistemático y para que dicho pragma resulte conflictivo se exigen dos elementos: La lesión a un bien jurídico y que ésta sea imputable como obra propia a un sujeto. De modo que la conflictividad del pragma se comprueba con la existencia de los elementos contenidos en el tipo conglobante, que es necesario para descartar la tipicidad objetiva de una acción cuando la conflictividad no existe, ya sea por ausencia de lesión a alguien o por la imposibilidad de considerarla como perteneciente a alguien; por lo que determinar si el pragma típico es o no antinormativo, es decir, si afecta un bien jurídico, es imposible sin conglobar la norma deducida en el orden normativo.⁹⁹³

Por lo tanto, resulta una redundancia expresar que un bien jurídico tiene protección o tutela porque si no la tuviera no sería un bien jurídico. Y lo que se ofende justamente es un pragma conflictivo en esa posibilidad de disponer en la que nadie debe interferir; entendiéndose que la ofensa al bien jurídico puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro, agregándose asimismo que en los tipos de peligro debe haber existido siempre una situación de riesgo de lesión en el mundo real,⁹⁹⁴ precisándose que en la tipicidad culposa sin resultado no hay pragma típico.⁹⁹⁵

⁹⁸⁹ *Vid. supra*, p. 201.

⁹⁹⁰ *Vid. supra*, pp. 204-205.

⁹⁹¹ *Vid. supra*, p. 205.

⁹⁹² *Vid. supra*, p. 207.

⁹⁹³ *Vid. supra*, pp. 208-209.

⁹⁹⁴ *Vid. supra*, p. 209.

⁹⁹⁵ *Vid. supra*, p. 213.

4.2.4.3.2 Conflictividad

La legislación penal es el conjunto de leyes que programan la decisión de conflictos⁹⁹⁶ y es sobre la base del conflicto que la criminalización opera, por lo que el conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos es el soporte fáctico del delito.⁹⁹⁷ El conflicto, para ser tal, requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a alguien y es mediante la función conglobante del tipo objetivo que se establece la existencia del conflicto.⁹⁹⁸

Así pues, el conflicto jurídico es el elemento principal del principio de lesividad.⁹⁹⁹

Ahora bien, con la función conglobante del tipo objetivo se verifica la conflictividad del pragma, que consiste en constatar tanto la lesividad como la posibilidad de que el pragma sea imputado a alguien como propio, es decir, la imputación por dominabilidad, porque cuando no hay lesión o cuando ésta no puede ser imputada a alguien como obra dominable entonces tampoco hay conflicto.¹⁰⁰⁰

De modo que la conflictividad en el plano objetivo implica la posibilidad objetiva de imputar a alguien la acción.¹⁰⁰¹

Por lo tanto, un juez para que aprecie una conducta como penalmente prohibida requiere como un mínimo de racionalidad que la prohibición penal presuponga un conflicto de cierta importancia que lesione algún ente valioso para la coexistencia, es decir, un bien jurídico. Así pues, prohibición penal y conflictividad penal es lo mismo, las cuales son señaladas por la tipicidad. Y es a partir de la conflictividad penal que se averigua la antijuridicidad y culpabilidad.¹⁰⁰²

Luego, los elementos esenciales del conflicto son la lesión y el sujeto de la imputación porque los conflictos penalizados sólo se conciben cuando implican lesiones a otro producidas en la interacción humana, por lo que cuando hay acciones que no lesionan a alguien o cuando no es posible imputarlas a alguien entonces la conflictividad no existe porque la tipicidad objetiva del conflicto necesita responder tanto a un qué como a un quién.¹⁰⁰³ En otras palabras la conflictividad depende de dos circunstancias: La existencia de la lesividad (lesión) a un

⁹⁹⁶ *Vid. supra*, p. 191.

⁹⁹⁷ *Vid. supra*, p. 193.

⁹⁹⁸ *Vid. supra*, p. 195.

⁹⁹⁹ *Vid. supra*, p. 193.

¹⁰⁰⁰ *Vid. supra*, p. 194.

¹⁰⁰¹ *Vid. supra*, p. 194.

¹⁰⁰² *Vid. supra*, pp. 205-206.

¹⁰⁰³ *Vid. supra*, p. 195.

derecho o bien jurídico ajeno y que dicha lesividad sea objetivamente imputable al sujeto como obra propia.¹⁰⁰⁴

4.2.4.3.3 La lesividad como elemento de la tipicidad conglobante

Bajo el principio de lesividad ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, estimándose éste como el elemento principal de dicho principio.¹⁰⁰⁵ El modo de establecer la lesividad es considerándose la norma, que se deduce del tipo, pero no de forma aislada sino de manera conglobada en el orden normativo compuesto por todo el conjunto de normas, ya sean deducidas o expresadas en otras leyes de igual o superior jerarquía.¹⁰⁰⁶ Ahora bien, el concepto de bien jurídico es indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad, que impone que no hay tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico.¹⁰⁰⁷

Así pues, para los fines de la tipicidad objetiva, las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante acorde con el principio de insignificancia o de bagatela, porque la consideración conglobada de las normas deducidas de los tipos penales tiende en general a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad en congruencia con el principio de proporcionalidad que requiere de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición.¹⁰⁰⁸

Por lo tanto, en la construcción del sistema penal el principio de lesividad se introdujo con el concepto de bien jurídico, por lesión o por peligro cierto, de modo que acorde con tal principio mientras no hay una lesión no hay un conflicto y si no hay conflicto tampoco puede haber peligro y por ello sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse. Así pues, el principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado, exigencia que constituye una limitación al poder punitivo,¹⁰⁰⁹ pero cuando el titular de un bien jurídico consiente acciones con posibilidad de ser lesivas o peligrosas entonces no hay lesividad.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁴ *Vid. supra*, p. 206.

¹⁰⁰⁵ *Vid. supra*, p. 193.

¹⁰⁰⁶ *Vid. supra*, p. 194.

¹⁰⁰⁷ *Vid. supra*, p. 197.

¹⁰⁰⁸ *Vid. supra*, pp. 197-198.

¹⁰⁰⁹ *Vid. supra*, pp. 203-204.

¹⁰¹⁰ *Vid. supra*, pp. 210-211.

4.2.4.3.4 Imputación por dominabilidad

La imputación por dominabilidad consiste en constatar la posibilidad de que el pragma sea imputado a alguien como propio, por lo que cuando la lesión no puede ser imputada a alguien como obra dominable entonces tampoco hay conflicto porque se trataría de un accidente y no de un conflicto.¹⁰¹¹

Ahora bien, un presupuesto necesario de la dominabilidad de un curso causal es la previsibilidad, pues sin dominio del hecho no hay autoría dolosa porque autor y hecho son términos de un juicio analítico y no sintético, de modo que la dominabilidad es el presupuesto objetivo del dominio.¹⁰¹²

Así pues, la tipicidad objetiva presupone la dominabilidad, que consiste en la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho en congruencia con las reglas del principio general de dominabilidad que son las siguientes: a) Los cursos causales que por nadie pueden ser dominados no eliminan el dolo ya que ni siquiera tiene sentido preguntarse por él porque en el tipo objetivo no aparece un curso causal con la capacidad de ser dirigible humanamente; b) Los cursos causales dominables humanamente se diferencian entre los que son dominables por cualquiera y los que son dominables sólo por un especialista que reúne las condiciones de conocimiento o entrenamiento especiales necesarios en el dominio del hecho; c) No hay posibilidad de dominar el hecho cuando mediante un juicio de congruencia la acción resulta irracional entre medios y fines de manera que cuando los medios son notoriamente inadecuados para obtener los fines no hay dominabilidad y d) Cuando no hay dominabilidad tampoco es posible imputar objetivamente el delito doloso, sin que eso excluya la posibilidad de la tipicidad culposa de la acción.¹⁰¹³

Luego, en el tipo doloso el autor es quien tiene el dominio del hecho, lo que significa disponer de sus condiciones, su sí, su cuándo, su cuánto, su cómo, su dónde, etcétera y decidir si el hecho se realiza, sigue, se detiene. El dominio del hecho opera conforme a un plan concreto del hecho y en cada uno de ellos se establece quién o quiénes son los señores del hecho porque no puede hacerse conforme al tipo ya que éste es necesariamente abstracto y en

¹⁰¹¹ *Vid. supra*, p. 194.

¹⁰¹² *Vid. supra*, pp. 200-201.

¹⁰¹³ *Vid. supra*, p. 201.

la vida no hay acciones abstractas de homicidio o robo y el tipo sirve para captar acciones concretas de matar o de apoderamiento.¹⁰¹⁴

Por lo que el dominio del hecho presupone ciertas condiciones objetivas ya que cuando un fenómeno por nadie es dominable entonces no tiene congruencia preguntarse quién lo dominó. De esta manera el tipo objetivo conglobante exige la dominabilidad, que es el presupuesto objetivo del dominio y criterio acorde con el cual se imputa objetivamente al autor su hecho.¹⁰¹⁵

4.2.5 Objeto de la tipicidad conglobante

El objeto de la tipicidad conglobante es resolver problemas de lesividad e imputación, por lo que aun cuando en su versión original operaba como correctivo de la tipicidad objetiva y subjetiva, sin embargo, sus postulados se transfirieron en buena parte a la tipicidad objetiva en razón del objeto de dicha teoría.¹⁰¹⁶

4.2.6 Función de la tipicidad conglobante

El juzgador jamás puede considerar incluidas en el tipo penal conductas que realmente no puedan estimarse contrarias a la norma ni afectantes del bien tutelado, aun cuando formalmente se adecuen a la descripción típica, por lo que para llegar a la antinormatividad se requieren dos investigaciones: La del alcance de la norma que está antepuesta al tipo legal y le ha dado origen. Y sobre la afectación del bien jurídico; estas dos investigaciones, se reitera, son posteriores al juicio de tipicidad legal, la que una vez comprobada obliga a indagar la antinormatividad y hasta que ésta queda comprobada entonces puede concluirse la tipicidad penal de la conducta.¹⁰¹⁷

De este modo el juicio de tipicidad no sólo es de tipicidad legal sino que exige otro paso que estriba en comprobar la tipicidad conglobante, la cual puede excluir de lo típico conductas que sólo aparentemente están prohibidas porque su función es reducir la tipicidad a la verdadera dimensión de lo que la norma prohíbe para dejar fuera de la tipicidad penal las conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal pero que el orden normativo

¹⁰¹⁴ *Vid. supra*, p. 212.

¹⁰¹⁵ *Vid. supra*, p. 212.

¹⁰¹⁶ *Vid. supra*, p. 196.

¹⁰¹⁷ *Vid. supra*, p. 177.

precisamente porque las ordena o las fomenta es que no quiere prohibirlas, por lo que la tipicidad conglobante es un correctivo de la tipicidad legal.¹⁰¹⁸ Esto es así porque la tipicidad penal implica la tipicidad legal pero corregida por la tipicidad conglobante, que puede reducir el ámbito de aparente prohibición de la sola tipicidad legal.¹⁰¹⁹

Así pues, la tipicidad conglobante es una segunda forma de tipicidad penal, un paso analítico necesario de cumplir una vez agotado el análisis de la tipicidad legal de la conducta,¹⁰²⁰ por lo que el tipo legal una vez conglobado con las demás leyes de la legislación de que forma parte lo que revela es el verdadero alcance de la norma que expresa.¹⁰²¹

De este modo son dos las preguntas que la función conglobante debe responder: Si existe lesión y si ésta es objetivamente imputable al sujeto; sin embargo, si el conflicto falta no habrá tipicidad objetiva aun cuando haya lesividad, al no poderse considerar el resultado como obra perteneciente a un sujeto. Así pues, sólo hasta que se agotan las funciones sistemática y conglobante del tipo objetivo puede afirmarse la tipicidad objetiva porque tales funciones no son independientes sino elementos diferentes del tipo objetivo que sirven para afirmar dicha tipicidad objetiva.¹⁰²²

Otra función de la tipicidad conglobante es evitar absurdos, pues resulta inexacto que el cumplimiento de deber jurídico es causa de justificación porque es absurdo considerar las conductas de los obligados como típicas justificadas.¹⁰²³

Luego, la tipicidad conglobante cumple su función reductora mediante la verificación de la existencia de un conflicto (conflictividad) que implica una lesividad imputable objetivamente a alguien (dominabilidad).¹⁰²⁴ Así pues, la función de la conglobación es claramente normativa por ser la conglobación una operación determinante de la lesividad, que se deduce del tipo sistemático y del universo de normas prohibitivas y preceptivas que deben considerarse como un orden normativo en el que se encuentran normas penales y no penales así como constitucionales e internacionales y de las que surge el alcance prohibitivo de la norma particular.¹⁰²⁵

¹⁰¹⁸ *Vid. supra*, pp. 178-179.

¹⁰¹⁹ *Vid. supra*, p. 179.

¹⁰²⁰ *Vid. supra*, p. 185.

¹⁰²¹ *Vid. supra*, p. 186.

¹⁰²² *Vid. supra*, pp. 206-207.

¹⁰²³ *Vid. supra*, p. 189.

¹⁰²⁴ *Vid. supra*, p. 195.

¹⁰²⁵ *Vid. supra*, p. 196.

4.2.7 Funcionamiento de la tipicidad conglobante

El tipo conglobante como requerimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado a través de la comprobación de la antinormatividad implica la contradicción de la conducta con la norma pero conglobada con el resto del orden normativo que integra; por lo que el tipo conglobante sirve para establecer la tipicidad conglobante de una conducta legalmente típica. Y dicha tipicidad constituye el paso analítico que esclarece si la conducta es contraria al orden normativo, es decir, antinormativa y, en consecuencia, si el bien jurídico tutelado está afectado por lesión o por peligro. Por lo tanto, la tipicidad conglobante es el segundo paso de la tipicidad penal y opera como correctivo de la tipicidad legal.¹⁰²⁶

La afectación del bien jurídico proporciona un claro instrumento de interpretación del tipo legal, el cual puede estar cumplimentado y aun así el bien jurídico no encontrarse afectado; lo que sólo puede establecerse en la tipicidad conglobante.¹⁰²⁷

Ahora bien, como con la tipicidad legal se abarca únicamente una apariencia de prohibición ya que el verdadero y único alcance de la prohibición estaría dado definitivamente por la consideración conglobada de la norma, no aislada, entonces esa consideración conglobada implica penetrar en el terreno de una investigación más fina su alcance prohibitivo, ya que la tipicidad legal da como resultado únicamente una presunción de prohibición.¹⁰²⁸

La tipicidad conglobante para cumplir su función debe constatar tanto la lesividad del pragma como su pertenencia a alguien, de modo pues que sin lesividad no hay conflicto porque no hay lesión. Y sin imputación tampoco hay conflicto porque el daño o peligro no es producto de la interacción, así que el modo de comprobar la lesividad es mediante la constatación de la afectación, por daño o por peligro, del bien jurídico, pero de manera significativa, por lo que la imputación se verifica mediante la comprobación de que el sujeto, si fue autor, tuvo la dominabilidad objetiva del hecho. Y si fue partícipe, hizo un aporte causal, no banal ni inocuo.¹⁰²⁹

¹⁰²⁶ *Vid. supra*, pp. 186-187.

¹⁰²⁷ *Vid. supra*, p. 183.

¹⁰²⁸ *Vid. supra*, p. 188.

¹⁰²⁹ *Vid. supra*, pp. 195-196.

Así pues, la tipicidad objetiva conglobante debe verificar la conflictividad del pragma, la cual depende de la ofensividad, es decir, de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ajeno y de que esa lesión sea imputable a alguien como obra propia.¹⁰³⁰

Luego, la exclusión de la lesividad mediante la consideración conglobada de la norma que se deduce del tipo objetivo se da cuando: a) No haya afectación del bien jurídico o dicha afectación no sea significativa; b) La conducta del sujeto encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia; c) La conducta del sujeto encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta; d) Exista un acuerdo o una asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo y e) El resultado no exceda del espacio de realización de un riesgo no prohibido.¹⁰³¹

Por lo que la tipicidad conglobante en un segundo momento (imputativo) opera reductivamente al excluir de la tipicidad objetiva las acciones que no son dominables así como las que por su banalidad o cotidianeidad no pueden ser criminalizadas.¹⁰³²

Así pues, la tipicidad conglobante para que cumpla su función imputativa de considerar a un sujeto como autor doloso porque ha tenido el dominio del hecho, es indispensable que el autor proyecte un programa o plan racional con el que calculó desarrollar la causalidad y además ponga una causa necesaria para su éxito sin la cual el plan no hubiera sido posible realizar, porque en ningún caso el dominio se deduce directamente del tipo, que es abstracto, dado que en la vida no se dan acciones abstractas de homicidio o de robo, pues el tipo sirve para captar acciones concretas de matar o apoderarse, pero de ciertos modos particulares y conforme a planes determinados.¹⁰³³ Ahora bien, el acuerdo elimina la tipicidad objetiva sistemática mientras que el consentimiento lo que elimina es la tipicidad objetiva conglobante.¹⁰³⁴

Y en cuanto a la tipicidad conglobante en los tipos omisivos conviene precisar que la diferencia entre el tipo activo y el omisivo consiste en la forma de enunciar la norma porque las normas que se deducen de los tipos siempre son prohibitivas ya que prohíben algo, pero toda norma prohibitiva puede enunciarse de dos modos, el prohibitivo propiamente y el

¹⁰³⁰ *Vid. supra*, pp. 211-212.

¹⁰³¹ *Vid. supra*, pp. 196-197.

¹⁰³² *Vid. supra*, p. 197.

¹⁰³³ *Vid. supra*, p. 200.

¹⁰³⁴ *Vid. supra*, p. 211.

imperativo. Así pues, la norma deducida de un tipo activo asume un enunciado prohibitivo, en cambio la norma deducida de un tipo omisivo asume un enunciado imperativo.¹⁰³⁵

Por lo que como particularidad de la tipicidad conglobante en los tipos omisivos destaca que la posibilidad física de realizar la acción ordenada es un presupuesto mínimo de la objetividad típica porque ésta requiere, además, que con la conducta ordenada se haya tenido la posibilidad cierta de evitar el resultado mediante la interferencia de la causalidad; lo que constituye la característica particular de la dominabilidad en la estructura típica omisiva, que implica pues la posibilidad objetiva de dominio del curso causal.¹⁰³⁶

4.2.8 Atipicidad conglobante

La atipicidad conglobante son supuestos de mandato o fomento de la conducta o de exceso vedado de la prohibición y sólo tiene lugar dentro del mismo orden normativo, es decir, sólo entre las mismas normas prohibitivas, por lo que los preceptos permisivos para nada operan.¹⁰³⁷ De ahí que la más importante diferencia entre la atipicidad conglobante y la justificación es que la primera surge en razón de mandatos o fomentos normativos o de indiferencia (por insignificancia) de la ley penal y no como la segunda, es decir, de permisos concedidos resignadamente por el orden jurídico.¹⁰³⁸

Así pues, la atipicidad conglobante resulta exclusivamente de las normas prohibitivas bajo la premisa de que una norma no puede prohibir una conducta que otra norma fomenta, entonces es diferente a la justificación, la cual tiene su origen en un precepto permisivo y el derecho no la fomenta. De manera que en una situación conflictiva, tratándose de la justificación, el orden jurídico se resigna a que un sujeto realice una conducta abarcada por la norma prohibitiva.¹⁰³⁹

Por otra parte, las conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico son atípicas conforme al principio de insignificancia también llamado principio de bagatela.¹⁰⁴⁰ De ahí que no son típicas las conductas que aun cuando se adecuan a la

¹⁰³⁵ *Vid. supra*, pp. 214-215.

¹⁰³⁶ *Vid. supra*, p. 215.

¹⁰³⁷ *Vid. supra*, p. 187.

¹⁰³⁸ *Vid. supra*, pp. 179-180.

¹⁰³⁹ *Vid. supra*, p. 190.

¹⁰⁴⁰ *Vid. supra*, p. 190.

individualización del tipo legal, sin embargo, no pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico conforme a dicho principio de insignificancia.¹⁰⁴¹

Para los fines de la tipicidad objetiva, acorde con el principio de insignificancia o de bagatela, las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante ya que el análisis conglobado de las normas deducidas de los tipos penales evidencia que prohíben acciones que generan conflictos de cierta gravedad. Por lo que en todos los tipos cuyos bienes jurídicos admitan lesiones graduables es posible apreciar actos insignificantes, como los tipos de peligro que es un concepto eminentemente graduable.¹⁰⁴²

Luego, en la tipicidad culposa la insignificancia en relación con la violación del deber de cuidado excluye la tipicidad porque en general se excluye el nexo de determinación, entendiéndose esto en el sentido de que existen acciones que son impuestas por el orden jurídico que generan peligros que pueden concretarse en resultados lesivos con posibilidad de considerarse como productoras de peligros no prohibidos siempre que se reúnan los requisitos siguientes: a) Atenerse a los límites reglamentarios; b) Observancia de las reglas del arte, oficio, función o profesión y c) Que esos deberes se encuentren dentro de los límites de las causas de justificación para terceros en circunstancias análogas.¹⁰⁴³

¹⁰⁴¹ *Vid. supra*, p. 184.

¹⁰⁴² *Vid. supra*, pp. 209-210.

¹⁰⁴³ *Vid. supra*, p. 214.

Capítulo 5. Reconstrucción del elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México

5.1 Construcción del concepto jurídico

5.1.1 Concepto del “concepto”

El concepto es una unidad mental que comprende un número indefinido de seres y de cosas a los cuales se refiere,¹⁰⁴⁴ es la representación de un objeto al que define dándole un nombre con base en sus cualidades para distinguirlo de los demás objetos.¹⁰⁴⁵ La definición es el concepto que indica lo que un objeto es con la función de delimitar lo definido con precisión, separándolo de manera ideal de todo lo demás¹⁰⁴⁶ y definir es poner límites entre lo que una cosa es y no es¹⁰⁴⁷ de manera que definir los objetos es pues fabricar los conceptos.¹⁰⁴⁸

En sentido amplio el concepto se entiende como toda aprehensión de una cosa comprendiéndose su representación sensitiva o imagen, pero en sentido estricto es la simple aprehensión de la esencia de una cosa y siempre es abstracto al consistir la abstracción en aislar y destacar una propiedad respecto de otras, centrándose el estudio en una o algunas propiedades específicas sin ocuparse de las otras; pero también es general por su aplicabilidad a diversos objetos.¹⁰⁴⁹ Así pues, los conceptos son “significaciones elementales”,¹⁰⁵⁰ son la idea que se tiene de un objeto o proceso percibido y de sus relaciones externas e internas construida racionalmente con las propiedades esenciales de ellos, por eso la construcción del concepto denominada conceptualización es una operación racional y no sólo de percepción.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁴ Cfr. GARCÍA MORENTE, Manuel. *LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFÍA*. *Op. cit.*, pp. 258-259.

¹⁰⁴⁵ Cfr. CISNEROS FARÍAS, German. *LÓGICA JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004, pp. 20-21.

¹⁰⁴⁶ Cfr. SERRANO A. Jorge. *PENSAMIENTO Y CONCEPTO*. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁴⁷ Cfr. NAVA BEDOLLA, José. *FILOSOFÍA Y TEORÍA JURÍDICA. Una relación epistemológica*. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁴⁸ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *METODOLOGÍA DEL DERECHO*. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁴⁹ Cfr. CISNEROS FARÍAS, German. *LÓGICA JURÍDICA*. *Op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁰⁵⁰ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *LÓGICA DEL CONCEPTO JURÍDICO*. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁵¹ Cfr. CAMERO RODRÍGUEZ, Francisco. *LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. Filosofía, Teoría y Método*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2004, p. 128.

Desde otro enfoque clasificar es categorizar y eso implica asignar unidades de pertenencia a algo, por lo que una categoría es un concepto.¹⁰⁵² Los conceptos facilitan el proceso de pensamiento¹⁰⁵³ y tienen dos propiedades principales: Los atributos, que son cualquier rasgo de un objeto que varía de un caso a otro, como la altura, el peso o el color. Y las reglas, que definen qué clase de objetos o eventos son ejemplos de ese concepto particular, como el caso de un aeroplano en el que la regla indica que debe tener alas porque si no podría ser un cohete.¹⁰⁵⁴

Así pues, al clasificar (categorizar) se define y al definir se decide respecto de la esencia de algo. Y también se discrimina deshaciéndose con ello la borrosidad preexistente a la discriminación.¹⁰⁵⁵

5.1.2 Construcción del “concepto”

La teoría científica se constituye, entre otros elementos, fundamentalmente de conceptos.¹⁰⁵⁶ La materia prima en el campo del trabajo intelectual son los fenómenos mientras que los conceptos son el producto.¹⁰⁵⁷ De modo que el género es interior, el concepto. En cambio, la especie es un fenómeno, por lo que en este caso el género se obtiene de la especie a través del entesaque de las cualidades comunes, de las cualidades diversas, así que el concepto es un complejo de cualidades.¹⁰⁵⁸

Ahora bien, la construcción del concepto es la conceptualización que consiste en una operación racional y requiere de un procedimiento conformado por cuatro elementos operacionales.¹⁰⁵⁹ La generalidad y la abstracción son dos de esos elementos, entendiéndose que la generalidad atañe a la extensión del concepto (grado de aplicabilidad) y la abstracción a su contenido (conjunto de cualidades que el concepto posee), cuyo modo de operación es inverso, es decir, el concepto que tiene mayor extensión posee menor contenido y el que tiene

¹⁰⁵² Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁵³ *Ídem*, p. 83.

¹⁰⁵⁴ *Apud.* Klein. *Ídem*, p. 83.

¹⁰⁵⁵ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁰⁵⁶ Cfr. CAMERO RODRÍGUEZ, Francisco. *LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. Filosofía, Teoría y Método. Op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁵⁷ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *METODOLOGÍA DEL DERECHO. Op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁵⁸ *Ídem*, pp. 69-70.

¹⁰⁵⁹ Cfr. CAMERO RODRÍGUEZ, Francisco. *LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. Filosofía, Teoría y Método. Op. cit.*, p. 128.

mayor contenido posee menor extensión.¹⁰⁶⁰ De ahí la afirmación de Agustín Basave Fernández del Valle de que: “El más universal de los conceptos es el más vacío...”¹⁰⁶¹ Por eso la pureza del concepto corresponde al extremo hasta donde fue lograda la abstracción de los caracteres relevantes entre los irrelevantes para formar el *genus* y las *species*.¹⁰⁶²

Luego, la idealización consiste en una síntesis que se compone primero con la abstracción de algunas propiedades del objeto estudiado y después mediante la unión de ellas para construir un objeto ideal que corresponde con lo que se estudia. Y la formalización es otro elemento de la conceptualización que atañe a la separación del objeto ideal y sus funciones (también ideales), del objeto real que corresponda.¹⁰⁶³

Así pues, el objeto formal del concepto se halla determinado por el contenido. Y aunque la determinación del contenido no es absoluta ni exige que la esencia de algo se exhiba mediante la significación conceptual, sin embargo, para que la determinación se considere como tal basta que la referencia al objeto permanezca constante al menos mientras el progreso científico no lo enriquezca, con la aclaración de que el contenido no está integrado por los elementos del objeto formal sino únicamente por las referencias mentales a esos elementos. Y en cuanto al enriquecimiento del concepto se da si a éste se agregan nuevos elementos correspondientes a otras tantas determinaciones distintas de las estimadas en principio, pero siempre que el concepto conserve su sentido unitario.¹⁰⁶⁴

5.1.3 Necesidad del concepto jurídico

Con base en la premisa de que cada disciplina tiene conceptos propios y que éstos son instrumentos básicos para pensar dentro de esa especialidad,¹⁰⁶⁵ el concepto jurídico es indispensable para comprender el derecho como ciencia y como sistema, pero sobre todo para argumentarlo y aplicarlo funcionalmente. Sin embargo, como toda construcción, su eficacia depende sin lugar a dudas del cuidado de seleccionar la calidad de sus elementos estructurales y la congruencia de su acomodo entre ellos, que es lo que distingue la consistencia de la

¹⁰⁶⁰ Cfr. CISNEROS FARIÁS, German. *LÓGICA JURÍDICA*. *Op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁰⁶¹ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO*. *Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*. *Op. cit.*, p. 618.

¹⁰⁶² Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *METODOLOGÍA DEL DERECHO*. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁶³ Cfr. CAMERO RODRÍGUEZ, Francisco. *LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA*. *Filosofía, Teoría y Método*. *Op. cit.*, pp. 129-130.

¹⁰⁶⁴ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *LÓGICA DEL CONCEPTO JURÍDICO*. *Op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁰⁶⁵ Cfr. GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl. *INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA*. Editorial Esfinge, S. de R.L. de C.V. Decimoquinta edición. México, 2006, p. 8.

vulnerabilidad, en el entendido de que esa selección de elementos no necesariamente implica que éstos sean nuevos en su totalidad, porque su aprovechamiento está en función de la congruencia de su acomodo en la estructura y no de lo novedoso o exótico de los mismos.

Así pues, aun cuando las revoluciones conceptuales tienen un límite por operar sobre la tradición esencial que es el lenguaje y las más rotundas innovaciones se hacen manteniéndose en gran parte la “vieja” conceptualidad, sin embargo, debe tenerse presente que cuando un cambio de paradigma se produce los “viejos” elementos que permanecen también se ven afectados por el reajuste general de la red de conceptos y los cambios de jerarquía entre ellos.¹⁰⁶⁶

Luego, se estima que en el caso la de construcción jurídica debe tenerse cuidado especial porque el derecho es un producto cultural y eso vuelve difícil la adaptación de una estructura culturalmente incompatible con el sistema al que pretenda acomodarse, en ocasiones, hasta el extremo del fracaso e inutilidad de dicho sistema.

Ahora bien, los conceptos jurídicos se elaboran a partir de las normas pero también con conceptos no específicamente normativos, sin embargo, todos son una alusión a entes cualificados por normas del derecho, por lo que la perspectiva particular con la que deben verse es la de ser satisfactorios de descripciones que figuran como contenido o condición de aplicación de las normas jurídicas.¹⁰⁶⁷ Respecto de su método de construcción Juan Ramón Capella expone:

“El método característicamente jurídico de construcción de conceptos es el siguiente: dada una situación, hecho o comportamiento empírico cualquiera, se procede en primer lugar a hacer abstracción de sus rasgos específicos hasta que se convierte en un ente abstracto. Se obtiene así una descripción abstracta de un comportamiento o hecho (lo que algunos juristas llaman <<un universal abstracto>> algo precipitadamente, pues no siempre se alcanza tal *universalidad*, aunque sí, en todo caso, una representación no individual sino genérica). El paso siguiente es cualificar, a tenor de normas reales o supuestas, ese ente abstracto. La categoría jurídica está servida.”¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ Cfr. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier. *Del rey cautivo a la república de derecho divino. Retóricas e imaginarios de las revoluciones hispánicas*. En: *MÉXICO A LA LUZ DE SUS REVOLUCIONES*. Coordinadoras: Laura Rojas y Susan Deeds. El Colegio de México, A.C. México, 2014, volumen I, p. 169.

¹⁰⁶⁷ Cfr. CAPELLA, Juan Ramón. *ELEMENTOS DE ANÁLISIS JURÍDICO*. *Op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*.

Así pues, la necesidad del concepto jurídico es indiscutible porque como producto de la ciencia del derecho sistematiza a éste con el fin de lograr su utilidad y funcionalidad a través de la obtención eficaz de su contenido, que no es otro más que la seguridad jurídica.

5.1.4 Concepto de “concepto jurídico”

Con apoyo en algunas de las bases apuntadas se considera que el concepto jurídico es el producto racional construido para precisar y delimitar el contenido semántico de la esencia de un objeto o de un evento y sus relaciones reguladas dentro de un sistema normativo, con el fin de comprender e interpretar congruentemente el contexto¹⁰⁶⁹ de la realidad cultural a la que se aplica.

5.2 El “contexto” como imprescindible elemento central de comprensión e interpretación del concepto jurídico

5.2.1 Problemática del concepto “contexto”

Se considera que el concepto contexto se utiliza de modo ilimitado para sustentar un argumento, realizar una interpretación o justificar una conducta, lo que por lo general se acepta sin cuestionarse una situación fundamental: ¿Qué es el contexto? Pregunta cuya respuesta no se busca en esas actividades intelectuales por tenerse implícito su conocimiento, aun cuando sea sólo supponible, pues el citado concepto de contexto ha sido y sigue siendo el elemento al que se recurre para complementar toda deficiencia argumentativa o interpretativa cuando hay que justificarla.

Y son varias las maneras para advertir cuándo se está haciendo referencia del concepto contexto, sin embargo, como no todas son claras, precisas, completas y contundentes,¹⁰⁷⁰ entonces se necesita de *subtilitas*, es decir, de un saber hacer que requiere una particular finura de espíritu¹⁰⁷¹ para apreciarlas, ya que el conocimiento por muy simple y claro que sea no todo es accesible a cualquier inteligencia.

¹⁰⁶⁹ Al respecto resulta oportuno el apunte de Marco Llinás Volpe quien señala: “Una palabra se convierte en concepto si la totalidad de un contexto de experiencias y significaciones sociales y políticas, en el cual y para el cual se usa una palabra, entra, en su conjunto, en esa única palabra.” *Vid.* LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje. Op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁷⁰ *Vid. supra*, p. 77.

¹⁰⁷¹ *Cfr.* GADAMER, Hans-Georg. *VERDAD Y MÉTODO I*. Ediciones Sígueme S.A.U. Décima edición. Traducción: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. España, 2003, p. 378.

Así pues, cuando Bertrand Russell señala que: “Existe un lenguaje para los sordomudos; un encogimiento de hombros viene a ser en muchos casos como una palabra; en realidad, cualquier clase de movimiento corporal externamente perceptible puede convertirse en una palabra, si conviene en ello el uso social.”¹⁰⁷² Eso sí puede congruentemente considerarse como concerniente al concepto de contexto, por el señalamiento específico de convenirse en el uso social alguna clase de movimiento corporal perceptible de manera externa. Y es que ciertamente un movimiento corporal que pueda percibirse de forma externa puede convertirse o no en un mensaje ofensivo si conviene en ello el uso social, como por ejemplo: Quien muestra a un árbitro de fútbol su mano por el lado contrario al de la palma y sólo con el dedo medio levantado eso puede convertirse o no en una ofensa, todo depende si tal movimiento se hace dentro o fuera del estadio de fútbol y dentro o fuera de la cancha, porque aun cuando se traten de las mismas personas el lugar respecto de la relación entre ellas es distinta en el uso social. Otro ejemplo: El abrazarse dos jugadores como comportamiento de celebrar la anotación de un gol es distinto en el uso social de hacerlo dentro de la cancha de fútbol e inmediatamente después de la anotación, que al estar bañándose en las regaderas de los vestidores del estadio.

Así pues, si ningún acto práctico del ser humano es posible sin una interpretación previa de su entorno y del estado de su sistema corporal-psicológico hasta el extremo tan poderoso de regir la existencia. Y si la precondition del ser humano para poder actuar con éxito y sobrevivir es la interpretación adecuada de tres dimensiones principales de la realidad que rigen la vida: El espacio, el movimiento y el tiempo,¹⁰⁷³ entonces ¿eso puede considerarse el contexto?

Ahora bien, el sentido de un mensaje es la totalidad de contenidos que se transmiten en una comunicación concreta. Es la conjunción y resultado de dimensiones significativas diferentes y una de ellas son las aportaciones contextuales¹⁰⁷⁴ denominados clasemas.¹⁰⁷⁵

Por otra parte, se afirma que siempre hay una interpretación en función de los contextos la cual debe basarse en la totalidad de ellos porque dentro del área de los

¹⁰⁷² Cfr. RUSSELL, Bertrand. *FUNDAMENTOS DE FILOSOFÍA*. Op. cit., p. 67.

¹⁰⁷³ Cfr. DIETERICH, Heinz. *NUEVA GUÍA PARA LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA*. Grupo Editor Orfila Valentini, S.A. de C.V. México, 2011, p. 32.

¹⁰⁷⁴ Cfr. GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. Op. cit., p. 57.

¹⁰⁷⁵ Vid. *supra*, pp. 65-66.

significados la verdadera acepción se dará examinándose su contexto y las “circunstancias extensionales”.¹⁰⁷⁶

Así, el texto y el contexto son componentes básicos de la interpretación, el primero, del cuerpo semántico, es interno, mientras que el segundo se compone con los elementos externos del documento. La palabra preserva la semántica constituida por los valores contextuales y aun cuando puede tener textura múltiple lo que aporta es un potencial al sentido cuyo paso entre uno y otro es la mediación de una frase nueva en la que el sentido potencial surge de la sedimentación y de valores contextuales previos. De este modo el análisis estructural enfatiza el sentido del texto dentro de un contexto y no el de las palabras consideradas individualmente. Ahora bien, cuando existe un vacío y se permite la revisión de la historia de la creación del texto, entonces eso abre la peligrosa posibilidad de las especulaciones, las preferencias y las asunciones.¹⁰⁷⁷

Así pues, se dice que con frecuencia el sentido de un argumento se esclarece por su contexto¹⁰⁷⁸ y que ante la dificultad para determinar la función principal de un pasaje aislado el contexto a menudo es esencial para hacerlo, ya que un pasaje fuera de su contexto puede impedir la comprensión de su sentido.¹⁰⁷⁹ Otra postura afirma la radical arbitrariedad del sentido y que éste sólo es socializable en el contexto porque el contexto marca límites.¹⁰⁸⁰ Y una más establece que en razón de las implicaturas¹⁰⁸¹ el significado de algunas frases es independiente de las estructuras lingüísticas porque depende del contexto¹⁰⁸² y que ninguna expresión es por completo independiente de su contexto pragmático,¹⁰⁸³ entendido éste como el objeto de estudio de la pragmática, disciplina que se enfoca al uso que los hablantes hacen del lenguaje en un contexto.¹⁰⁸⁴ Otra postura señala como problema más importante de los argumentos lingüísticos que el significado de las palabras depende tanto de la cultura como

¹⁰⁷⁶ Cfr. GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios. *EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA*. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁷⁷ Cfr. LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje*. *Op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁰⁷⁸ Cfr. COPI, Irving M y COHEN, Carl. *INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA*. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁷⁹ *Ídem*, p. 88.

¹⁰⁸⁰ Cfr. CORREAS, Óscar. *TEORÍA DEL DERECHO*. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁸¹ Al respecto, Francisco Conesa y Jaime Nubiola exponen lo siguiente: “Un hombre y una mujer pasan toda la noche en una fiesta. En cierto momento ella le dice: <<¿Sabes qué hora es?>>. El marido interpreta inmediatamente que la mujer quiere irse a casa y le contesta: <<Nos vamos cuando quieras>> en lugar de decirle la hora. Nada propiamente lingüístico de la pregunta realizada por la mujer indica el significado que entendió el marido. Tanto es así que a la mujer le queda la posibilidad de anular ese significado implicado sin contradecirle: <<No, no quiero irme, sólo preguntaba la hora>>. Pero el significado que el marido ha inferido es, probablemente, el que la mujer en ese contexto ha querido transmitir. Como veremos, a este tipo de inferencias se les denomina <<implicaturas>>.” *Vid.* CONESA, Francisco y NUBIOLA, Jaime. *FILOSOFÍA DEL LENGUAJE*. *Op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁸² *Ídem*, p. 165.

¹⁰⁸³ *Ídem*, p. 186.

¹⁰⁸⁴ *Ídem*, p. 165.

del contexto, considerándose como error garrafal acudir al diccionario para determinar el significado de un término sin prestar atención al contexto.¹⁰⁸⁵

De este modo se afirma que el significado de un enunciado requiere alguna consideración sobre el contexto así como consideraciones pragmáticas,¹⁰⁸⁶ es decir, sobre las intenciones de quien habla para saber qué dijo.¹⁰⁸⁷

Ahora bien, en principio, el contexto de un mensaje es cualquier elemento ajeno al mensaje que puede tener algún grado de presencia en la percepción de los interlocutores y que es susceptible de modificar y originar expectativas sobre el discurso, disminuir el nivel de incertidumbre de la situación y determinar los temas que requieren explicitud; entre esos elementos se distinguen los que corresponden al contexto lingüístico y los que atañen al contexto extralingüístico, cuya diferenciación es importante porque tienen distinta relevancia como condicionantes de la interpretación del mensaje.¹⁰⁸⁸

Y es que hay elementos que son externos al mensaje y al discurso y otros que son externos al mensaje pero internos al texto en el que ese mensaje se inserta, por lo que la distinción es importante estimándose que el contexto determina la interpretación de los mensajes y esos elementos como condicionantes de tal interpretación tienen distinta relevancia si bajan la incertidumbre del entorno hasta considerarse con rigor como parte de dicho contexto determinativo.¹⁰⁸⁹

Así, la incertidumbre de la situación del discurso disminuye cuando éste se concentra en un tema y se delimitan qué elementos del contexto deben considerarse para completar la información, aunque el receptor siempre se enfocará a dar más importancia a los elementos

¹⁰⁸⁵ Cfr. CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *Los argumentos lingüísticos en la interpretación jurídica*. En: *INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO*. Distribuciones Fontamara, S.A. Coordinadores: Juan Antonio Cruz Parcero, et. al. México, 2014, p. 187.

¹⁰⁸⁶ En relación con este tema Juan Antonio Cruz Parcero expone el ejemplo siguiente: “Una frase como ‘Pedro es mexicano’ literalmente significa que Pedro es nacional de México (que es lo que solemos entender por ser mexicano), pero para poder determinar las condiciones de verdad del enunciado necesitamos saber de qué Pedro estamos hablando. Y si consideramos la frase ‘él es mexicano’, literalmente no podemos saber qué significa, necesitamos igualmente cierta información del contexto para saber de quién se está hablando, por ejemplo, puedo enunciar la frase al tiempo que señalo a Pedro, de este modo ‘Él es mexicano’ significa que Pedro es mexicano. Sin embargo, la frase puede tener otros significados en otros contextos, por ejemplo, si alguien me pregunta si a Pedro le gusta la comida picante y yo contesto diciendo ‘él es mexicano’, el significado aquí no coincide con lo que literalmente se dice, sino que se trata de una *implicación conversacional* o una *implicación pragmática*; en este ejemplo se trata de una respuesta afirmativa a la pregunta, el significado sería algo como ‘sí, a Pedro le gusta el picante’ o ‘por supuesto que le gusta el picante’. Esta idea supone que en la conversación nuestro interlocutor puede saber o estar de acuerdo con que los mexicanos comemos habitualmente comida picante.” *Ídem*, p. 156.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁸ Cfr. NUÑEZ, Rafael y DEL TESO, Enrique. *SEMÁNTICA Y PRAGMÁTICA DEL TEXTO COMÚN*. *Producción y comentario de textos*. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*.

del contexto lingüístico que el emisor hace presentes mediante su referencia,¹⁰⁹⁰ es decir, son elementos contextuales provenientes del emisor.¹⁰⁹¹

Luego, en cualquier lenguaje el sentido de toda expresión depende de las reglas de sentido válidas en dicho lenguaje, pero ese sentido ha de explicarse por la aproximación contextual realizada por quienes usan el lenguaje porque muchas expresiones tomadas en abstracto sin referencia al contexto son ambiguas o indeterminadas pero colocándolas en el contexto de su uso en una situación particular son bastantes precisas para transmitir información con fidelidad en el ámbito de un universo de discurso dado. Por eso ante la afinidad del lenguaje común y el jurídico el problema de la interpretación debe afrontarse mediante la aproximación contextual, así que el sentido de una norma debe buscarse a través de su análisis en el contexto en el que se halla sobre el que pueden distinguirse tres tipos de él que son: Lingüístico, sistémico y funcional. El primero es el contexto del lenguaje jurídico tal como se usa en el sistema jurídico particular o una parte del mismo, debiéndose examinar el vocabulario de tal lenguaje así como sus reglas sintácticas y semánticas, pues la norma puede ser ambigua o indeterminada en el contexto del lenguaje jurídico.¹⁰⁹²

Así, en relación con el contexto sistémico cabe señalar que las normas están en posición jerárquica y eso influye en la actividad interpretativa, por lo que habitualmente se sostiene que la norma de un nivel inferior se interpreta en concordancia del sentido conferido a la norma superior siempre que entre ellas haya un nexo de contenido, por lo que el contexto sistémico de una norma influye en la interpretación de la misma y en ese orden quien interpreta debe considerar esa influencia.¹⁰⁹³

Y el contexto funcional es el más complicado y menos preciso comparado con los otros dos y está constituido en términos aproximativos por toda situación social en el momento de emanación o aplicación de la norma de que se trate, lo que incluye todas las relaciones sociales relevantes, valoraciones sociales y normas que forman el contexto ideológico y aunque no existe acuerdo sobre lo que forma el contexto funcional y el grado de

¹⁰⁹⁰ *Ídem*, pp. 30-31.

¹⁰⁹¹ Al respecto, Rafael Núñez y Enrique del Teso exponen el ejemplo siguiente: “Un árbol puede ser un elemento del contexto porque estemos hablando al lado de él o porque alguien haya incluido la palabra *árbol* en uno de sus enunciados. La diferencia es que en el primer caso no se hace presente el árbol porque lo haya decidido el emisor, mientras que en el segundo caso es un acto voluntario del emisor el que lo trae a presencia y suponemos que ese acto es útil para sus propósitos comunicativos.” *Ídem*, p. 31.

¹⁰⁹² *Cfr.* WRÓBLEWSKI, Jerzy. *SENTIDO Y HECHO EN EL DERECHO*. *Op. cit.*, pp. 121-122.

¹⁰⁹³ *Ídem*, p. 124.

su influencia en el sentido de las normas jurídicas interpretadas, lo que está fuera de discusión es que tal influencia existe.¹⁰⁹⁴

Así pues, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito en una tesis aislada¹⁰⁹⁵ estableció sobre el contexto funcional que siguiéndose a Jerzy Wróblewski dicho contexto sólo es relevante en tanto influye en la voluntad del legislador histórico o confluye en los factores que determinan realmente el significado de la regla en el momento que de ella se hace uso, aplicación o análisis. Y con cita de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas dicho Tribunal señaló que ese criterio funcional de interpretación es el que permite atribuir el significado a una disposición conforme a la naturaleza, finalidad o efectividad de una regulación, la intención del legislador, las consecuencias de la interpretación y su admisibilidad, teniéndose en consideración la naturaleza y objetivo de la institución, los fines perseguidos por la ley o los valores que ella protege.

Por otra parte la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación destacó en una tesis de jurisprudencia¹⁰⁹⁶ la necesidad de analizar el contexto en relación con las normas penales, sus posibles destinatarios y el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, pues al respecto estableció que el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se limita a ordenar a la autoridad judicial la abstención de interpretar por simple analogía o mayoría de razón sino que es extensivo al legislador a quien le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas, es decir, del tipo penal, que debe estar formulado claramente. De este modo para determinarse la tipicidad de una conducta el intérprete debe considerar el principio de taxatividad identificado también como de exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación como derivación del principio

¹⁰⁹⁴ *Ídem*, pp. 124-125.

¹⁰⁹⁵ *Vid.* Tesis aislada (constitucional) I.4o.C.5 K (10a.), de rubro: “CRITERIO O DIRECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA FUNCIONAL.” Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo IV, Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época, página 2532. Registro número 2012416. Página *web*: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 21 de abril de 2109).

¹⁰⁹⁶ *Vid.* Tesis de jurisprudencia (constitucional) 1a./J. 54/2014 (10a.), de rubro: “PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.” Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décima Época, página 131. Registro número 2006867. Página *web*: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 21 de abril de 2109).

de legalidad. Y que en la aplicación del citado principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el que las normas y sus posibles destinatarios se desenvuelven.

Así pues, el contexto es un componente esencial para lograr el sentido de un texto y también uno de los elementos fundamentales para todo proceso hermenéutico que se suma a los tres elementos del acto interpretativo: autor-contexto, lector-contexto y texto-contexto;¹⁰⁹⁷ pero igualmente el contexto es a donde el intérprete necesita transportarse mentalmente para revivir la experiencia de vida del autor y comprenderlo.¹⁰⁹⁸ Por lo que para el historiador comprender implica integrar un determinado texto en el contexto de la historia.¹⁰⁹⁹ De este modo el juez de instrucción se comporta como el historiador con sus textos según Hans-Georg Gadamer quien lo expone como sigue:

“...como el juez de instrucción en el interrogatorio de los testigos. Sin embargo, la mera constatación de hechos que éste logra extraer desde las actitudes preconcebidas de un testigo no agota la tarea del historiador; ésta sólo llega a su acabamiento cuando se ha comprendido el significado de estas constataciones. Con los testimonios históricos ocurre algo parecido a lo que pasa con las afirmaciones de los testigos en un juicio. El que ambos términos contengan una misma raíz no es pura casualidad. En ambos casos el testimonio es un medio para establecer hechos. Sin embargo, tampoco éstos son el verdadero objeto sino únicamente el material para la verdadera tarea: en el juez, hallar el derecho; en el historiador, determinar el significado histórico de un proceso en el conjunto de su autoconciencia histórica.”¹¹⁰⁰

Por otra parte, si se considera el carácter polisémico de los signos lingüísticos y con ello la imposible univocidad del signo, entonces la imposibilidad de la interpretación única correcta también se confirma y de eso por supuesto no está exenta la producción legislativa,

¹⁰⁹⁷ Cfr. BEUCHOT, Mauricio y JEREZ, José Luis. *DAR CON LA REALIDAD. Hermenéutica analógica, realismo y epistemología*. Editorial Torres y Asociados. México, 2015, p. 119.

¹⁰⁹⁸ Cfr. VELASCO GÓMEZ, Ambrosio. *Hermenéutica y Ciencias Sociales*. En: *TRATADO DE METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Perspectivas actuales*. Apud. Dilthey. Coordinadores: Enrique de la Garza Toledo y Gustavo Leyva. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa. Fondo de Cultura Económica. México, 2012, p. 206.

¹⁰⁹⁹ Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *VERDAD Y MÉTODO I. Op. cit.*, p. 412.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*.

pues los problemas de interpretación no se reducen ni se acaban con la elaboración de normas bien hechas.¹¹⁰¹

Así pues, acorde con la hermenéutica¹¹⁰² jurídica la interpretación es un problema esencialmente de comprensión del sentido que contienen los mandatos legales, cuyo texto no está exento del problema polisémico de los signos lingüísticos, por lo que el texto legal, como cualquier otro, de inmediato conduce al contexto para la búsqueda del sentido que el legislador otorga. De este modo la interpretación no es pues un problema de explicación ni de experimentación sino de comprensión de sentido.¹¹⁰³ Y es que la ciencia se divide en ciencias interpretativas y descriptivas, consolidándose tal dicotomía con Habermas de manera que ahora la ciencia puede ser hermenéutica (interpretar para entender) y no hermenéutica (entender sin interpretar).¹¹⁰⁴

Por lo que en la hermenéutica, como ciencia del espíritu, la palabra clave es comprensión opuesta a explicación, esta última, clave en las ciencias cuyo trabajo se basa en la experiencia y la causalidad, como las ciencias naturales, la sociología y la psicología experimental. De ahí que la comprensión es el acto intelectual mediante el que se aprehende el sentido exteriorizado por una voluntad de manera tal que comprender es recibir el sentido; así pues, se comprende un discurso, los motivos personales de la acción de un individuo, lo que es distinto de ver, tocar, oír, gustar u oler, por eso el sentido no puede ser experimentado sino sólo recibido, entendido, comprendido, pues comprender es una actividad mental en la que en principio los sentidos paradójicamente no intervienen.¹¹⁰⁵

Luego, con un enfoque jurídico-penal se sostiene que ciertos delitos tienen como característica principal que la conducta punible es verbal y entre una de sus peculiaridades se encuentra el contexto como determinante al momento de precisar si la conducta o acto de habla encuadra en el tipo penal.¹¹⁰⁶ De igual manera se dice que para imputar un acto a una

¹¹⁰¹ Cfr. VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén. *DERECHO Y COMPRENSIÓN. Op. cit.*, 73.

¹¹⁰² Al respecto, Oscar Correas señala: “La palabra ‘hermenéutica’ quiere decir *interpretación de textos*. Tiene que ver con Hermes, el dios de cosas ocultas. De ahí que ‘hermético’, sea lo cerrado, lo oculto, lo secreto, lo obscuro, lo que no se deja fácilmente abrir ni descifrar. Entonces Hermenéutica sería la actividad del pensamiento, la disciplina, que devela lo oculto; sería, entonces, desocultar lo secreto.” Vid. CORREAS, Oscar. *METODOLOGÍA JURÍDICA I. Una introducción filosófica. Op. cit.*, p. 172.

¹¹⁰³ Cfr. VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén. *DERECHO Y COMPRENSIÓN. Op. cit.*, 72.

¹¹⁰⁴ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 50.

¹¹⁰⁵ Cfr. CORREAS, Oscar. *METODOLOGÍA JURÍDICA I. Una introducción filosófica. Op. cit.*, pp. 172-173.

¹¹⁰⁶ Cfr. MARTÍNEZ FABIÁN, Constantino y RIVERA LEÓN, Mauro Arturo. *ELEMENTOS DE LINGÜÍSTICA JURÍDICA. Deconstrucción conceptual: Herramientas hacia la interpretación normativa*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2010, pp. 167-168.

persona su estado normal debe ser conforme al medio en que se desenvuelve, es decir, debe existir, entre otros elementos, similitud social con aquellos actos entre los que vive y obra.¹¹⁰⁷

Así pues, en relación con el conocimiento/cognoscibilidad de la norma penal el provenir de un contexto cultural diverso y lejano puede facilitar y hasta determinar una situación de *ignorantia legis* con notoria evidencia en relación con los denominados delitos artificiales en los que se carece de una dimensión ofensiva perceptible de inmediato para quien desconoce efectivamente la norma penal.¹¹⁰⁸ Luego, también se dice que cuando no se actúa de forma legitimada eso supone un actuar de manera no reconocida en el contexto social concreto en que tal actuación se produce.¹¹⁰⁹

De este modo Rubén Quintino Zepeda señala que Karl Engisch precisó que son elementos normativos del tipo penal sólo los que su comprensión y entendimiento dependen del contexto de una norma de cualquier índole.¹¹¹⁰

Por otro lado, se afirma que el uso de la palabra omitir es complicado porque no consiste meramente en no hacer, ya que el concepto que hay por debajo de omitir es más complejo que la simple idea de no hacer, por lo que es necesario comprender en qué contextos los términos omitir y su análogo omisión son lingüística y conceptualmente útiles. Y es que si el mismo actuar consistente en no interferir el curso de las cosas puede describirse empleándose por una parte el término omitir y por otro lado no, entonces forzosamente tendría que admitirse que en el universo constitutivo del omitir no sólo tiene acomodo una referencia al curso de actuación humana sino igualmente el contexto de lo esperable en relación con ese curso de actuación; por lo que omitir no sólo es un no-actuar sino un no-actuar-como-se espera.¹¹¹¹

¹¹⁰⁷ Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte general*. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina, 1966, tomo I, p. 205.

¹¹⁰⁸ Cfr. GRANDI, Ciro. *Cultura y culpabilidad frente a las neurociencias*. En: *NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Coordinador: Manuel Maroto Calatayud. Euros Editores S.R.L. Argentina, 2013, p. 304.

¹¹⁰⁹ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. *Op. cit.*, p. 288.

¹¹¹⁰ Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *LA CIENCIA PENAL A TRAVÉS DE SUS AUTORES*. *Op. cit.*, p. 41.

¹¹¹¹ El ejemplo que Juan Ramón Capella expone para mejor claridad de lo que apunta es el siguiente: "...Es de día: llegamos a casa y hacemos lo que tenemos por costumbre. No hemos encendido la luz eléctrica, pues no se *piensa* en ello al disfrutar de buena luz solar; por tanto resultaría raro que un observador describiera nuestro comportamiento diciendo <<Ha entrado en casa *omitiendo* encender la luz eléctrica>>. Bien; ahora llegamos nuevamente a casa, pero esta vez es de noche. Hacemos exactamente lo mismo que por la mañana: tampoco hemos encendido la luz eléctrica y actuamos en la oscuridad. Un observador cualquiera diría que no encender la luz ha sido una *omisión* deliberada por nuestra parte dado el contexto -la oscuridad- de nuestra actuación." *Vid.* CAPELLA, Juan Ramón. *ELEMENTOS DE ANÁLISIS JURÍDICO*. *Op. cit.*, p. 68.

Por lo que sólo se omite algo en un contexto en que una actuación determinada es relevante, toda vez que omitir remite lingüísticamente a la vez a un contexto discursivo que evidencia la relevancia de la actuación y también al mundo de las actuaciones, por eso utilizar el término omitir resulta extraño cuando el contexto no lo justifica. De ahí que en las actuaciones reales, “ ‘Obligatorio’ ” y “ ‘Prohibido’ ” pueden funcionar como sinónimos, todo depende de su presentación en el plano del lenguaje como acciones o como omisiones, de modo que “ ‘Obligatorio hacer...’ ” y “ ‘Prohibido omitir...’ ” funcionan como sinónimos.¹¹¹²

Así pues, se afirma que resulta difícil de interpretar una norma aislada de su contexto cultural y más aún hoy globalizada, porque puede interpretarse de formas muy diversas en función de la óptica cultural.¹¹¹³

5.2.2 Justificación de la construcción del concepto “contexto”

Como puede apreciarse de lo apuntado se estima que la palabra “contexto” se utiliza de múltiples maneras como elemento acomodable a cualquier estructura semántica que por sí misma no permita lograr su comprensión e interpretación de modo claro, preciso, completo y contundente. Y aun cuando el “contexto” es un elemento ajeno a la construcción estricta de tales estructuras, paradójicamente también de ordinario se considera implícito en ellas, lo que resulta arbitrario por no contarse con un concepto satisfactorio de él accesible a cualquier inteligencia, pues su utilidad es indudable pero su concepto aún continúa impreciso. Por eso la necesidad de construirlo y aquí proponerlo, pero partiéndose de bases teóricas para evitar extravíos.

5.2.3 Bases para la construcción del concepto “contexto”

Se expone que el entorno influye sobre la conducta de las personas en función de cómo éstas lo interpretan y lo representan, de manera que sus acciones en relación con sus entornos dependen de cómo los ven, entienden, interpretan y evalúan, lo que implica diferencias que pueden ser personales, sociales y culturales. Por lo que cómo los actores sociales se arreglan para entender la vasta complejidad de su entorno, en ocasiones, en segundos o fracciones de segundo, pues sólo si de alguna manera lo comprenden y saben qué

¹¹¹² *Ídem*, pp. 67-69.

¹¹¹³ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 202.

pueden hacer y que no, en sus habitaciones, en la calle o qué se puede hacer en ésta pero no en el parque, etcétera. Por eso parece plausible que las personas asignan algunas estructuras básicas a sus entornos para reducirlos en su complejidad y de ese modo poder formular normas y reglas generales así como adaptar sus interacciones, pues el entorno puede influir de varias maneras en las percepciones y emociones,¹¹¹⁴ sin embargo, se señala que las personas sólo pueden reaccionar ante propiedades de las situaciones que para ellas tienen significado subjetivo, por lo que no existen estructuras sociales objetivas como también lo han señalado enfoques filosóficos sobre la ontología y la epistemología de la estructura social.¹¹¹⁵

En relación con la interrogante sobre qué es el contexto se estima interesante y sobre todo pertinente lo que Teun A. van Dijk cita puntualmente del modo que sigue:

“¿Qué es el contexto? Todo y nada. Como una sombra, huye de quienes tratan de evadirlo eludiendo los niveles y categorías teóricas, y persigue a quienes tratan de escapar de él, insinuándose como un fundamento desapercibido del que dependen hasta los enunciados más explícitos. Si uno está convencido del concepto fenomenológico de la incompletitud, entonces el contexto es inagotable. Cuanto más intenta uno especificarlo, más espacios vacíos proyecta, espacios que es necesario completar. En última instancia, el contexto no es nada menos que el mundo humano en el cual tiene lugar el uso del lenguaje y en relación con el cual se organiza la estructura del lenguaje.”¹¹¹⁶

De este modo se dice que los contextos fueron tradicionalmente considerados para describir y explicar la acción¹¹¹⁷ y que la noción de contexto es “sumamente vaga y ambigua” porque en el discurso cotidiano, no técnico, significa situación, ambiente, entorno o antecedente, pero que también se utiliza para referirse a la situación social del lenguaje en general, entendiéndose así como un concepto socio-situacional, aunque de igual modo ha sido definido clásicamente como entorno relevante del lenguaje y utilizado en diversos títulos de libros y artículos de las ciencias sociales para referir diferentes clases de condiciones de algún evento o fenómeno central. Una problemática más frecuente es que el contexto se suele dar

¹¹¹⁴ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación*. Editorial Gedisa, S.A. Traducción: Elsa Ghio. España, 2011, pp. 92-95.

¹¹¹⁵ *Ídem*, pp. 145-146.

¹¹¹⁶ *Apud.* William Hanks. *Ídem*, p. 227.

¹¹¹⁷ *Ídem*, p. 372.

por sentado o se equipara al uso de sentido común y las concepciones tradicionales no logran explicar el modo en que los participantes interpretan y se representan la situación social, lo que constituye un importante “eslabón perdido”;¹¹¹⁸ entendiéndose por interpretación de acciones la atribución de intenciones, objetivos y motivaciones a otras personas.¹¹¹⁹

Ahora bien, se apunta que el contexto es fundamental para estudiar el lenguaje, el discurso y la cognición, de manera que el discurso para interpretarlo plenamente necesita comprenderse en su contexto,¹¹²⁰ pero también para desambiguar el significado de los enunciados.¹¹²¹ De este modo, en idioma inglés la noción de *context* derivada del latín *contextus* proviene de *contegere*, es decir, entretejer. Y en húngaro la noción más general es *környezet* (entorno social o ambiente físico) y en el idioma de los mapuches del sur de Chile el contexto (verbal) es *wallon* que significa medio ambiente físico.¹¹²²

Así pues, se señala que el contexto es una noción de vital importancia para comprender cómo el discurso se inserta en la sociedad, estimándose un componente obvio de los eventos comunicativos y afirmándose que resulta un enfoque limitado aquel que no considera el contexto en el estudio del discurso y la conversación. Ahora bien, aun cuando en las disciplinas de las humanidades y las ciencias sociales existe un interés creciente en el estudio del contexto, sin embargo, éste ha sido poco canalizado, por lo que una teoría del contexto podría convertirse en una Teoría del Todo así que elaborarla implica primero seleccionar los elementos relevantes de una situación comunicativa y luego definir los criterios de lo que debe o no incluirse en la teoría del contexto,¹¹²³ evitándose la confluencia del positivismo, el realismo y el determinismo social toda vez que los contextos no representan condiciones o límites sociales objetivos porque de lo contrario todas las personas de la misma situación social hablarían del mismo modo;¹¹²⁴ aunque sí consideran casi todos los aspectos de las situaciones sociales y todas las estructuras variables del uso del lenguaje y del discurso.¹¹²⁵ Al respecto, se menciona que quienes más ampliamente han contribuido a la

¹¹¹⁸ *Ídem*, pp. 16-21.

¹¹¹⁹ *Ídem*, p. 147.

¹¹²⁰ *Ídem*, p. 15.

¹¹²¹ *Ídem*, p. 233.

¹¹²² *Ídem*, pp. 239-241.

¹¹²³ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo*. Editorial Gedisa, S.A. Traducción: Andrea Lizosain. España, 2012, pp. 9-13.

¹¹²⁴ *Ídem*, p. 14.

¹¹²⁵ *Ídem*, p. 16.

definición y análisis de los contextos son los antropólogos¹¹²⁶ y quienes son precursores de la teoría del contexto son los científicos sociales.¹¹²⁷

Luego, se expresa que el contexto se basa en el conocimiento del mundo pero que no es una clase de condición objetiva o causa directa sino que los contextos son constructos intersubjetivos que se diseñan y se actualizan de manera continua en la interacción de los participantes como también de miembros de grupos y comunidades,¹¹²⁸ por lo que los contextos son modelos mentales¹¹²⁹ iguales que otras experiencias humanas que en cada momento y situación definen la manera como ver la situación actual y la forma de desenvolvimiento pero su influencia es sutil, indirecta, compleja, confusa y contradictoria, con resultados más allá de los efectos principales de las variables sociales,¹¹³⁰ sin embargo, nada se dice, se hace ni se comprende sin un control mental previo.¹¹³¹

Ahora bien, se señala que un modelo es una representación subjetiva de un episodio que se almacena en la memoria episódica¹¹³² que es la que acumula experiencias autobiográficas de manera que cuando se vive una experiencia o se es consciente de una situación eso significa la construcción o actualización de un modelo mental¹¹³³ de ese episodio, que no debe confundirse con la noción de modelo cultural ya que este último atañe al conocimiento general socialmente compartido, por lo que lo que combina lo personal y lo singular con lo social y lo compartido son los modelos, que constituyen la única interfaz de esa combinación.¹¹³⁴

Así, se expone que la idea de contexto se utiliza cuando quiere indicarse que un fenómeno, evento, acción o discurso tiene que verse o estudiarse en relación con su escenario,

¹¹²⁶ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, p. 229.

¹¹²⁷ *Ídem*, p. 275.

¹¹²⁸ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 13-14.

¹¹²⁹ *Ídem*, p. 39.

¹¹³⁰ *Ídem*, p. 15.

¹¹³¹ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, p. 28.

¹¹³² *Ídem*, p. 21.

¹¹³³ Al respecto, Teun A. van Dijk expone qué explican los modelos mentales y dice: "Los modelos mentales subjetivos de los episodios explican el hecho de que las personas construyan sus propias representaciones personales de un evento, con su propia perspectiva, sus intereses, su evaluación, sus emociones y otros elementos, basándose en su original historia personal o en su experiencia subjetiva en curso. Esto es así -pragmáticamente,- no solo en las situaciones comunicativas en las que participan las personas, sino también -semánticamente- en los eventos que observan y *acerca de los cuales* hablan. explica (sic) por qué personas (por ejemplo, los periodistas o los testigos en un juicio) que participaron o fueron testigos de un 'mismo' evento, producen 'versiones' distintas de ese evento. En otras palabras, *los modelos mentales representan o construyen subjetivamente las situaciones en las que hablamos o acerca de las cuales hablamos.*" *Ídem*, p. 22.

¹¹³⁴ *Ídem*, pp. 21-22.

estimándose éste como las condiciones y consecuencias circundantes, pues la noción de contexto se utiliza frecuentemente para ubicar o explicar cosas porque los fenómenos complejos no se entienden a cabalidad sin entender su contexto, de manera que entender un discurso significa hacerlo en contexto porque este último controla el estilo y puede venir determinado en tamaños o ámbitos diferentes,¹¹³⁵ en el entendido que lugar/espacio y el tiempo son las categorías centrales de los escenarios que son un aspecto fundamental de las estructuras en general y de los contextos en particular,¹¹³⁶ de modo que el escenario es una de las categorías relevantes de los modelos contextuales¹¹³⁷ y los Lugares son constructos sociales complejos¹¹³⁸ no simplemente espacios.¹¹³⁹

Luego, se menciona que una parte fundamental de la comprensión de la conducta humana en general así como de textos y el habla en particular es la contextualización toda vez que el lenguaje y su uso son fenómenos sociales que evidentemente requieren estudiarse en sus contextos sociales y culturales.¹¹⁴⁰ De este modo en las ciencias sociales existe el problema general de contextualización de la conducta porque la percepción de la misma puede significar algo bastante distinto en diferentes situaciones.¹¹⁴¹

Ahora bien, se señala que el análisis del contexto no se limita a las disciplinas de las humanidades y las ciencias sociales, pues son muchas en las que se ha estudiado y cada una con un significado medianamente diferente e implicaciones distintas. Por el contrario el contextualismo es un movimiento o tipo de teoría que en caso de cada disciplina se contrasta con otras formas libres de contexto de estudiar los fenómenos, por lo que en varias disciplinas el contextualismo implica que el estudio de los fenómenos debe hacerse siempre en relación con una situación o ambiente. Un ejemplo es la epistemología contextualista que enfatiza que

¹¹³⁵ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 23-25.

¹¹³⁶ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 100-101.

¹¹³⁷ *Ídem*, p. 128.

¹¹³⁸ Al respecto, Teun A. van Dijk expone: “Ciertos géneros discursivos, estructuras y estrategias interaccionales pueden ser exclusivos o preferidos de espacios privados (o de zonas cerradas y más privadas dentro de los espacios públicos), como es el caso de las declaraciones de amor o de las peleas. De manera similar, el hogar no se define contextualmente como un edificio (como ‘nuestra casa’), sino como una representación social que se asocia con significados tales como la vida cotidiana, la vida en familia, los desayunos, dormir y relajarse, es decir, como un espacio construido interaccionalmente por sus ocupantes. Esta interpretación del hogar es diferente para diferentes actores sociales con diferentes roles (como el rol tradicional de ama de casa, cuyo esposo solo está presente al atardecer o en los fines de semana, los niños o -en las familias ricas- una empleada doméstica. Al mismo tiempo, el hogar puede estar asociado a un barrio o vecindario (como ‘edificio’), a una arquitectura (como ‘apartamento’ o ‘casa’), un diseño de interiores y mobiliario (como ‘habitaciones’), etc.” *Ídem*, pp. 188-189.

¹¹³⁹ *Ídem*, p. 189.

¹¹⁴⁰ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 25-26.

¹¹⁴¹ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, p. 45.

la verdad de las creencias puede variar al depender de las situaciones sociales porque lo cierto en un contexto para unos puede no serlo para otros¹¹⁴² por eso el espacio personal e interpersonal¹¹⁴³ es contextualmente relevante para la interpretación de expresiones deícticas,¹¹⁴⁴ que no sólo conciernen a esos espacios de la situación cara a cara sino también al geográfico, por ejemplo, “ ‘aquí’ ” puede significar: En casa, en este barrio o en esta ciudad o en este país.¹¹⁴⁵ De este modo el uso del lenguaje es controlado por la manera como los participantes representan y organizan en modelos mentales las situaciones sociales o los ambientes físicos mismos.¹¹⁴⁶

Así pues, se expresa que la forma de definir o interpretar el espacio personal está relacionada con las diferencias sociales y culturales compartidas con grupos y comunidades, aunque las personas del mismo grupo y cultura saben en general qué hacer y cómo emplear los lugares o instituciones como estaciones o comisarías y otros espacios, sin embargo, éstos llegan a afectar a las opiniones y las emociones de las personas.¹¹⁴⁷ Ahora bien, los grupos son menos “ ‘naturales’ ” que las comunidades porque están constituidos por personas de manera intencional y social para llevar a cabo objetivos compartidos por lo que tanto los grupos como las comunidades se definen no sólo por las propiedades de sus miembros o relaciones entre ellos, interacción, organización, etcétera, sino de igual modo por sus representaciones sociales compartidas, como los conocimientos en caso de las comunidades y los objetivos e ideologías respecto de los grupos.¹¹⁴⁸

Luego, también se apunta que el contextualismo es una visión del mundo, que los contextos son logros interpretativos y que el objetivo del contextualista es la comprensión, que implica un proceso personal y situacional. En la biología y en la física se enfatiza, en algunos estudios, que las formas de vida o los acontecimientos físicos tienen que estudiarse en sus contextos respectivos, por lo que los fenómenos pueden entenderse mejor cuando se

¹¹⁴² Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 32-33.

¹¹⁴³ Sobre los conceptos de espacio personal e interpersonal Teun A. van Dijk expone: “El espacio personal e interpersonal preferido puede variar en las diferentes culturas, y puede ser muy limitado, en especial en situaciones de aglomeraciones multitudinarias, como un tren abarrotado de personas o un concierto de *pop*. Por diversas razones (como mantener la privacidad o evitar las aglomeraciones), las personas pueden proteger sus espacios personales de diversas maneras; por ejemplo, distanciándose más o estableciendo barreras que dificulten la intromisión de otros.” *Vid.* VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, p. 79.

¹¹⁴⁴ *Ídem*, p. 79.

¹¹⁴⁵ *Ídem*, p. 86.

¹¹⁴⁶ *Ídem*, p. 256.

¹¹⁴⁷ *Ídem*, pp. 86-87.

¹¹⁴⁸ *Ídem*, p. 211.

vinculan explícitamente a sus ambientes, de modo que el contexto y la contextualización se han transformado en conceptos clave en la filosofía, la historia y algunas ciencias naturales que han tenido influencia por varias formas de contextualismo.¹¹⁴⁹

Así, se dice que los diccionarios presentan básicamente dos significados de contexto: contexto verbal y situación o conjuntos de circunstancias sociales, políticas, económicas o históricas, pero que en ambos casos la idea es que el contexto “...de alguna manera...” influye en una palabra, pasaje, significado o acontecimiento o permite una mejor interpretación; favoreciéndose en la prensa norteamericana como en la española el significado de situación u ocasión de donde se advierte que el significado de contexto se relaciona de manera especial con trasfondos sociales, políticos, financieros y culturales y eso conduce a que el uso ordinario de “contexto” implique que algo, ya sea un acontecimiento o acción, se relacione con situaciones, condiciones, circunstancias o trasfondos dados.¹¹⁵⁰

Con ese orden, se informa que en los títulos de libros el término contexto se refiere a situaciones, factores o variables temporales, geográficos y socioculturales que tienen incidencia en los fenómenos centrales estudiados en ellos, por lo que los usos científicos de contexto sugieren que el estudio de muchos fenómenos sociales no es aislado sino relacionado con alguna clase de escenario o ambiente geográfico, histórico, sociocultural u organizacional, que de igual modo limita el estudio,¹¹⁵¹ destacándose como subcategoría del escenario la ubicación que es la que organiza la información sobre la interpretación que los participantes hacen del espacio o lugar en el que actúan, pues éstos también son modelos mentales que constituyen constructos esquemáticos relevantes para realizar objetivos y actividades combinándose la información de experiencias previas con información nueva y el conocimiento sociocultural general acerca del entorno, por eso los eventos comunicativos y otros eventos sociales se definen en relación con los lugares definidos socialmente, lo que aplica para las aulas, dormitorios, salas de juicios, salas de juntas, etcétera. De ahí que el espacio y lugar personal e interpersonal organizan la interacción directa¹¹⁵² mientras que los lugares y espacios sociales ubican las actividades conjuntas y colectivas de la vida cotidiana y

¹¹⁴⁹ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 34-35.

¹¹⁵⁰ *Ídem*, p. 37.

¹¹⁵¹ *Ídem*, p. 38.

¹¹⁵² Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 76-78.

tienden a definir qué hacen las personas en ellos,¹¹⁵³ sin embargo, los espacios no sólo implican ambientes o lugares físicos sino que también tienen que definirse en relación con sus ocupantes y las interacciones entre ellos.¹¹⁵⁴ Por otra parte el tiempo no sólo es cronológico sino también social pues se pierde cuando se hace referencia a calidad de tiempo, por lo que el tiempo social no es sólo respecto de su organización por los miembros de una cultura sino también una construcción social e interaccional.¹¹⁵⁵

Ahora bien, se señala que los contextos no son un tipo de situación social objetiva¹¹⁵⁶ sino constructos de participantes o definiciones subjetivas de situaciones interaccionales o comunicativas. Y como definiciones subjetivas son constructos únicos que evidencian las experiencias incorporadas *ad hoc* de las percepciones, conocimiento, perspectiva, opiniones y emociones en proceso que se relacionan con la situación comunicativa actual, por eso los contextos son modelos mentales explicables a través del modelo contextual que es un tipo especial de modelo mental.¹¹⁵⁷

Por lo que se expresa que el contexto no es una parte de la situación social sino un modelo mental subjetivo de esa situación que no puede ser demasiado complejo porque una definición de la situación con múltiples categorías, cada una con sus diversos contenidos, difícilmente constituirá un modelo de contexto viable¹¹⁵⁸ ya que los contextos combinan de modo singular y único información antigua y nueva, conocimiento social y personal, momentos esperados e inesperados, dimensiones planificadas y espontáneas, por lo que de esa manera es como también influyen en la conversación y el texto.¹¹⁵⁹ De este modo se apunta que el componente central de las situaciones sociales son los objetivos y sus estructuras, entendiéndose como objetivos las representaciones mentales de consecuencias deseadas de una actividad intencional, es decir, planeada;¹¹⁶⁰ por lo tanto los modelos de contexto se basan no sólo en las contingencias situacionales sino también en las representaciones sociales.¹¹⁶¹

¹¹⁵³ *Ídem*, p. 80.

¹¹⁵⁴ *Ídem*, p. 82.

¹¹⁵⁵ *Ídem*, pp. 191-192.

¹¹⁵⁶ *Cfr.* VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, p. 95.

¹¹⁵⁷ *Ídem*, p. 39.

¹¹⁵⁸ *Cfr.* VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 23-24.

¹¹⁵⁹ *Ídem*, p. 26.

¹¹⁶⁰ *Ídem*, p. 70.

¹¹⁶¹ *Ídem*, p. 203.

Así pues, se expone que los contextos, como modelos mentales, son esquemáticos y sus esquemas de categorías facilitadoras de la interpretación dependen de la cultura,¹¹⁶² pero también se señala que son un específico modelo experiencial por estar contruidos permanentemente sobre situaciones y ambientes de vida cotidiana, que son dinámicos y controlan todas las percepciones e interacciones en proceso y consisten en categorías básicas como el escenario espacio-temporal, los participantes, sus varias identidades, acontecimientos o acciones en proceso y objetivos actuales, significativas para la situación actual.¹¹⁶³ Así, un modelo dinámico de contexto representa las partes previas de la acción en curso para poder controlar de modo secuencial las partes presentes y futuras, por lo que los modelos de contexto requieren una categoría de acción que combine creencias personales con las compartidas socialmente acerca de la acción, pero también requieren de un componente cognitivo.¹¹⁶⁴

Por otra parte, se señala que aun cuando los contextos son definiciones subjetivas únicas de situaciones comunicativas, sin embargo, sus estructuras y construcción tienen evidentemente una base social compartida por una comunidad discursiva, tal como el conocimiento, actitudes, ideologías, gramática, reglas, normas y valores, lo que implica que los contextos tienen una dimensión intersubjetiva importante que permite la interacción y comunicación social, por lo que son tanto personales como sociales,¹¹⁶⁵ pero sólo representan de manera sistemática las propiedades de las situaciones sociales o comunicativas que son relevantes en el momento, por lo que una teoría de los modelos contextuales es de igual modo una teoría de la relevancia personal e interaccional de las interpretaciones de la situación de los participantes. A su vez los contextos son egocéntricos de las acciones sociales actuales en las que se participa en el momento con objetivos y propósitos específicos con base en lo que se sabe y se cree en el presente.¹¹⁶⁶

¹¹⁶² Al respecto, Teun A. van Dijk señala: “Los contextos considerados como modelos mentales consisten en esquemas de categorías convencionales, compartidas y que dependen de la cultura, las que permiten interpretaciones rápidas de acontecimientos comunicativos en proceso [...] Sin dichos esquemas y categorías culturales, los participantes no podrían entender, representar y actualizar situaciones que algunas veces pueden resultar extremadamente complejas en tiempo real, es decir, en (fracciones de) segundos. Dichas categorías son, por ejemplo, el tiempo, el lugar, los participantes (y sus variadas identidades y roles), la acción, los objetivos y el conocimiento.” Vid. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, p. 40.

¹¹⁶³ *Ibidem.*

¹¹⁶⁴ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 121-123.

¹¹⁶⁵ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, p. 41.

¹¹⁶⁶ *Ídem*, pp. 44-45.

De este modo se expresa que el enfoque tradicional sobre la definición de contexto concierne a las situaciones comunicativas mismas, pero definido como una clase específica de modelo mental es diferente porque concierne a las representaciones subjetivas de las situaciones comunicativas de los participantes, que son la interfaz mental que representa los aspectos relevantes de dicha situación comunicativa y concomitantemente es la clase de estructura cognitiva que puede controlar la producción y comprensión del discurso; en el entendido que definir el contexto en términos de modelo mental no significa reducir las influencias sociales a mentales¹¹⁶⁷ sino a modelos mentales de casos especiales de experiencias cotidianas.¹¹⁶⁸

Ahora bien, se dice que si los modelos contextuales representan subjetivamente situaciones comunicativas y además explicitan las experiencias de los participantes durante la interacción y la comunicación, entonces dichos modelos de igual manera son un caso de experiencias cotidianas más generales por lo que una teoría del contexto debe estar inserta en teorías más generales de la representación y la comprensión de las situaciones sociales y la interacción durante las mismas.¹¹⁶⁹

Luego, se aclara que contexto y modelo contextual significan modelo mental específico o interpretación subjetiva de los participantes respecto de las propiedades relevantes sociales, interaccionales o comunicativas de la situación en la que participan, por lo que los modelos contextuales son diferentes de los modelos de situación comunicativa ya que estos últimos pueden tener propiedades como el color de la ropa de las personas, su altura y otras propiedades que generalmente resultan relevantes en términos sociales pero irrelevantes para los modelos contextuales en términos comunicativos. De ahí que un modelo contextual es una selección específica de reconstrucción de un modelo de situación, entendiéndose como situaciones los fragmentos de mundos sociales posibles demarcados espacio-temporalmente y los episodios como fragmentos complejos de la vida diaria de los miembros de la sociedad; así pues, los contextos como modelos mentales son modelos de episodios comunicativos y no sólo del ambiente¹¹⁷⁰ situacional. Ahora bien, lo que transforma las propiedades situacionales

¹¹⁶⁷ *Ídem*, pp. 48-49.

¹¹⁶⁸ *Cfr.* VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 145-146.

¹¹⁶⁹ *Cfr.* VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, p. 50.

¹¹⁷⁰ Al respecto, Teun A. van Dijk señala: "...El punto es que dicho par terminológico presupone que el discurso es [...] y el contexto alguna clase de <<ambiente>>, como parecía ser el caso de los usos informales de la noción de contexto." *Ídem*, p. 51.

en contexto ciertamente es la relevancia,¹¹⁷¹ que constituye una característica decisiva para ello,¹¹⁷² señalándose que para asegurar que los contextos no se salgan de proporción sólo se explicarán cuando de algún modo se exhiben en el texto y en el habla.¹¹⁷³

Al respecto, sobre las situaciones sociales se dice que no sólo consisten en conocimiento general transmitido socialmente sino también en el dominio de las relevancias que determinan los intereses primordiales que guían a las acciones en cada situación. Otra postura es que la situación social no se constituye con los atributos de la estructura social sino con el valor asignado a ellos en la medida en que son reconocidos y están accesibles en la situación en curso.¹¹⁷⁴

Con ese orden se dice que todo el contexto contribuye con relaciones funcionales para el lenguaje y el uso de éste,¹¹⁷⁵ pero que una situación no se define sólo por lo que se halla presente sino por los eventos y acciones previos que todavía están en el primer plano de la conciencia y que pueden inferirse a partir de lo que ya se conoce aunque las percepciones o recuerdos reales de la situación actual puedan verse influenciadas por prejuicios.¹¹⁷⁶ De este modo la tesis más importante de la teoría de los modelos mentales consiste en que los usuarios del lenguaje no sólo se quedan con la representación del significado de un texto sino que igualmente construyen los modelos mentales de los eventos de los que dicho texto trata, por eso la denominación de modelos situacionales, porque construyen la situación que los textos denotan o a la que se refieren.¹¹⁷⁷

Ahora bien, se expone que los modelos mentales tienen como propiedad fundamental que son únicos y subjetivos, lo que implica que los eventos de los que el discurso trata no son representados objetivamente sino la manera en que cada usuario del lenguaje los interpreta y construye, por eso aunque se compartan muchos elementos en términos sociales los malentendidos pueden surgir. De ahí que la comprensión del discurso significa una

¹¹⁷¹ En relación con el concepto de relevancia Teun A. van Dijk expresa: "...el concepto de 'entorno' tiende a ser una propiedad del Escenario como categoría principal de la Situación, y no una categoría principal adicional [...] el principio general de relevancia para la formación del contexto requiere que las propiedades del 'entorno' se interpreten únicamente como propiedades del contexto cuando tienen una influencia sistemática..." Vid. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 68-69.

¹¹⁷² Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, p. 65.

¹¹⁷³ *Ídem*, pp. 50-53.

¹¹⁷⁴ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 142-144.

¹¹⁷⁵ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, p. 81.

¹¹⁷⁶ *Ídem*, p. 91.

¹¹⁷⁷ *Ídem*, p. 99.

construcción controlada por el contexto de modelos mentales basados en inferencias apoyadas en el conocimiento. Sin embargo, los modelos mentales subjetivos pueden quedar influenciados por limitaciones objetivas consistentes en la percepción de las propiedades físicas de las cosas, las personas o las situaciones, tales como la organización espacial.¹¹⁷⁸

Luego, se menciona que los modelos mentales tienen una estructura abstracta definible de modo objetivo a través de las percepciones acumuladas de las personas, aun cuando todos los modelos mentales de un texto o situación son únicos por las circunstancias personales y las contingencias de la situación actual. Y es porque los modelos mentales son representaciones cognitivas de experiencias, entendidas estas últimas como interpretaciones personales de lo que sucede, pues los modelos mentales se definen mediante esquemas que se repiten con frecuencia como parte de las experiencias y éstas acumuladas con las situaciones diarias pueden conducir a esquemas de modelos abstractos que constituyen categorías más o menos estables, como los escenarios (tiempo y lugar), los participantes (en varios papeles y situaciones) y las acciones.¹¹⁷⁹

Así, se expone que una parte de la memoria a largo plazo es la memoria episódica, que almacena los pensamientos concernientes a las experiencias personales y los modelos que las representan, aunque no todos sino sólo los eventos llamativos y cruciales dada la trivialidad de la mayoría;¹¹⁸⁰ mientras que en la memoria social, que también es parte de la memoria a largo plazo, se almacena información o conocimiento compartido social y culturalmente el cual no necesita hacerse explícito porque se supone que se sabe¹¹⁸¹ y además constituye condiciones normales para facilitar la interacción al hacer lo que otros hacen y esperar que los demás hagan lo mismo.¹¹⁸²

Con ese orden, se señala que los modelos mentales incorporan todas las experiencias personales en la memoria episódica, pues la vida diaria como consecuencia de las

¹¹⁷⁸ *Ídem*, p. 101.

¹¹⁷⁹ *Ídem*, pp. 102-103.

¹¹⁸⁰ Al respecto, Teun A. van Dijk expone: “Nuestra <<autobiografía>> mental -la acumulación de nuestras experiencias personales- es, entonces, una colección de modelos mentales. La gran mayoría de estos modelos o experiencias mentales son tan triviales y comunes que, después de un tiempo, ya no podemos acceder a ellos: no tienen una conexión significativa con (muchas) otras experiencias y, por lo tanto, son difíciles de recuperar de entre nuestra vasta colección de recuerdos episódicos. Muy pocas personas recordarán después de algunas semanas, y mucho menos después de un año, lo que compraron hoy en el supermercado, lo que leyeron en el periódico ni con quién se vieron esta mañana. Después de un tiempo, generalmente tenemos acceso sólo a los eventos llamativos y cruciales de nuestra vida; a eventos más generales, como unas vacaciones, un viaje, nuestros estudios en ésta u otra universidad, vivir en una ciudad en particular; o a experiencias traumáticas, como un accidente o un divorcio [...] Recordar nuestras experiencias personales así como lo que leemos en la prensa o lo que le decimos a alguien, consiste entonces en la búsqueda y activación de modelos mentales <<antiguos>>. Excepto en casos especiales, recordar este tipo de experiencias es, generalmente, difícil.” *Ídem*, pp. 103-104.

¹¹⁸¹ *Ídem*, pp. 103-106.

¹¹⁸² *Ídem*, pp. 112-113.

experiencias vividas¹¹⁸³ compone una estructura compleja de los modelos mentales también denominados modelos de experiencia o experienciales dado que se es parte de una larga y continua secuencia de sucesos, de manera que estar conscientes de lo que se hace, se observa o se vive significa construir y actualizar modelos mentales que interpretan, representan y almacenan dichas experiencias.¹¹⁸⁴

Luego, se indica que los contextos son rutinarios cuando alguien se enfrenta a los mismos objetivos y condiciones comunicativos diarios. Y como una rutina se vive como hacer lo mismo de manera repetida entonces al ser una generalización de modelos experienciales específicos y además personal, entonces también se almacena en la memoria episódica¹¹⁸⁵ toda vez que los episodios más o menos repetitivos y por lo tanto rutinarios son experiencias acumuladas que dan como resultado la construcción de esquemas más o menos fijos socialmente compartidos y organizadores de la interpretación de la situación comunicativa enmarcada en la interacción.¹¹⁸⁶

Y es que se expone que las unidades fundamentales que constituyen las bases del orden social son los episodios totales (situaciones) y no simplemente las interacciones, ya que estas últimas sin el escenario, los actores y sus propiedades, también resultan muy abstractas o ambiguas, pues por ejemplo una misma manera de hablar puede tener significado diferente en otra situación social.¹¹⁸⁷

Así pues, se apunta que los contextos son una clase especial de modelo mental de la experiencia cotidiana y tienen las propiedades de los modelos de las experiencias diarias, que entre otras, se basan en el conocimiento sociocultural y otras creencias compartidas a nivel social; que representan eventos comunicativos específicos; controlan la interacción verbal en curso y la adaptan a su ambiente social y se forman o actualizan a través de una interpretación estratégica de los eventos actuales; por lo que los modelos contextuales son la interfaz entre la

¹¹⁸³ Al respecto, Teun A. van Dijk señala: "...nuestra experiencia cotidiana es un período continuo, desde el momento en que nos despertamos hasta que nos volvemos a dormir o perdemos la conciencia. Los modelos de la experiencia cotidiana dividen este flujo de conciencia en episodios separados, significativos, que podemos planificar por adelantado y recordar luego como tales. Lo mismo es válido para los modelos de contexto, que solo difieren de otros modelos de experiencia porque el evento central es una acción comunicativa." *Vid. VAN DIJK, Teun A. SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit., p. 26.*

¹¹⁸⁴ *Cfr. VAN DIJK, Teun A. DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit., pp. 110-111.*

¹¹⁸⁵ *Ídem, pp. 112-113.*

¹¹⁸⁶ *Cfr. VAN DIJK, Teun A. SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit., p. 149.*

¹¹⁸⁷ *Ibidem.*

sociedad, la situación y el discurso¹¹⁸⁸ y además es un concepto teórico muy productivo y valioso que integra las propiedades sociales y cognitivas de los eventos comunicativos así como los roles de los participantes, las intenciones, conocimiento y creencias, lo que permite una teoría de la relevancia coherente con la teorización cognitiva contemporánea.¹¹⁸⁹ Por ello los contextos son experiencias cotidianas de las que se hacen resúmenes selectivos de la dimensión del lugar que es relevante.¹¹⁹⁰

De este modo, se dice que un micro modelo contextual es aquel en el que al mismo tiempo alguien se puede representar la situación actual, local y sus componentes, como dar una clase específica hoy o responder una pregunta; en cambio un macro modelo contextual se compone de varios niveles de los que la acción y la situación actuales son un constituyente, como la clase específica que es parte del semestre o dar clases en la universidad.¹¹⁹¹ Así pues, como categorías propuestas de un modelo contextual se establecen: El escenario, que implica tiempo/periodo, espacio/lugar/ambiente; participantes; roles comunicativos; identidades; relaciones entre los participantes; conocimiento y creencias sociales compartidos; intenciones y objetivos así como acciones/eventos comunicativos.¹¹⁹²

Con ese orden, se afirma que los modelos contextuales representan lo que es relevante en una situación comunicativa, apreciándose esto con el enfoque de que un hecho y su conocimiento es relevante en relación con un contexto si constituye una condición inmediata para un evento o acción probable o para su prevención en ese contexto o situación; entendiéndose la relevancia como un concepto sobre la base de datos surgidos a partir de la interpretación de una situación guiada por un esquema compartido y adquirido socioculturalmente y por modelos contextuales anteriores. De este modo los contextos son pues modelos mentales de situaciones comunicativas y sociales¹¹⁹³ que determinan los aspectos relevantes de la situación social.¹¹⁹⁴ Son lo que los participantes de una situación social definen como relevante.¹¹⁹⁵

¹¹⁸⁸ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 116-117.

¹¹⁸⁹ *Ídem*, p. 118.

¹¹⁹⁰ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, p. 190.

¹¹⁹¹ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 120-121.

¹¹⁹² *Ídem*, pp. 120-123.

¹¹⁹³ *Ídem*, pp. 125-128.

¹¹⁹⁴ *Ídem*, p. 194.

¹¹⁹⁵ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, p. 20.

Por lo que respecto de la construcción de modelos contextuales se expresa que debe considerarse la base de información potencialmente infinita sobre las propiedades de una situación comunicativa para tener capacidad de limitar la vastedad de conocimientos socioculturales que los usuarios del lenguaje comparten con otras personas.¹¹⁹⁶ Y para ello las claves de contextualización¹¹⁹⁷ como las diferencias sutiles de la entonación, los gestos, la mirada y la postura corporal también pueden construir varias características contextuales pues no sólo expresan las dimensiones relevantes del contexto sino que también proporcionan relevancia a aspectos específicos de la situación relevante.¹¹⁹⁸

Así pues, se expresa que la conducta puede ser ambigua porque por ejemplo levantar la mano puede ser una señal de saludo o de amenaza, entonces la conducta tiene significado y es interpretable como tal sólo cuando está asociada a dicho significado o éste se le atribuye en el sentido de un modelo mental; por lo que si los objetivos o propósitos se entienden como modelos mentales de las acciones y sus consecuencias deseadas, por ejemplo, la intención de leer un periódico tiene el objetivo de obtener información sobre acontecimientos recientes, entonces la realización de objetivos depende de confluencias externas, mientras que la de las acciones sólo de capacidades y ausencias de límites propios. De ahí que las intenciones entendidas como propiedades mentales son uno de los constituyentes de los modelos contextuales.¹¹⁹⁹ Y el significado tanto un objeto cognitivo como social.¹²⁰⁰

Ahora bien, se ha denominado base común al conocimiento compartido que como tal no necesita expresarse y por ello puede permanecer implícito ante la creencia de que el destinatario cuenta con él o se piensa que puede inferirlo del conocimiento ya existente,¹²⁰¹ como es el caso de la reactivación de modelos contextuales antiguos que mediante la lectura de informes noticiosos previos por parte de los periodistas se activa lo que antes se ha informado en una comunidad epistémica en la que el conocimiento social adquirido es más o menos el mismo en la misma cultura. Sin perderse de vista que existen diferencias personales

¹¹⁹⁶ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, p. 147.

¹¹⁹⁷ Al respecto, Teun A. van Dijk señala: "...las claves de contextualización son aquellas propiedades del habla que, como tales, no tienen ni significado ni referencia, pero cuyo uso permite varias inferencias sobre la situación o los mismos actos que se llevan a cabo actualmente o las actividades en las que se participa." *Ídem*, p. 240.

¹¹⁹⁸ *Ídem*, p. 239.

¹¹⁹⁹ *Ídem*, pp. 129-131.

¹²⁰⁰ *Ídem*, p. 200.

¹²⁰¹ *Ídem*, p. 133.

relacionadas con distintos niveles de educación o pericia y que también existe una clase de nivel base compartido de conocimiento general presupuesto.¹²⁰²

Luego, se dice que el contexto es una clase de manejo del conocimiento y la principal opinión a favor del contextualismo es que las declaraciones de conocimiento dependen del contexto, por lo que las interpretaciones contextuales relativas no dependen, en términos semánticos, de diferentes significados o referentes indexados de saber pero sí tienen que relacionarse pragmáticamente con los usuarios del lenguaje y las comunidades lingüísticas así como con su conocimiento y estándares epistémicos; de modo que del contexto dependen no sólo los discursos que expresan declaraciones de conocimiento sino todos los discursos, porque el discurso se produce e interpreta bajo el control de los modelos mentales contextuales. De ahí que los argumentos contextualistas se aplican a todo uso del lenguaje constituyéndose como categoría crucial de ellos el conocimiento de los participantes.¹²⁰³

En relación con lo anterior igualmente se expone que la teoría de los modelos contextuales proporciona una perspectiva más detallada de los posibles conflictos de comunicación en la que se incluyen los que se basan en el conocimiento, destacándose que la coordinación (que los destinatarios entiendan lo que los hablantes quieren expresar) es uno de los mayores problemas de la conversación aun considerándose una base común entre ellos compuesta de la suma del conocimiento y las creencias conjuntos, incluida por un lado la representación del discurso como algo textual y por otra parte situacional; sin perderse de vista que una base compartida les permite tener fundamentos para creer que otras personas igualmente comparten el contenido de esa base, sin embargo, para una acción conjunta la coordinación exige una plataforma compartida, es decir, que dos participantes observen el mismo objeto y vean al otro observándolo,¹²⁰⁴ pues cada evento comunicativo consiste en una combinación única y compleja de las condiciones situacionales.¹²⁰⁵

Luego, se destaca que un idioma, habilidades, valores o conocimiento geográfico constituyen distintos tipos de base común pero la diferencia entre una base común comunal y una base común personal es que la base común comunal corresponde a las comunidades culturales en las que sus miembros comparten la misma pericia y pueden definirse según su

¹²⁰² *Ídem*, pp. 136-138.

¹²⁰³ *Ídem*, pp. 141-144.

¹²⁰⁴ *Ídem*, pp. 144-146.

¹²⁰⁵ *Ídem*, p. 201.

nacionalidad, residencia, educación ocupación, empleo, afición, idioma, religión, política, grupo étnico, subcultura y género; por lo que aquéllos pueden compartir más o menos conocimientos sobre geografía, historia, valores, ideologías, etcétera y además como comunidad pueden estar anidados (los neoyorquinos como tales) y reconocerse mutuamente. Y la base común personal presupone una base común cultural y se basa en experiencias personales conjuntas, como la percepción o interacción conjunta, de modo que las relaciones entre extraños, conocidos y amigos pueden definirse en relación con la cantidad de base común personal.¹²⁰⁶ Ahora bien, por base mental de las acciones suele definirse a la confluencia de objetivos, planes, intenciones y propósitos.¹²⁰⁷

Por otra parte, se expresa que el contexto debe entenderse como un componente de una teoría de la adecuación y no sólo como base de la interpretación de la significación o la verdad, porque esto último implica un tratamiento reduccionista del contexto, pues ciertamente los límites entre la semántica y la pragmática son difusos aun en estudios formales o filosóficos, lo que en especial sucede cuando el significado o la referencia dependen del contexto, entendido éste como el escenario actual (tiempo, lugar) de los participantes del discurso y de sus creencias (mutuas o diferentes),¹²⁰⁸ pues ciertamente se sabe qué decir en un comercio, un aula o un tribunal porque esos escenarios se asocian con eventos o interacciones sociales que tienen lugar en ellos y por eso ejercen determinada influencia sobre la conducta y comportamientos controlados socialmente, como vestirse adecuadamente en una boda que implica no hacerlo con ropa de trabajo vieja o vestir de modo abrigado en un día caluroso, que aun cuando no es inadecuado sí resulta extraño,¹²⁰⁹ de modo que las normas contextuales controlan cuándo, dónde y con quién se puede expresar una emoción o una manifestación de poder al configurar los contextos condiciones regulares para ello,¹²¹⁰ pues también no decir algo puede ser por restricciones contextuales como tabúes o roles.¹²¹¹

¹²⁰⁶ *Ídem*, pp. 146-147.

¹²⁰⁷ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, p. 67.

¹²⁰⁸ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 145-146.

¹²⁰⁹ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 90-91.

¹²¹⁰ *Ídem*, p. 102.

¹²¹¹ *Ídem*, p. 163.

Ahora bien, se señala que el contexto, la base común y el conocimiento mutuo están relacionados con un problema filosófico conocido como las mentes de otros, cuyas representaciones constituyen condiciones cruciales de toda interacción, cooperación y discurso, de manera que con base en lo que significa pertenecer a una comunidad epistémica se infiere lo que los demás saben toda vez que los humanos se pueden hacer entender porque como parte del contexto actual presuponen que sus destinatarios comparten su gramática, léxico así como conocimiento sociocultural más general, por lo que el conocimiento atribuido y compartido es fundamental para interpretar las situaciones comunicativas y por lo tanto los modelos contextuales, de modo que cuando existe pertenencia al mismo grupo ideológico se pueden presuponer argumentos generales y la necesidad de persuasión será menos explícita, de lo contrario sólo quedará presuponer y apelar a ideologías, valores o normas de más alto nivel que se supone que los destinatarios comparten.¹²¹²

Así pues, se dice que los modelos contextuales se basan en conocimiento lingüístico para adaptar expresiones a situaciones comunicativas porque las personas forman, activan, actualizan o los ejecutan y no se construyen de cero o de modo espontáneo, por ser un caso especial de modelos experienciales en curso. De modo que el modelo contextual ejerce un control general sobre el proceso de producción y comprensión respecto de qué conocimiento general y qué información de los modelos situacionales expresar y presuponer en las estructuras semánticas del discurso así como de estructuras sonoras, sintaxis, selección léxica, estilo, retórica, etcétera; lo que implica controlar no sólo lo que se dice sino también cómo se dice,¹²¹³ por lo que el contexto es el que controla el discurso.¹²¹⁴

Luego, se expresa que los modelos contextuales controlan cómo se dicen las cosas en la situación actual y los modelos situacionales contribuyen con la información para el contenido del discurso, es decir, con lo que se dice, porque la misma experiencia puede contarse de una forma diferente a amigos en casa que a un policía en la estación respectiva. Y es que la evaluación de las personas y las relaciones sociales se hace con base en lo que hacen y dicen; en el entendido que el modelo situacional existe antes que el modelo contextual, sin embargo, la cantidad de información almacenada en el modelo situacional y el modo de darla a conocer depende del modelo contextual, por lo que este último constituye una interfaz como

¹²¹² Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 149-151.

¹²¹³ *Ídem*, pp. 152-156.

¹²¹⁴ *Ídem*, p. 195.

filtro o selección entre lo que se sabe y lo que se relata. De esta forma las diferencias culturales de la interpretación de un evento o acción y, por consiguiente, de un modelo contextual pueden conducir a clases de relatos diferentes,¹²¹⁵ por eso los modelos contextuales pueden cambiar la información de los modelos sociales.¹²¹⁶

De este modo, se apunta que los modelos contextuales explican que no se trata de una clase de hecho social objetivo que controlan sino la manera subjetiva de comprender y construir dicho hecho,¹²¹⁷ porque los hechos varían con las diferentes versiones que se utilizan para describirlos hasta el extremo de que la misma historia no puede contarse dos veces porque cada relato tiene contextos diferentes y características al menos medianamente distintas,¹²¹⁸ pero la mayoría de los géneros discursivos se definen en términos de sus características contextuales¹²¹⁹ ya que las condiciones contextuales pueden facilitar formas específicas del lenguaje y hacerlas más típicas o frecuentes en géneros discursivos específicos.¹²²⁰

Luego, se señala que los contextos son pues una clase específica de modelo mental que no constituyen una clase de situación social o comunicativa sino construcciones subjetivas de las dimensiones relevantes de esas situaciones. Y como casos especiales de modelos experienciales más generales que controlan el comportamiento cotidiano, que depende de la cultura, pueden variar,¹²²¹ pues no son fijos ni dados ya que se construyen y actualizan de manera automática y constante¹²²² con elementos muy importantes como las implicaturas que son inferencias no estrictas que se basan en condiciones contextuales también denominadas significados contextuales.¹²²³

Ahora bien, la influencia del contexto sobre la sintaxis y el léxico es conocida, como también que el uso del lenguaje depende del contexto, pero existen otros elementos que pueden ser analizados como parte de éste tales como la distancia de los participantes al hablar, la pintura corporal, la ropa, las estructuras visuales de los textos escritos más allá de las letras

¹²¹⁵ *Ídem*, pp. 157-165.

¹²¹⁶ *Ídem*, pp. 278-279.

¹²¹⁷ *Ídem*, p. 182.

¹²¹⁸ *Ídem*, p. 208.

¹²¹⁹ *Ídem*, p. 222.

¹²²⁰ *Ídem*, p. 226.

¹²²¹ *Ídem*, pp. 168-169.

¹²²² *Ídem*, p. 239.

¹²²³ *Cfr.* VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 33-34.

como la fuente, tipo, color, fotografías, dibujos, etcétera; pues limitar el uso del lenguaje a aspectos verbales es arbitrario ya que la palabra contexto puede usarse como representación de un episodio comunicativo completo incluido el evento comunicativo mismo (texto o habla) o como representación del ambiente social relevante,¹²²⁴ pues los contextos controlan las estructuras del discurso¹²²⁵ pero también las diferentes estructuras de sonidos que pueden utilizarse para señalar contextos distintos o para comunicar significados contextuales específicos,¹²²⁶ de igual modo la conciencia de las restricciones de lugar y espacio¹²²⁷ es un elemento de control indudable.

Así, se menciona que la argumentación también es controlada por el contexto, precisándose que el conocimiento es el factor contextual que más se le relaciona por eso la persuasión argumentativa funciona sólo si existe conocimiento sociocultural general o especializado compartido para poder hacerse las inferencias necesarias sobre la fundamentación de la argumentación, sin embargo, los modelos contextuales se ven influidos tanto por el conocimiento socialmente compartido como por los prejuicios.¹²²⁸

Por lo que se dice que el contexto es fundamental en la producción, las propiedades y comprensión del discurso, de modo que la comprensión contextual de éste es una parte inherente de la comprensión de las vidas y experiencias diarias de las personas y de cómo éstas son capaces de actuar de manera adecuada en una situación social. De ahí que los modelos contextuales como herramienta poderosa que vincula el discurso con su ambiente comunicativo y social deben ser relativamente simples y componerse de una cantidad limitada de categorías y subcategorías al controlar la forma en que el discurso se ejecuta.¹²²⁹

De este modo, se expresa que la definición general del “contexto” se formula en relación con el conocimiento compartido de los participantes, es decir, como conjunto de

¹²²⁴ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo. Op. cit.*, pp. 172-180.

¹²²⁵ *Ídem*, p. 184.

¹²²⁶ *Ídem*, p. 237.

¹²²⁷ Sobre este tema Teun A. van Dijk expone: “No saludamos a *todas* las personas que vemos en una bulliciosa calle urbana, pero sí nos encontramos con alguien al caminar por un camino rural solitario es aceptable, incluso necesario, saludarlos a todos; y es probable que la cercanía de los participantes de una situación dé origen a una conversación más que la distancia: comúnmente tendemos a conversar más con alguien que está sentado a nuestro lado en un tren o un avión o que está junto a nosotros en una fila, en un ascensor o en una tienda, etcétera, que con las personas que se encuentran al otro lado del tren, del avión, de la habitación, tienda o espacio en general. En este caso, la cercanía también se asocia con otros aspectos de la interacción personal, como compartir un espacio interaccional, el contacto visual, el registro de sonido del habla normal, etcétera...” *Ídem*, pp. 302-303.

¹²²⁸ *Ídem*, pp. 283-287.

¹²²⁹ *Ídem*, pp. 314-321.

proposiciones en las que las categorías sociales son subjetivas,¹²³⁰ pues los contextos se basan en creencias y conocimientos socialmente compartidos y no sólo de conocimiento y experiencias personales, por lo que como modelos mentales de situaciones comunicativas relevantes los contextos no sólo son interpretaciones personales de situaciones sino también interpretaciones compartidas socialmente del tiempo, espacio, participantes y sus identidades y roles, relaciones de poder, etcétera.¹²³¹

Por eso la teoría del contexto informa de los aspectos estático y dinámico de las identidades de los actores sociales que participan en una situación comunicativa; entendiéndose que una identidad no es algo que se adopta gradualmente o que se llega a ser sino que también implica un conocimiento social, algo que se llega a aprender a través de la experiencia personal e interacción. De ahí que una persona al ser miembro de muchos grupos puede tener muchas identidades sociales, varias de ellas que ciertamente pueden ser estables al asociarse con conocimientos y habilidades específicas, con un trabajo, tareas u obligaciones también específicas.¹²³²

Ahora bien, se dice que los modelos de contexto no sólo son representaciones mentales subjetivas sino que tienen más dimensiones sociales como las aplicaciones de los conocimientos e ideologías compartidos,¹²³³ estas últimas que controlan lo que se dice acerca de algo,¹²³⁴ pues la comprensión personal y la de los otros actores sociales se da mediante representaciones mentales sin ignorarse las interpretaciones conflictivas que surgen de la interpretación de la conducta de los otros desde una perspectiva propia, por lo que la intersubjetividad entendida como la interacción y comprensión mutua¹²³⁵ no siempre se logra aunque cuando los participantes son miembros de una identidad social y conocen las propiedades de ella entonces sí son capaces de aplicar ese conocimiento en la construcción de identidades contextuales únicas, pues los contextos son constructos únicos de los participantes.¹²³⁶ De este modo cada estado del contexto tendrá influencia en las acciones siguientes y cada una de ellas redefinirá el estado de contexto próximo de cada participante,

¹²³⁰ Cfr. VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación. Op. cit.*, pp. 36-37.

¹²³¹ *Ídem*, pp. 47-49.

¹²³² *Ídem*, pp. 112-113.

¹²³³ *Ídem*, p. 133.

¹²³⁴ *Ídem*, p. 126.

¹²³⁵ *Ídem*, pp. 136-140.

¹²³⁶ *Ídem*, p. 165.

pues los macrocontextos institucionales influyen en la formación y modificación de los microcontextos interaccionales, por lo que ciertamente las instituciones restringen las posibles actualizaciones de los contextos en curso.¹²³⁷

Así pues, se señala que los contextos aplican, confirman y en parte modifican los conocimientos que los miembros de una cultura comparten socialmente sobre situaciones sociales, por lo que las definiciones del contexto se construyen y actualizan dinámicamente;¹²³⁸ entonces un contexto de situación es distinto de un contexto de cultura porque el primero significa una relación cara a cara dentro de un escenario específico, en cambio el contexto de cultura es más global e implica a miembros de toda una comunidad y varias de sus propiedades fundamentales, como sus conocimientos, normas y valores, denominado este último macrocontexto social.¹²³⁹

Y aun cuando se dice que el concepto de cultura es difuso, sin embargo, se describen como culturales las similitudes y diferencias en el conocimiento, las creencias, las normas y los valores compartidos en relación con el modo en que las personas interpretan las situaciones comunicativas en diferentes sociedades y la manera que impactan sobre el texto y la conversación, aunque muchas veces las culturas se definan en términos de lo que las personas deben saber para poder participar en una comunidad, como miembros competentes, por lo que si las creencias socioculturales de ésta son diferentes los modelos de contexto de sus miembros también serán diferentes;¹²⁴⁰ de este modo los contextos se constituyen socialmente y se mantienen de forma interactiva.¹²⁴¹

Así pues, se señala que la naturaleza fundamental del contexto consiste en la manera en que los participantes interpretan y representan la situación comunicativa,¹²⁴² por eso son un fenómeno cultural y sólo las personas los constituyen, no las situaciones ni el habla,¹²⁴³ pues ciertamente las personas emplean sus cuerpos para comunicarse e interactuar.¹²⁴⁴ Con ese orden los contextos tienen dos dimensiones principales: Su surgimiento en la actividad y su

¹²³⁷ *Ídem*, pp. 172-173.

¹²³⁸ *Ídem*, p. 175.

¹²³⁹ *Ídem*, p. 228.

¹²⁴⁰ *Ídem*, pp. 230-232.

¹²⁴¹ *Ídem*, p. 268.

¹²⁴² *Ídem*, p. 275.

¹²⁴³ *Ídem*, pp. 281-285.

¹²⁴⁴ *Ídem*, p. 288.

inclusión en marcos más amplios.¹²⁴⁵ Su base la constituyen las situaciones comunicativas y se organizan por esquemas cognitivos, como ocurre con toda información compleja que consiste en un número limitado de categorías relevantes empleadas para analizar e interpretar la situación comunicativa¹²⁴⁶ cuyas dimensiones relevantes modelan,¹²⁴⁷ es decir, modelar el contexto significa modelar la mente mutuamente para saber cuáles son los conocimientos o intenciones de los otros participantes.¹²⁴⁸

5.2.4 Elementos para construir el concepto “contexto”

5.2.4.1 Elementos generales

5.2.4.1.1 La realidad

Se considera que el concepto realidad ha sido y continuará siendo tema de discusión desde múltiples enfoques pero interpretándolo mediante el auxilio de su antónimo, es decir, la idealidad (derivado de ideal), conduce entonces a estimar que la realidad es perceptibilidad, sin embargo, es ahí donde se halla exactamente la dificultad de precisar cuál es su contenido o más específicamente qué es lo que la perceptibilidad aprehende y que por su esencia de ninguna manera tiene acomodo en lo ideal.

De este modo, se estima que el contenido total de la perceptibilidad es la confluencia de formas, colores e impactos, que es lo único que compone y puede categorizarse como perceptible, pero lo que convierte a la perceptibilidad en “realidad” es sin lugar a dudas un necesario ejercicio de interpretación de esa confluencia bajo un enfoque cultural determinado, pues sólo de ese modo es como el concepto “realidad” se compone y puede relacionarse con el diverso concepto de “vida”, ambos útiles para la organización de los seres humanos en sociedad. Por lo que la realidad es pues el producto acabado de la perceptibilidad mediante un procedimiento de interpretación de esta última.

¹²⁴⁵ *Ídem*, p. 291.

¹²⁴⁶ *Ídem*, pp. 370-371.

¹²⁴⁷ *Ídem*, p. 373.

¹²⁴⁸ *Ídem*, p. 378.

Así, la realidad es el dato social del derecho, la cual debe considerarse para no reducir a este último a un sistema de normas,¹²⁴⁹ pues el derecho es un conjunto de significaciones, es decir, conceptos, pero también atañe a la conducta humana que es el correlato objetivo necesario de pensamientos que lo constituyen y que está al servicio de los valores; por eso el derecho no tiene como objeto la conducta como es sino como debe ser,¹²⁵⁰ que es lo que constituye el centro donde la realidad encuentra su esencia como perceptibilidad interpretada de modo acabado, que posibilita relacionarla con la “vida” del ser humano como persona.

Y es que tanto la persona como el derecho son productos culturales, no de la naturaleza, pues el concepto persona es una construcción social, es decir, un ser humano mediado por lo social que se socializa y que en estado natural no forma parte de la sociedad hasta que es persona destinataria de normas, derechos y deberes, por lo que dicho concepto de persona a su vez es normativo.¹²⁵¹

Así pues, el fenómeno de lo humano se da en lo social y la constitución de lo social forma parte de la esencia de lo humano, por lo que la realidad de lo humano sólo se puede materializar a partir de la interacción humana en sociedad y eso implica que tal interacción se dé mediante el lenguaje y la comunicación de modo que sin socialización no hay fenómeno humano,¹²⁵² por eso la realidad es la interpretación acabada de la perceptibilidad, es decir, de la confluencia de formas, colores e impactos bajo un enfoque cultural determinado en el que la socialización acontece.

5.2.4.1.2 La cultura

Se considera que la cultura es una plataforma histórica de bases consistentes; que informa a la vida cómo interpretarse para conducir el comportamiento y guiar la conducta de modo congruente con la organización social de una comunidad específica. De esta manera la cultura constituye el centro de acomodo congruente de todo comportamiento y de toda conducta en cualquier sociedad y además generalmente tiene un alcance persuasivo que llega

¹²⁴⁹ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica. Op. cit.*, pp. 21-23.

¹²⁵⁰ *Ídem*, pp. 630-631.

¹²⁵¹ Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. *FUNCIONALISMO PENAL Y AUTODETERMINACIÓN PERSONAL*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2013, pp. 26-27.

¹²⁵² Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *LA IMPUTACIÓN CONSTRUIDA. Sistema jurídico general, subsistema jurídico penal y de medidas de seguridad. La respuesta comunicativa punitiva. La imputación objetiva. Hacia una imputación comunicativa. La teoría del rol*. Editorial Universidad S.R.L. Argentina, 2008, p. 113.

hasta el extremo de que la conducta no se desacomode, pero cuando eso sucede la cultura también proporciona los parámetros indispensables para valorar dicho desacomodo de manera debida y no superficialmente.

Luego, la cultura es pues un centro de pensamiento generador de identidad¹²⁵³ y ciertamente también es producto de comunidades interpretativas,¹²⁵⁴ algunas de ellas restringidas y radicales, aunque no en su mayoría ante el indudable y dinámico desarrollo de la tecnología que influye en la vida de un modo cada vez más insuperable sobre nuevas formas de comunicación mundial que han desplazado los esquemas de interacción humana más tradicionales, por ejemplo: La red social denominada Facebook, el e-mail y el Whatsapp, que sin lugar a dudas son elementos de comunicación mundial utilizados por personas de culturas diversas que paradójicamente convergen en su interpretación. De este modo, Josep Redorta señala:

“...la cultura consiste <<en determinadas prácticas y valores comunes a una sociedad en particular que vive en un lugar perfectamente delimitado>>. Es un producto compartido y colectivo que proporciona un repertorio de acciones y un patrón de medida con el que se pueden aquilatar las acciones de otros. En definitiva, la cuestión cultural o intercultural nos retorna nuevamente a la cuestión del significado. El diálogo intercultural es un problema de comprensión de códigos culturales y, por tanto, también un problema de comunicación.”¹²⁵⁵

5.2.4.1.3 La comunicación

Se estima que la comunicación de ordinario es entendida como la transmisión de información a través del lenguaje, sin embargo, no sólo se limita a ello porque también comprende otros modos de expresión que actualmente proliferan con el imparable desarrollo tecnológico. La comunicación entonces se ha convertido en un elemento dinámico permanente de la sociedad con la que se transmiten innumerables mensajes de múltiples

¹²⁵³ Cfr. VILLORO, Luis. *EL CONCEPTO DE IDEOLOGÍA. Y otros ensayos*. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición. México, 2007, pp. 152-156.

¹²⁵⁴ Cfr. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. y DEMETRIO-CRESPO, Eduardo. *Filosofía del lenguaje y Derecho Penal: Una aproximación*. En: *TEMAS ACTUALES EN LA DOGMÁTICA PENAL*. Grupo Editorial Ibáñez. Compiladora Gloria Bernal Acevedo. Colombia, 2013, pp. 132.

¹²⁵⁵ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. *Op. cit.*, p. 237.

contenidos indiscriminadamente y con ello la tecnología cada vez más desplaza a la interacción humana sin poder calcularse hasta qué extremo llegará eso.

Así pues, la comunicación siempre ha sido y será una necesidad imprescindible del ser humano porque es lo que da contenido a la vida sin lugar a dudas, en la que la interacción interpersonal tiene un lugar preponderante y sigue siendo la más valiosa en cualquier sociedad aun cuando desde algunos enfoques sea considerada como anticuada y hasta impráctica frente a otras formas de comunicación desarrolladas por la útil pero engañosa e incluso absurda tecnología.

Por lo que conviene detenerse y cuestionarse hasta dónde la comunicación es tal, es decir, hasta dónde puede considerarse comunicación el innumerable intercambio de información por medios electrónicos sustitutiva de la interacción humana, esta última que comunica no sólo por medio del lenguaje en sus variadas modalidades sino también por una simple mirada llena de contenido emotivo que puede llegar a expresar más que un mensaje emitido mediante el lenguaje ordinario (hablado, escrito o mímico) y con ello controlar una conducta más eficazmente que una orden explícita.

De manera que la comunicación ciertamente es imprescindible para el ser humano, pero en la actualidad es tan evidente el poder aislante que tiene la que atañe a medios electrónicos en relación con la interacción humana que paradójicamente la comunicación se ha convertido en incomunicación personal, pues es innegable la preferencia social y hasta la adicción de destinar más tiempo al uso del teléfono celular en cualquier lugar y situación, para cualquier actividad, que la interacción humana ordinaria que cada vez más va perdiendo preferencia sin lugar a dudas. Es más, ya se llegó hasta extremos tan absurdos que hay quienes sostienen conversaciones con máquinas que saludan y expresan mensajes de aliento y buenos deseos, por lo que se estima necesario, pero sobre todo urgente, el replanteamiento objetivo sobre cuál es la esencia de la comunicación y cuál es su congruente utilidad en la vida, si es que su aprovechamiento se pretende en cualquier organización social.

5.2.4.2 Elementos de abstracción

5.2.4.2.1 Modelo mental

Considerándose que un modelo es una representación subjetiva de un episodio que se almacena en la memoria episódica (que es la que acumula experiencias autobiográficas). Que

cuando se vive una experiencia o se es consciente de una situación eso significa construir o actualizar un modelo mental de ese episodio. Y que los modelos constituyen la única interfaz de la combinación de lo personal y singular con lo social y lo compartido.¹²⁵⁶ Por lo tanto es congruente considerar que los contextos son modelos mentales¹²⁵⁷ que definen la manera cómo ver la situación actual y la forma de su desenvolvimiento en relación con su escenario, el cual es una de las categorías relevantes de los modelos contextuales que a su vez tiene como categorías centrales el lugar/espacio y el tiempo toda vez que la noción de contexto se utiliza frecuentemente para ubicar o explicar cosas.¹²⁵⁸

5.2.4.2.2 Conector de conocimiento

Bajo la consideración de que el significado de contexto se relaciona de manera especial con trasfondos sociales, políticos, financieros y culturales e implique que algo, ya sea un acontecimiento o acción se relacione con situaciones, condiciones, circunstancias o trasfondos dados. Y que los usos científicos de contexto sugieren que el estudio de muchos fenómenos sociales no es aislado sino relacionado con alguna clase de escenario o ambiente geográfico para limitar dicho estudio.¹²⁵⁹ Luego, si el contexto no es una parte de la situación social sino un modelo mental subjetivo de esa situación, que no puede ser demasiado complejo¹²⁶⁰ aun cuando cada evento comunicativo consista en una combinación única y compleja de las condiciones situacionales.¹²⁶¹ Por lo tanto, se estima que el contexto conecta el trasfondo de una situación comunicativa con el conocimiento de una realidad delimitada en un escenario o ambiente geográfico.

Y es que el contexto es una clase de manejo del conocimiento,¹²⁶² de modo que aplica, confirma y, en parte, modifica el conocimiento que los miembros de una cultura comparten socialmente sobre situaciones sociales;¹²⁶³ por eso los modelos contextuales son la interfaz entre la sociedad y la situación,¹²⁶⁴ pues se constituyen socialmente y se mantienen de forma

¹²⁵⁶ *Vid. supra*, p. 247.

¹²⁵⁷ *Vid. supra*, p. 247.

¹²⁵⁸ *Vid. supra*, pp. 247-248.

¹²⁵⁹ *Vid. supra*, p. 250.

¹²⁶⁰ *Vid. supra*, p. 251.

¹²⁶¹ *Vid. supra*, p. 259.

¹²⁶² *Vid. supra*, p. 259.

¹²⁶³ *Vid. supra*, p. 265.

¹²⁶⁴ *Vid. supra*, pp. 256-257.

interactiva¹²⁶⁵ para dar congruencia a la realidad, es decir, a la interpretación acabada de perceptibilidades.

5.2.4.2.3 Generador universal de interpretación congruente

Se considera que como la naturaleza fundamental del contexto consiste en la manera como se interpreta y se representa la situación comunicativa, entonces los contextos son un fenómeno cultural y sólo las personas los constituyen, no las situaciones ni el habla,¹²⁶⁶ son logros interpretativos que tienen como objetivo la comprensión que implica un proceso personal y situacional,¹²⁶⁷ pues la comprensión personal y la de los otros actores sociales se da mediante representaciones mentales sin ignorarse las interpretaciones conflictivas que surgen de la interpretación de la conducta de los otros desde una perspectiva propia.¹²⁶⁸

De este modo el contexto es un elemento universal porque su materia prima es la realidad y su función es la interpretación congruente de ella, lo que innegablemente tiene acomodo para cualquier situación comunicativa dentro de cualquier cultura. Dicho lo mismo pero con otras palabras es como sigue: La interpretación congruente de la realidad de cualquier situación comunicativa de cualquier cultura requiere del contexto porque de él depende tal congruencia interpretativa. Por eso se considera que el contexto es el principio¹²⁶⁹ desde el que se genera universalmente toda interpretación congruente de la realidad.

5.2.4.2.4 Controlador conductual

Con base en que los contextos son dinámicos y controlan todas las percepciones e interacciones en proceso que consisten en categorías básicas como el escenario espacio-temporal, los participantes, sus varias identidades, acontecimientos o acciones en proceso y objetivos actuales, significativas para la situación actual,¹²⁷⁰ por lo tanto las normas contextuales controlan cuándo, dónde y con quién se puede expresar una emoción o una manifestación de poder mientras que las restricciones contextuales lo hacen para no decir algo, por ello los contextos configuran condiciones regulares sobre uno y otro modo de

¹²⁶⁵ *Vid. supra*, p. 265.

¹²⁶⁶ *Vid. supra*, p. 265.

¹²⁶⁷ *Vid. supra*, p. 249.

¹²⁶⁸ *Vid. supra*, p. 264.

¹²⁶⁹ *Vid. supra*, p. 5.

¹²⁷⁰ *Vid. supra*, p. 252.

conducta.¹²⁷¹ De esta manera el modelo contextual ejerce un control general sobre el proceso de comprensión¹²⁷² por eso se considera que el contexto es un controlador conductual porque principalmente delimita espacios para ubicar a las personas a fin de indicarles dónde y en su caso con quién y frente a qué culturalmente se encuentran para que con base en ello decidan su conducta en relación con la congruencia de todos esos elementos, ya que su desacomodo es lo que convertiría a la conducta en relevante.

Y es de este modo como el contexto debe entenderse, es decir, como un componente de una teoría de la adecuación y no sólo como base de la interpretación de la significación,¹²⁷³ pues la comprensión contextual es una parte inherente de la comprensión de las vidas y experiencias diarias de las personas y de cómo éstas son capaces de actuar de manera adecuada en una situación social.¹²⁷⁴

5.2.4.2.5 Determinador de relevancias

Bajo el enfoque de que una situación no se define sólo por lo que se halla presente sino por los eventos y acciones previos que aún están en el primer plano de la conciencia¹²⁷⁵ y que las situaciones son fragmentos de mundos sociales posibles demarcados espacio-temporalmente, mientras que los episodios son fragmentos complejos de la vida diaria de los miembros de la sociedad, entonces lo que transforma las propiedades situacionales en contexto ciertamente es la relevancia.¹²⁷⁶

De este modo, si bien se acepta que los contextos son definiciones subjetivas únicas de situaciones comunicativas y que tienen una base social compartida por una comunidad, sin embargo, sólo representan las propiedades de las situaciones sociales o comunicativas que son relevantes en el momento, constituyéndose así como la interfaz mental que representa los aspectos relevantes de tal situación comunicativa,¹²⁷⁷ es decir, son modelos mentales específicos respecto de las propiedades relevantes sociales, interaccionales o comunicativas de una situación, de manera que el modelo contextual es una selección específica de

¹²⁷¹ *Vid. supra*, p. 260.

¹²⁷² *Vid. supra*, p. 261.

¹²⁷³ *Vid. supra*, p. 260.

¹²⁷⁴ *Vid. supra*, p. 263.

¹²⁷⁵ *Vid. supra*, p. 254.

¹²⁷⁶ *Vid. supra*, pp. 253-254.

¹²⁷⁷ *Vid. supra*, pp. 252-253.

reconstrucción de un modelo de situación;¹²⁷⁸ pero como casos especiales de modelos experienciales más generales que controlan el comportamiento cotidiano, que depende de la cultura, pueden variar porque se construyen con implicaturas,¹²⁷⁹ es decir, con inferencias no estrictas basadas en condiciones contextuales también denominadas significados contextuales,¹²⁸⁰ por lo que en esa congruencia los modelos mentales de situaciones comunicativas relevantes no sólo son interpretaciones personales de situaciones sino también interpretaciones compartidas socialmente del tiempo, espacio, participantes y sus identidades y roles, relaciones de poder, etcétera.¹²⁸¹

Luego, si los modelos mentales incorporan todas las experiencias personales en la memoria episódica,¹²⁸² por lo tanto los contextos son experiencias cotidianas de las que se hacen resúmenes selectivos de la dimensión del lugar que es relevante y como categorías propuestas de un modelo contextual se establecen: El escenario, que implica tiempo/periodo, espacio/lugar/ambiente; participantes; roles comunicativos; identidades; relaciones entre los participantes; conocimiento y creencias sociales compartidos; intenciones y objetivos así como acciones/eventos comunicativos.¹²⁸³

5.2.4.2.6 Depuratorio de la comprensión de lo interpretado

Considerado el contexto en primer orden como un determinador de relevancias interpretables, de eso se sigue la necesidad de comprender dichas relevancias de una manera completa, es decir, congruente y acabada, pues comprender es interpretar.¹²⁸⁴ De modo que para llegar hasta ese extremo de completitud el contexto pasa a ser un centro depuratorio de la comprensión porque posibilita al intérprete elaborar cuidadosamente la selección de elementos de la realidad¹²⁸⁵ interpretables para alcanzar el extremo epistémico satisfactorio y correcto que pretende y el que sólo se logra hasta que ya no queda alguna inquietud sobre la comprensión completa de lo interpretado, entendida aquí la inquietud como la necesidad de

¹²⁷⁸ *Vid. supra*, pp. 253.

¹²⁷⁹ *Vid. supra*, p. 262.

¹²⁸⁰ *Vid. supra*, p. 262.

¹²⁸¹ *Vid. supra*, p. 264.

¹²⁸² *Vid. supra*, p. 255.

¹²⁸³ *Vid. supra*, p. 257.

¹²⁸⁴ Al respecto, Hans-Georg Gadamer señala: “La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión.” *Vid. GADAMER, Hans-Georg. VERDAD Y MÉTODO I. Op. cit.*, p. 378.

¹²⁸⁵ *Vid. supra*, pp. 266-267.

continuar interpretando ante la imposibilidad de argumentar de manera también completa lo comprendido. Lo que significa que la prueba de la comprensión pretendida es la posibilidad de argumentar de manera congruente y acabada hasta el extremo de lograr idéntica diafanidad en la comprensión entre el emisor y el receptor.

5.2.4.3 Procedimiento de idealización

Se estima que el contexto es un modelo mental (subjetivo) que no puede ser demasiado complejo y define la manera cómo ver la situación actual y la forma de su desenvolvimiento en relación con su escenario para ubicar o explicar¹²⁸⁶ cosas, es decir, la manera como se interpreta y representa la situación comunicativa, por lo que al ser una clase de manejo de conocimiento también es un conector de éste con una realidad delimitada en un escenario o ambiente geográfico y el trasfondo de una situación comunicativa.¹²⁸⁷

Por lo tanto, el contexto es una interfaz entre la sociedad y la situación para dar congruencia a la realidad, es decir, a la interpretación acabada de perceptibilidades,¹²⁸⁸ sin embargo, sólo representa las propiedades de las situaciones sociales o comunicativas que son relevantes en el momento, constituyéndose así como la interfaz mental que representa los aspectos relevantes de tal situación comunicativa.¹²⁸⁹

De ahí que es un elemento universal porque su materia prima es la realidad y su función es la interpretación congruente de ella, por eso los contextos son logros interpretativos que tienen como objetivo la comprensión.¹²⁹⁰

Así pues, el contexto es el principio desde el que se genera universalmente toda interpretación congruente de la realidad, es dinámico y controla todas las percepciones e interacciones en proceso a través de las normas contextuales y las restricciones contextuales y de ese modo ejerce un control general sobre el proceso de comprensión, por eso se considera un controlador conductual¹²⁹¹ determinador de relevancias interpretables y centro depuratorio

¹²⁸⁶ Más bien argumentar la comprensión sobre la interpretación de las cosas.

¹²⁸⁷ *Vid. supra*, pp. 270-271.

¹²⁸⁸ *Vid. supra*, p. 271.

¹²⁸⁹ *Vid. supra*, p. 272.

¹²⁹⁰ *Vid. supra*, p. 271.

¹²⁹¹ *Vid. supra*, pp. 271-272.

de la comprensión al posibilitar al intérprete elaborar cuidadosamente la selección de elementos de la realidad interpretables.¹²⁹²

5.2.4.4 Procedimiento de formalización

El contexto es un fenómeno cultural y sólo las personas lo constituyen¹²⁹³ mediante la selección específica de reconstrucción de un modelo de situación¹²⁹⁴ de experiencias cotidianas de las que se hacen resúmenes selectivos de la dimensión del lugar que es relevante¹²⁹⁵ mediante las implicaturas,¹²⁹⁶ entendidas éstas como las inferencias no estrictas basadas en condiciones contextuales también denominadas significados contextuales,¹²⁹⁷ que en términos gramaticales se denominan clasemas.¹²⁹⁸

5.2.5 Concepto de “contexto”

Se propone como concepto de contexto el siguiente: Modelo mental dinámico no complejo que constituye el centro universal de inicio y dependencia de toda manera de interpretar congruentemente la realidad de una situación comunicativa culturalmente relevante en un momento delimitado por un escenario o ambiente geográfico que se conecta con el proceso de comprensión del intérprete para controlar su conducta.

5.3 Reacomodo de elementos estructurales de la teoría de la tipicidad conglobante

5.3.1 Justificación del reacomodo

Como quedó apuntado en el capítulo precedente, la teoría de la tipicidad conglobante es una aportación científica valiosa para obtener elementos estructurales útiles en la reconstrucción del elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con ello evolucionar hacia un derecho penal mexicano coherente con un paradigma funcional

¹²⁹² *Vid. supra*, p. 273.

¹²⁹³ *Vid. supra*, p. 271.

¹²⁹⁴ *Vid. supra*, pp. 272-273.

¹²⁹⁵ *Vid. supra*, p. 273.

¹²⁹⁶ *Vid. supra*, p. 273.

¹²⁹⁷ *Vid. supra*, p. 273.

¹²⁹⁸ *Vid. supra*, pp. 65-66.

propio de su realidad cultural tan necesitada de seguridad jurídica sin extravíos.¹²⁹⁹ Lo que requiere de una construcción conceptual auténtica, pero sobre todo nueva, hasta el extremo de no dar oportunidad a confusiones que desde antaño y aún actualmente continúan sobre los conceptos que en diferentes épocas fueron el elemento principal de la orden de aprehensión aludida.¹³⁰⁰

Ahora bien, ciertamente la teoría de la tipicidad conglobante es valiosa para la pretensión aquí indicada, sin embargo, requiere de aclaraciones y ajustes para utilizar algunos de sus elementos y conceptos que aún son imprecisos y otros desarrollados insuficientemente pero que sin duda son los que mejor sostienen la necesidad de coherencia entre un acto de autoridad de la magnitud de la orden de aprehensión y la afectación que causa a quien se ejecuta, es decir, son los elementos que más se apegan a la realidad cultural de este país aunque para su funcionalidad óptima necesitan de ciertos reacomodos.

5.3.2 Problemática de imprecisión en el concepto “bien jurídico”

En una primera postura Eugenio Raúl Zaffaroni destaca el concepto de bien jurídico penalmente tutelado sobre el que apunta que su proceso de creación se debe al interés del legislador de tutelar un ente que previamente ha valorado, de modo que tal valoración se traduce en una norma que eleva al ente a la categoría de bien jurídico y cuando a este último le quiere dar una tutela penal entonces con base en la norma elabora un tipo penal y así el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado, con lo que construye el concepto de bien jurídico penalmente tutelado mediante la confluencia de tres elementos: 1) Un ente valorado; 2) Una norma prohibitiva y 3) Un tipo penal.¹³⁰¹

De este modo el autor expresa que los tipos penales no son otra cosa más que manifestaciones de tutela jurídica precisamente de bienes jurídicos. Así, señala que el concepto de bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegida por el Estado mediante la tipificación penal de conductas que afectan esa relación; por lo que dicha relación de un sujeto con un ente se llama bien jurídico y el tipo

¹²⁹⁹ *Vid. supra*, p. 173.

¹³⁰⁰ *Vid. supra*, p. 101.

¹³⁰¹ *Vid. supra*, p. 175.

legal es la manifestación de una norma que se genera para tutelar esa relación.¹³⁰² Al respecto también expone el concepto de bien jurídico penalmente tutelado del modo siguiente:

“...hay ciertos entes, por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena ‘penal’, los bienes jurídicos pasan a ser considerados bienes jurídicos penalmente tutelados.”¹³⁰³

Así, Zaffaroni al exponer lo que él llama proceso de gestación del tipo señala que inicia con el interés que el legislador tiene sobre un ente que valora y eleva a bien jurídico mediante la enunciación de una norma para tutelarlos, la cual se manifiesta en un tipo legal que es el que le agrega la tutela penal.¹³⁰⁴ Por lo que afirma que la razón de ser de la norma corresponde a la tutela de un bien jurídico,¹³⁰⁵ de manera que comprobada la tipicidad legal lo que sigue es averiguar “a la luz” de la consideración conglobada con todo el orden normativo al que pertenece, si el bien jurídico tutelado está afectado.¹³⁰⁶

Ahora bien, con un orden de ideas diferente el citado autor expresa que nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico, ya que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro, por eso afirma que los conceptos de bien jurídico lesionado o afectado y bien jurídico tutelado son sustancialmente diferentes.¹³⁰⁷

Así pues, Zaffaroni señala que la legislación penal no crea bienes jurídicos ya que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación y que éstas son las que los tutelan porque el derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado;¹³⁰⁸ lo que reitera con otras palabras al señalar que es falso el concepto de bien jurídico tutelado por el orden punitivo, en el plano de la realidad, porque los bienes jurídicos están tutelados por otras disciplinas del derecho, pues dichos bienes son conforme al derecho constitucional, internacional, civil, etcétera y la ley penal sólo se limita a seleccionar algunas

¹³⁰² *Vid. supra*, pp. 175-176.

¹³⁰³ *Vid. supra*, p. 176.

¹³⁰⁴ *Vid. supra*, p. 177.

¹³⁰⁵ *Vid. supra*, p. 183.

¹³⁰⁶ *Vid. supra*, p. 186.

¹³⁰⁷ *Vid. supra*, p. 193.

¹³⁰⁸ *Vid. supra*, p. 197.

conductas que los lesionan y tipificarlas pero con ello en modo alguno los protege o tutela, porque aun cuando la ley penal no existiera los bienes jurídicos seguirían siendo tales. De este modo tanto en la realidad como en lo jurídico la tutela penal del bien jurídico es un mito por pasarse sin escalas del concepto de bien jurídico lesionado al de bien jurídico tutelado, que son polos opuestos.¹³⁰⁹

Luego, Zaffaroni señala que el principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado, exigencia que constituye una limitación al poder punitivo. De esta manera indica que entre bien jurídico tutelado y bien jurídico afectado hay diferencia porque la pena nada hace respecto de la lesión, es decir, al muerto no le devuelve la vida; el bien jurídico lesionado es concreto y particular, en cambio el bien jurídico tutelado sería un concepto un tanto espiritualizado, como la vida en general o el patrimonio de todos;¹³¹⁰ posteriormente señala que resulta una redundancia expresar que un bien jurídico tiene protección o tutela porque si no la tuviera no sería un bien jurídico.¹³¹¹

Como se aprecia de lo apuntado, se considera que las posturas de Zaffaroni son contradictorias y por ende opuestas a una regla interpretativa sistemática de primer grado,¹³¹² porque inicialmente destaca y construye el concepto de bien jurídico penalmente tutelado respecto del que señala, sin lugar a dudas, que el tipo penal, que después lo precisa como tipo legal, es el que genera y agrega la tutela penal al bien jurídico, pero después con un enfoque diferente niega el concepto de bien jurídico tutelado por el orden punitivo y expresa que la tutela penal del bien jurídico es un mito con base en la diferenciación de los conceptos bien jurídico lesionado y bien jurídico tutelado.

Esa diferenciación entre los citados conceptos de bien jurídico lesionado y bien jurídico tutelado Zaffaroni la expone con claridad y de ese modo llega a dos conclusiones fundamentales sobre la esencia y fin del bien jurídico, que son las siguientes: 1) El bien jurídico lesionado es concreto y particular y 2) En todo delito es exigible un bien jurídico lesionado como limitación al poder punitivo. A lo que tiene acomodo una tercera conclusión a

¹³⁰⁹ *Vid. supra*, p. 209.

¹³¹⁰ *Vid. supra*, pp. 204.

¹³¹¹ *Vid. supra*, p. 209.

¹³¹² Al respecto, Manuel Atienza señala: “De acuerdo con la tipología de problemas interpretativos anteriormente efectuada (y que, con pocos matices de diferencia, es la que se encuentra tanto en textos de Derecho positivo como en las obras de dogmática o de teoría del Derecho de los sistemas de *civil law* o de *common law*), las reglas de primer grado podrían clasificarse en: lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, teleológicas y valorativas. Un ejemplo [...] de regla sistemática: ‘una palabra o un enunciado debe entenderse de manera que se evite que lo dicho en ese texto sea contradictorio con lo enunciado en otro del mismo sistema’;...” *Vid. ATIENZA, Manuel. EL SENTIDO DEL DERECHO*. Editorial Ariel, S.A. España, 2001, p. 269.

la cual Zaffaroni llegó y que no deriva de la diferenciación indicada pero implica una aportación dogmática aclaratoria muy importante, de enfoque semántico, que consiste en la redundancia de expresar que un bien jurídico tiene protección o tutela porque si no la tuviera entonces no sería un bien jurídico como ciertamente Zaffaroni lo advirtió con fina claridad.

Por lo tanto, aun ante las contradicciones expuestas se comparte con Zaffaroni la aclaración sobre la tautología indicada y en esa congruencia la denominación de bien jurídico de manera lisa y llana proveniente del derecho en general y no exclusivamente del derecho penal. Se comparte así mismo la diversa denominación de bien jurídico lesionado como elemento exigible en el delito y limitación al poder punitivo del Estado.

5.3.3 Gradual descomposición estructural de los conceptos orden jurídico y orden normativo

Una afirmación interesante de Zaffaroni estriba en que el orden jurídico no se agota en el orden normativo porque aquél no es sólo un conjunto ordenado de normas prohibitivas sino que también está integrado con preceptos permisivos que no implican una contradicción con las normas sino que por el contrario las presuponen, dándose lo que él llama un juego armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos y agrega que estos últimos tienen sentido sólo cuando previamente media una norma prohibitiva ya que no tiene caso permitir lo que no ha sido prohibido. Así, expresa que el precepto permisivo, al que denomina tipo permisivo, genera una causa de justificación porque es un permiso otorgado por el orden jurídico en ciertas situaciones conflictivas.¹³¹³

Ahora bien, como orden normativo y orden jurídico dicho autor considera lo siguiente:

“Orden normativo y orden jurídico. Las normas jurídicas configuran un orden -orden normativo, de normas-, pero el orden jurídico no se agota en las normas prohibitivas sino que se integra también con preceptos permisivos, que puestos también en un cierto orden con las normas culminan el orden jurídico: el orden jurídico se compone del orden normativo completado con los preceptos permisivos.”¹³¹⁴

Y al respecto Zaffaroni expone lo que sigue:

¹³¹³ *Vid. supra*, p. 178.

¹³¹⁴ *Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit., p. 511.*

“...la antijuridicidad surge de la antinormatividad (tipicidad penal) y de la falta de adecuación a un tipo permisivo, es decir, de la circunstancia de que la conducta antinormativa no esté amparada por una causa de justificación.”

“La tipicidad penal implica la contrariedad con el orden normativo, pero no implica la antijuridicidad (la contrariedad con el orden jurídico), porque puede haber una causa de justificación (un precepto permisivo) que ampare la conducta.”

“La antijuridicidad presupone la antinormatividad, pero no es suficiente la antinormatividad para configurar la antijuridicidad, pues la antinormatividad puede ser neutralizada por un precepto permisivo. Dicho en otras palabras, puesto que la tipicidad penal implica la antinormatividad, la antijuridicidad con relevancia penal presupone la tipicidad. En este sentido la tipicidad opera como un indicio de la antijuridicidad, como un desvalor provisorio, que debe ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación.”¹³¹⁵

De ese modo Zaffaroni expone que el orden jurídico se establece con el funcionamiento armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos todos expresados en leyes, las cuales no deben operar de manera contradictoria porque la contradicción es la arbitrariedad; que también el orden jurídico presupone un orden normativo, es decir, un cierto orden entre las mismas normas prohibitivas. Y con base en esto expone que en la antijuridicidad se comprueba la confrontación de la conducta con el orden jurídico, en cambio, que en la tipicidad lo que se comprueba es la antinormatividad, que no opera en forma de contradicción con la norma aislada sino con el orden normativo en forma conglobada.¹³¹⁶

Así pues, el nombrado autor afirma que el orden jurídico es la combinación de normas prohibitivas y preceptos permisivos y su funcionamiento armónico,¹³¹⁷ sin embargo, en relación con el modo de establecer la lesividad señala que es considerándose la norma que se deduce del tipo, pero no de forma aislada sino de manera conglobada en el orden normativo compuesto por todo el conjunto de normas, ya sean deducidas o expresadas en otras leyes de igual o superior jerarquía,¹³¹⁸ por lo que apunta que el tipo objetivo conglobante en

¹³¹⁵ *Vid. supra*, p. 179.

¹³¹⁶ *Vid. supra*, pp. 185.

¹³¹⁷ *Vid. supra*, p. 187.

¹³¹⁸ *Vid. supra*, p. 194.

congruencia con el principio general de coherencia o no contradicción, reconsidera el alcance de la norma deducida del tipo a través de su conglobación con el universo de normas deducidas de otros tipos y establecidas por (o deducidas de) otras leyes penales y no penales.¹³¹⁹

De esa manera Zaffaroni apunta que la función de la conglobación es claramente normativa por ser la conglobación una operación determinante de la lesividad; que se deduce del tipo sistemático y del universo de normas prohibitivas y preceptivas que deben considerarse como un orden normativo en el que se encuentran normas penales y no penales así como constitucionales e internacionales y de las que surge el alcance prohibitivo de la norma particular.¹³²⁰

Por lo que el aludido autor expresa que determinar si el pragma típico es o no antinormativo, es decir, si afecta un bien jurídico, es imposible sin conglobar la norma deducida en el orden normativo,¹³²¹ sin embargo, señala que la antinormatividad requiere para su comprobación la norma deducida del tipo pero conglobada con las normas deducidas de los otros tipos penales, porque no basta la simple colisión de la acción con la norma deducida del tipo.¹³²²

Así, los conceptos de orden jurídico y orden normativo Zaffaroni los delimitó con claridad al identificar el orden normativo, por una parte, como conjunto de normas exclusivamente prohibitivas y, por otro lado, como integrante del orden jurídico. En cambio, sobre el orden jurídico señaló que se compone tanto del orden normativo como de preceptos permisivos. Hasta aquí la diferenciación es diáfana.

De igual modo Zaffaroni afirma lo anterior pero con otro enfoque: La tipicidad penal implica contrariedad con el orden normativo y la antijuridicidad con el orden jurídico, por lo que en la tipicidad lo que se comprueba es la antinormatividad y en la antijuridicidad la confrontación de la conducta con el orden jurídico, así que aun con ese enfoque la diferenciación sigue siendo clara al establecerse dos clases de órdenes.

Ahora bien, la imprecisión se encuentra en la estructura del orden normativo y su relación con el modo de establecer la lesividad mediante la función de la conglobación, al

¹³¹⁹ *Vid. supra*, p. 194.

¹³²⁰ *Vid. supra*, p. 196.

¹³²¹ *Vid. supra*, pp. 208-209.

¹³²² *Vid. supra*, p. 210.

componerse dicho orden normativo ya no exclusivamente de normas prohibitivas penales sino también de normas preceptivas, no penales, así como constitucionales e internacionales de las que ahora Zaffaroni expresa que surge el alcance prohibitivo de la norma particular, con lo que modifica el concepto original de orden normativo integrado sólo con normas prohibitivas deducidas de forma exclusiva de tipos penales.

Luego, lo anterior no implica la disfuncionalidad de la tipicidad conglobante sino sólo la modificación de la estructura original del concepto orden normativo que es su centro, porque ciertamente el alcance de la prohibición de la norma particular debe encontrarse en todo el universo de normas jurídicas. Lo anterior en coherencia con la base¹³²³ consistente en que el orden mínimo que entre las normas debe guardarse impide que una norma prohíba lo que otra ordena o fomenta. Sin embargo, con esa misma coherencia se considera insostenible que la tipicidad conglobante sólo sea normativa, porque encontrar y sobre todo comprender el alcance prohibitivo de la norma o la insignificancia de la lesividad no corresponde en exclusiva al ahora orden jurídico sino también al contexto¹³²⁴ concreto de la conducta violatoria de la prohibición, que paradójicamente sí es el único modelo en el que la realidad puede valorarse de modo exclusivo y congruente con dicho orden jurídico.

5.3.4 Crítica a las bases de la teoría de la tipicidad conglobante

5.3.4.1 Objeción al rechazo de la estructura de la conducta

Se considera pertinente señalar que ciertamente la base del delito es la conducta como ineludible carácter genérico,¹³²⁵ sin embargo, se estima equivocada la afirmación de que no se compone de una suma de elementos.¹³²⁶

Y es que la conducta no es una estructura conceptual unitaria sino compuesta de elementos distintos entre sí. Los seres humanos con vida y no sólo de simple existencia somos seres de intereses¹³²⁷ y esto es así porque la vida los implica sin lugar a dudas. Afirmaciones que de ninguna manera conciernen a alguna estigmatización o enfoque peyorativo sino al principio de argumentación necesario para sustentarlas.

¹³²³ *Vid. supra*, p. 218.

¹³²⁴ *Vid. supra*, p. 275.

¹³²⁵ *Vid. supra*, p. 174.

¹³²⁶ *Vid. supra*, p. 174.

¹³²⁷ *Vid. supra*, pp. 46-47 y 97-98.

De este modo se estima que el interés es el elemento central de la estructura de la conducta, que en un contexto mueve las cargas que inclinan la voluntad hacia una decisión, la cual puede ser de acción o de omisión. Por lo que de esta manera la acción o la omisión, en su caso, son el resultado que conforma el elemento terminado de la estructura de la conducta.

Así, con este orden argumentativo se considera que la estructura de la conducta se compone de los elementos siguientes: 1) Interés; 2) Contexto; 3) Cargas de la voluntad; 4) Movimiento; 5) Inclinación; 6) Decisión y 7) Ejecución.

Los intereses son motivaciones que conforme a las circunstancias cambian,¹³²⁸ por lo que el interés en todos los casos siempre consiste en una pretensión concreta, es dinámico, pondera potencialmente la posibilidad del conflicto y es el que genera el movimiento de las cargas de la voluntad hasta la inclinación de una de ellas, terminándose así el estado de disyunción del pensamiento ponderado.

Por su parte el contexto es el modelo mental dinámico no complejo que constituye el centro universal de inicio y dependencia de toda manera de interpretar congruentemente la realidad de una situación comunicativa culturalmente relevante en un momento delimitado por un escenario o ambiente geográfico que se conecta con el proceso de comprensión del intérprete para controlar su conducta. Lo que después le posibilita delimitar el movimiento de las cargas de la voluntad y conducirlo hasta la inclinación de una de ellas.

Luego, las cargas de la voluntad son elementos valorativos de la pretensión disyuntivos del pensamiento, que una vez movidas por el interés sirven para inclinar la voluntad hacia la decisión. Por lo que la decisión es la voluntad ya inclinada por una carga movida por el interés hacia la pretensión. Y la ejecución es el resultado de la decisión en sus modos de acción u omisión.

Al respecto, se estima conveniente abundar en este tema para aclarar la diferencia capital entre la conducta y el comportamiento. Se considera que en el comportamiento el instinto es el que impulsa o detiene un movimiento para la conservación inmediata de una pretensión permanente o para expresar una reacción inmediata de felicidad o de tristeza. Por lo tanto, mientras que en la conducta el movimiento es de cargas del pensamiento, es decir, intelectual y el que lo genera es el interés. En cambio, en el comportamiento el movimiento es

¹³²⁸ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 167.

físico-perceptible y es producido por un impulso proveniente del instinto. De ahí que en la conducta el interés es el que mueve las cargas de la voluntad hacia una decisión mientras que en el comportamiento el instinto es el que impulsa o detiene un movimiento; por eso a los animales sólo les es aplicable el concepto de comportamiento, porque no tienen la capacidad de voluntad que es exclusiva del ser humano.

Y es por todo lo anterior que se difiere de Zaffaroni en relación con su señalamiento sobre la ausencia de elementos de la conducta.

5.3.4.2 Insuficiencia de la causalidad como aspecto externo de análisis de la conducta

En relación con los aspectos que Zaffaroni advierte sobre el análisis de la conducta, el aspecto interno corresponde a la proposición de un fin,¹³²⁹ consideración con la que se coincide por resultar coherente con el axioma expuesto consistente en que los seres humanos somos seres de intereses.¹³³⁰ En cambio, sobre el aspecto externo dicho autor dice que atañe a poner en marcha la causalidad en dirección de producir el resultado mediante el nexo de finalidad que es el que la dirige porque el proceso de causas y efectos es “ ‘ciego’ ” de manera que el nexo de causalidad a nivel científico no tiene una dirección.¹³³¹

Ahora bien, se considera que la causalidad ya no tiene acomodo en el derecho penal para considerarla como Zaffaroni la propone, es decir, como aspecto externo de análisis de la conducta, pues actualmente ni siquiera la ciencia de la física de donde el concepto proviene puede sostener la causalidad como originadora segura de efectos seguros (resultados).

Así pues, como el nexo causal en realidad sólo es característico de los delitos de acción ligados a un resultado típico material, pues en los casos de comisión por omisión, dolosa o culposa, tal nexo causal propiamente no existe,¹³³² como tampoco en los delitos de omisión simple, por eso se considera que la causalidad como método de explicación de fenómenos es completamente inaplicable para argumentar conductas reguladas en tipos penales en los que no existe propiamente un nexo causal. De ahí el fracaso del sistema finalista.

¹³²⁹ *Vid. supra*, p. 174.

¹³³⁰ *Vid. supra*, pp. 46-47, 97-98 y 282.

¹³³¹ *Vid. supra*, p. 174.

¹³³² *Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. Cómo formular el Título de Imputación de un Hecho que la Ley Señala como Delito*. Editorial ArQuinza, S.A. de C.V. México, 2018, p. 16.

Luego, en relación con la culpa Zaffaroni hace un esfuerzo ingenioso pero inconsistente, pues señala que el desvalor consiste en la violación del deber de cuidado en la programación de la causalidad porque el programa por su finalidad no se prohíbe, sino por su defecto, ya que en la tipicidad culposa el resultado es un elemento de azar.¹³³³ Sin embargo, aquí se afirma categóricamente que en la culpa no puede haber “programación de la causalidad” bajo ninguna situación y menos aún considerándose el azar como el nombrado autor lo indica.

Y es que el concepto de causalidad manejado en el derecho penal desde la escuela clásica fue entendido como distinción causa y efecto. Criterio que se asentaba sobre la teoría mecánica de Newton cuyos resultados son producto de una determinada causa-antecedente; de modo que el problema de determinar la causalidad ha sido uno de los principales del derecho penal, pues a comienzos del siglo XX el plano naturalístico fue preponderante para la teoría del delito y los debates continúan sobre la existencia, comprobación e influencia de ella como elemento de la imputación, sin ignorarse los conceptos de explicación que utilizaban las ciencias que tenían como objeto de estudio los fenómenos físicos. Luego, los principios acerca de la causalidad fundaron posiciones que siempre giraron en torno del concepto de acción y lo que de ella se distinguía.¹³³⁴

De este modo el pensamiento lineal partió del pensamiento griego, particularmente de Aristóteles, caracterizado por el principio de causa-efecto que se resume principalmente en uno de los principios siguientes: Las causas producen efectos siguiéndose una relación estricta y proporcional. Sin embargo, con los descubrimientos de la física cuántica hay un cambio epistemológico porque Planck demuestra que el microcosmos no sigue la ley universal de Newton; Heisenberg proclamó su principio de indeterminación aplicado a los electrones; en el mundo cuántico la velocidad puede medirse, pero no la dirección y viceversa; se pasa epistemológicamente de la determinación a la indeterminación y Einstein proclama la física de la relatividad, por lo que así se pasa del pensamiento lineal al no lineal.¹³³⁵

¹³³³ *Vid. supra*, p. 213.

¹³³⁴ *Cfr. ARCE AGGEO*, Miguel Ángel. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA COMUNICATIVA DEL DELITO. Construcción del ilícito a partir de la ontología del lenguaje y la teoría de los sistemas. Responsabilidad por el producto. Organización y estructura del sistema social. Op. cit.*, pp. 95-96.

¹³³⁵ *Cfr. REDORTA*, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 50.

Así pues, el concepto de causalidad como explicación de los sucesos se encuentra en crisis desde los trabajos de Einstein y su teoría de la relatividad que atañe a una nueva visión del tiempo y los sucesos causales, así como con el principio de incertidumbre de Heisenberg, que implica la falta de certeza de ciertos principios causales de la física tradicional al aplicarse a la mecánica cuántica. Cuestionamientos a la causalidad tradicional que son aún más notorios con los avances tecnológicos de la cibernética que, como ciencia, comienza a definir y distinguir sistemas para autodirigirse y autogobernarse.¹³³⁶

Luego, no es la primera vez que la física se halla ante dos teorías exitosas aparentemente contradictorias, con los trabajos de Newton sobre la gravitación universal quien combinó la física de la caída de objetos de Galileo con la física de los planetas de Kepler. Maxwell y Faraday encontraron las ecuaciones del electromagnetismo mediante la unión de lo que se conocía sobre la electricidad y el magnetismo. Einstein con la relatividad especial resolvió el aparente conflicto entre la mecánica de Newton y el electromagnetismo de Maxwell y posteriormente expuso la relatividad general para resolver el conflicto entre la teoría de la gravedad de Newton y la suya, de la relatividad especial.¹³³⁷ De ahí lo expresado por Carlo Rovelli:

“Un físico teórico, pues, se alegra cuando descubre un conflicto de este tipo: es una gran oportunidad. La pregunta que hay que formularse es: ¿podemos construir una estructura conceptual que nos permita pensar el mundo y que sea compatible con lo que hemos descubierto de él gracias a las dos teorías?”

“Para entender lo que son el espacio y el tiempo cuánticos debemos revisar en profundidad nuestro modo de concebir las cosas. Debemos replantearnos la gramática de nuestra comprensión del mundo, reconsiderarla a fondo.”¹³³⁸

¹³³⁶ Cfr. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA COMUNICATIVA DEL DELITO. Construcción del ilícito a partir de la ontología del lenguaje y la teoría de los sistemas. Responsabilidad por el producto. Organización y estructura del sistema social. Op. cit.*, pp. 96-97.

¹³³⁷ Cfr. ROVELLI, Carlo. *LA REALIDAD NO ES LO QUE PARECE. La estructura elemental de las cosas.* Tusquets Editores México, S.A. de C.V. Traducción: Juan Manuel Salmerón Arjona. México, 2016, p. 135.

¹³³⁸ *Ibidem.*

Por lo tanto, se considera un esfuerzo inútil adherir a la causalidad nexos como el de finalidad para justificar y más que todo tratar de rescatar su funcionalidad, porque simplemente no tiene congruencia con el derecho penal por tratarse sin lugar a dudas de un elemento ajeno y extraño a su estructura desde el enfoque del origen de aquélla. Y sobre todo que bajo el concepto de la causalidad no pueden argumentarse conductas que impactan en los objetos del derecho penal (seres humanos o cosas) con el riguroso nexo de causa-efecto toda vez que con los innegables avances de la tecnología ya no es posible sostener un derecho penal con los postulados de los sistemas clásico (método causalista), neoclásico (método causalista-valorativo), finalista y funcionalista (en sus dos vertientes: teleológico y normativista),¹³³⁹ sino repensarlo y replantearlo desde un enfoque contextual en el que encuentra acomodo más consistentemente sin lugar a dudas.

Lo que se considera así porque la ciencia del derecho penal participa de los caracteres de todas las ciencias cuya finalidad es comprender textos, por lo que es una ciencia hermenéutica al ser su objeto la comprensión del derecho penal; comprensión que deberá llevarse a cabo dentro de lo que se denomina “ ‘la experiencia hermenéutica’ ” y en función de la estructura del proceso de comprensión propuesto por Heidegger y Gadamer, pues los objetos de conocimiento de quien estudia el derecho penal no se presentan con la separación más o menos clara con que se diferencian los objetos de la experiencia sensible y las definiciones tienen fines prácticos por lo que su verdad o falsedad no puede comprobarse como cuando se trata de un objeto de esa clase de experiencia.¹³⁴⁰ Al respecto, Enrique Bacigalupo apunta:

“Desde el punto de vista de la tarea propia de la dogmática penal, la hermenéutica no sirve para fundamentar ontológicamente los valores o la verdad de los mismos, ‘sino que procura la comprensión del sentido, de los límites y de las condiciones de nuestras afirmaciones, de nuestro pensamiento y lenguaje y que se verifican en su comprensión y aplicación’.”¹³⁴¹

¹³³⁹ *Vid. supra*, pp. 113-124.

¹³⁴⁰ *Cfr.* BACIGALUPO, Enrique. *DERECHO PENAL. Parte general*. Editorial Hammurabi SRL. Segunda edición. Argentina, 1999, pp. 62-66.

¹³⁴¹ *Ídem*, pp. 65-66.

Y es que la ciencia del derecho penal en relación con la teoría del delito quedó completamente subordinada a la causalidad como centro insustituible de explicación de la conducta sobre el que se han construido “soluciones” teóricas de enfoques diversos con un notorio y hasta incomprensible empeño de jamás prescindir de él, por lo que la teoría del delito no debe continuar con ese esquema insostenible de la causalidad y menos tratar a ultranza de construirla sobre bases explicativas de la conducta en lugar de revisar a profundidad cómo percibir, replantear y reconsiderar la comprensión del mundo como Carlo Rovelli expresa.¹³⁴² Lo que en el caso del derecho penal y especialmente de la teoría del delito implica la necesidad de construir una estructura nueva para comprender la conducta a partir de su interpretación y en congruencia con la ciencia del derecho que es culturalmente argumentativa y no causalmente explicativa.

5.3.4.3 El contexto como centro que da sentido a la prohibición contenida en el tipo penal

Rubén Quintino Zepeda señala que la expresión bien jurídico se debe a Karl Binding¹³⁴³ y es lo que da consistencia y sentido al derecho penal.¹³⁴⁴ Sirve para legitimar la pretensión punitiva del Estado y por consiguiente para limitarla. Asimismo establece una base segura para afirmar el principio de subsidiariedad y surge de la vida social no de las normas jurídicas, por lo que es una realidad prelegislativa y constituye el punto de partida que da sentido a la creación de un tipo;¹³⁴⁵ es su concepto central, su pieza básica, sin embargo, no debe comprenderse como objeto accesible a la percepción del sentido sino como valor espiritual sobre el que se halla la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad.¹³⁴⁶

¹³⁴² *Vid. supra*, p. 286.

¹³⁴³ *Cfr.* QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO DESDE FEUERBACH Y BINDING HASTA CLAUS ROXIN*. *Op. cit.*, p. 115.

¹³⁴⁴ *Cfr.* BLANCO LOZANO, Carlos. *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*. Editorial La Ley-Actualidad, S.A. España, 2003, p. 112.

¹³⁴⁵ *Cfr.* RIGHI, Esteban. FERNÁNDEZ, Alberto A. *DERECHO PENAL. La ley. El delito. El proceso y la pena*. *Op. cit.*, p. 132.

¹³⁴⁶ *Cfr.* JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte general*. *Op. cit.*, p. 277.

Ciertamente el derecho penal tiene como función ser un medio posibilitador de la coexistencia.¹³⁴⁷ Y también tiene como finalidad proteger la convivencia en la comunidad frente a transgresiones jurídicas de notable gravedad,¹³⁴⁸ por lo que el bien jurídico es el centro del baremo con el que se dimensiona y se construye la estructura proyectada tanto para posibilitar esa coexistencia como para proteger dicha convivencia.

Luego, se coincide con Zaffaroni respecto de las denominaciones acertadas de bien jurídico (lisa y llana) proveniente del derecho en general y no exclusivamente del derecho penal y bien jurídico lesionado como elemento exigible en el delito y limitación al poder punitivo del Estado;¹³⁴⁹ así como con considerar el bien jurídico como derecho de disponer, como relación de disponibilidad de un sujeto con un ente,¹³⁵⁰ y que la afectación del bien jurídico es un requisito de la tipicidad penal;¹³⁵¹ con lo que también coincide el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito¹³⁵² al establecer que la lesión a un bien jurídico es uno de los principios que autorizan al derecho penal a reprimir una conducta porque las figuras típicas deben su creación y existencia a los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger penalmente, de tal modo que no hay norma penal que no esté destinada a un valor y no tenga como fin la protección de un bien jurídico ya que éste forma parte de la noción del tipo penal en cuanto constituye su presupuesto hasta el extremo de que el juicio de tipicidad sólo puede afirmarse cuando además de verificarse la relación de todos los elementos de la figura típica se dañe o se ponga en peligro el bien jurídico “tutelado” en el correspondiente tipo penal.

¹³⁴⁷ Cfr. GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. *LA INSIGNIFICANCIA EN EL DERECHO PENAL. Los delitos de bagatela. Dogmática, Política Criminal y Regulación Procesal del Principio*. Editorial Hammurabi SRL. Argentina, 2000, p. 41.

¹³⁴⁸ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte general*. *Op. cit.*, p. 212.

¹³⁴⁹ *Vid. supra*, p. 279.

¹³⁵⁰ *Vid. supra*, p. 176.

¹³⁵¹ *Vid. supra*, p. 183.

¹³⁵² Cfr. Tesis aislada (penal) XIX. 2o. 46 P, de rubro: “JUICIO DE TIPICIDAD. EXISTE CUANDO, ADEMÁS DE VERIFICARSE LA RELACIÓN DE TODOS LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA, SE DAÑE O CONCRETAMENTE SE PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL CORRESPONDIENTE TIPO PENAL.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, Marzo de 2005, Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época, página 1161. Registro número 178988. Página *web*: sjf.scjn.gob.mx (*link*: “Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha”) (consulta: 21 de abril de 2109).

Por eso aquí se sostiene que el contexto es el único modelo mental posibilitador para conectar congruentemente una realidad con los elementos que se requieren para vivir en sociedad como comunidad específica.

Y es que el contexto es un centro equilibrador para comprender (e interpretar) conductas en relación con tipos penales porque como modelo mental dinámico no complejo constitutivo del centro universal del que inicia y depende toda manera de interpretar congruentemente la realidad de una situación comunicativa culturalmente relevante en un momento delimitado por un escenario o ambiente geográfico, puede evidenciar la comprensión desfasada de cualquier prohibición excesiva o inútil para la vida en coexistencia social. Por eso el contexto es el centro que proporciona y del que se obtiene el sentido de la prohibición de cualquier conducta concreta regulada en un tipo penal y no el bien jurídico con su función teleológico-sistemática como Zaffaroni lo considera,¹³⁵³ pues con lo que ciertamente se coincide con él es que la razón de ser de la norma corresponde a la tutela de un bien jurídico,¹³⁵⁴ sin embargo, eso atañe al motivo para construirla que es distinto a qué es lo que debe interpretarse para llegar a la comprensión de lo construido (el tipo), que son temas diferentes.

5.3.5 Problemática en la semántica de los elementos estructurales de la tipicidad conglobante

5.3.5.1 Incompatibilidad semántica del concepto “pragma”

Se considera que el concepto pragma propuesto por Zaffaroni¹³⁵⁵ tiene diversas problemáticas que al parecer olvidó. Y es que dicho autor califica de inadecuado el vocablo “hecho” y más adecuada la expresión de origen griego pragma, sobre la que apunta que con ella varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo por ella alcanzado; lo “ ‘...procurado en el procurar...’ ”¹³⁵⁶ Sin embargo, eso no es lo que la expresión pragma significa, pues ésta equivale a “hechos”¹³⁵⁷ y en esa congruencia ha quedado argumentado

¹³⁵³ *Vid. supra*, p. 176.

¹³⁵⁴ *Vid. supra*, p. 183.

¹³⁵⁵ *Vid. supra*, pp. 220-221.

¹³⁵⁶ *Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte general. Op. cit.*, p. 365.

¹³⁵⁷ *Cfr. SAÑA ALCÓN, Heleno. ATLAS DEL PENSAMIENTO UNIVERSAL. Editorial Almuzara, S.L. España, 2008, p. 174.*

suficientemente que el vocablo “hecho” carece de contenido semántico, es decir, está vacío de significado.¹³⁵⁸

Por lo tanto se estima que resulta equivocado el cambio del vocablo “hecho” por la expresión *pragma*, porque ambos tienen el mismo valor semántico y por ende idénticas inconsistencias semántico-sintácticas de importancia innegable para la funcionalidad de un sistema jurídico penal congruente con el concepto de seguridad jurídica.

A mayor abundamiento la expresión *pragma* se estima inconducente con más énfasis porque Zaffaroni se refiere a ella como abarcadora de los conceptos acción, nexo causal y resultado, aunque aclara que estos dos últimos no forman parte de aquélla pero que sí la acompañan de forma inescindible,¹³⁵⁹ sin embargo, la causalidad y el nexo que a ella atañe ya es insostenible para comprender e interpretar la conducta en una teoría del delito congruente con la realidad actual de innegable avanzada tecnológica y cultural.

5.3.5.2 Inconsistencia semántica del concepto “dominio del hecho”

Rubén Quintino Zepeda señala que en 1915 quien empleó por primera vez la expresión “dominio del hecho” fue Augusto Hegler,¹³⁶⁰ concepto que se considera semánticamente inconsistente acorde con lo apuntado en el sentido de que el vocablo “hecho” carece de contenido, está vacío de significado,¹³⁶¹ por lo que se propone prescindir de él para evitar incongruencias semánticas y sintácticas de impacto teórico-práctico, como ha sucedido y aún continúa en México la problemática del elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión.

Y es que por añadidura se considera destacable señalar que el concepto “dominio del hecho” Zaffaroni lo relaciona indispensablemente con la causalidad al expresar que para que la tipicidad conglobante cumpla su función imputativa de considerar a un sujeto como autor doloso porque ha tenido el dominio del hecho es indispensable que el autor proyecte un programa o plan racional con el que calculó desarrollar la causalidad y además ponga una causa necesaria para su éxito sin la cual el plan no hubiera sido posible realizar.¹³⁶² Lo que

¹³⁵⁸ *Vid. supra*, pp. 166-167.

¹³⁵⁹ *Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte general. Op. cit.*, p. 365.

¹³⁶⁰ *Cfr. QUINTINO ZEPEDA, Rubén. LA CIENCIA PENAL A TRAVÉS DE SUS AUTORES. Op. cit.*, p. 41.

¹³⁶¹ *Vid. supra*, pp. 166-167.

¹³⁶² *Vid. supra*, p. 200.

resulta inconsistente por la insostenibilidad de la causalidad para comprender e interpretar cualquier conducta que requiera ser estudiada bajo la estructura de algún tipo penal.

5.3.6 Imprecisiones estructurales del concepto “conflictividad”

Al respecto Zaffaroni apunta que la criminalización opera sobre la base del conflicto y que el conflicto jurídico es el soporte fáctico del delito así como el elemento principal del principio de lesividad.¹³⁶³ Sin embargo, en otra parte señala que cuando no hay lesión o cuando ésta no puede ser imputada a alguien como obra dominable entonces tampoco hay conflicto (porque se trataría de un accidente y no de un conflicto).¹³⁶⁴

Y en otro modo de expresión Zaffaroni señala que la existencia de un conflicto implica una lesividad imputable objetivamente a alguien¹³⁶⁵ y al respecto manifiesta que los elementos esenciales del conflicto son la lesión y el sujeto de la imputación porque los conflictos penalizados sólo se conciben cuando implican lesiones a otro producidas en la interacción humana;¹³⁶⁶ lo que entonces indica que la lesividad es elemento del conflicto y no a la inversa como parece proponerlo inicialmente.

Por otra parte, dicho autor expone que prohibición penal y conflictividad penal es lo mismo, las cuales son señaladas por la tipicidad y que es a partir de la conflictividad penal que se averigua la antijuridicidad y la culpabilidad,¹³⁶⁷ por lo que entonces surge la cuestión de cómo debe entenderse la conflictividad.

Así pues, se estima impreciso lo que Zaffaroni expresa como conflictividad porque resulta insuficiente la referencia que hace sobre la estructura limitada a la lesividad y la imputación (dominabilidad del hecho). Y es que con eso no conceptualiza el conflicto sino que sólo lo integra de manera confusa con esos dos elementos. De ahí la necesidad de precisar aquí el concepto de “conflicto” para posteriormente conceptualizar la conflictividad por considerarse elementos valiosos para reconstruir con base en ellos el elemento principal de la orden de aprehensión en México.

¹³⁶³ *Vid. supra*, p. 193.

¹³⁶⁴ *Vid. supra*, p. 194.

¹³⁶⁵ *Vid. supra*, p. 195.

¹³⁶⁶ *Vid. supra*, p. 195.

¹³⁶⁷ *Vid. supra*, pp. 205-206.

5.3.7 Conceptos dispersados en la teoría de la tipicidad conglobante útiles para reconstruir el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México

5.3.7.1 Espacio problemático

Sobre el concepto de espacio problemático Zaffaroni expone que no hay un delito cuando tampoco hay un problema de manera que es necesario averiguar si aquel espacio existe porque dice que sólo con la objetividad de un pragma se abre el espacio problemático que tiene prelación en la tipicidad objetiva. Así, a la tipicidad objetiva la llama existencia del espacio problemático y señala que hasta la presencia de éste es que se afirma necesario determinar si lo abarcado por él constituye un conflicto (función conglobante).¹³⁶⁸ Por lo que el nombrado autor dice que cuando en el mundo nada sucede entonces directamente no hay tipicidad objetiva sistemática y eso implica que si en el mundo real nada cambia entonces el espacio problemático no se abre,¹³⁶⁹ lo que conduce a considerar que el aspecto objetivo del pragma típico es el espacio problemático y si éste abarca un conflicto entonces eso es la función conglobante.

Ahora bien, Zaffaroni expone que la función sistemática del tipo objetivo establece el espacio problemático de discusión como sigue: a) Acción; b) Resultado; c) Nexos causales; d) Sujeto activo; e) Sujeto pasivo y f) Otros elementos típicos.¹³⁷⁰ Por lo que ante lo expuesto sobre las inconsistencias de la causalidad para comprender e interpretar la conducta en la ciencia del derecho penal¹³⁷¹ se considera útil el concepto de espacio problemático pero reestructurado en congruencia con el concepto de contexto y ubicándolo como elemento integrador de la relevancia.

5.3.7.2 El contexto en la tipicidad conglobante

Se considera que Zaffaroni no da al contexto la importancia frontal que alcanza en el derecho penal, pues sólo lo esboza sin énfasis teórico preponderante.

Así es, el citado autor señala que la tipicidad conglobante es el segundo paso de la tipicidad penal y opera como correctivo de la tipicidad legal, por lo que ese segundo paso viene impuesto por la necesidad imperiosa de interpretar todo fenómeno dentro de un

¹³⁶⁸ *Vid. supra*, p. 206.

¹³⁶⁹ *Vid. supra*, p. 207-208.

¹³⁷⁰ *Vid. supra*, p. 207.

¹³⁷¹ *Vid. supra*, pp. 284-288.

contexto.¹³⁷² Luego, expone que uno de los principales instrumentos capaces de contener la tipificación irresponsable es la interpretación semánticamente más restrictiva porque un tipo penal no puede constituir un instrumento para la criminalización indiscriminada, sin embargo, dice que todo texto, ya sea discursivo o social, tiene un contexto y la ley es un texto que aunque permanezca idéntico, el ámbito de lo legalmente prohibido varía porque el contexto cambia continuamente.¹³⁷³

A su vez, Zaffaroni señala que la tipicidad conglobante es un indicio de lesividad que termina de acreditarse cuando se afirma que la prohibición ha sido derogada, es decir, cuando la conducta no se ejecuta en el contexto regulado en un permiso legal o tipo de permisión,¹³⁷⁴ pero por otro lado expresa que resulta una verdad a medias lo que la doctrina en general señala: Que lo concreto es la conducta; pues el tipo no abarca sólo acciones sino éstas pero con cierto contexto.¹³⁷⁵

Ahora bien, lo que se estima que sí puede resolverse con el concepto “contexto” es lo que Zaffaroni refiere como espacio social de libertad.

Y es que al respecto el aludido autor señala que la antinormatividad, a la que identifica como tipicidad, es un indicio de antijuridicidad, pero aclara que sólo con el juicio de esta última se verifica en definitiva la limitación al espacio social de libertad, porque la antijuridicidad es un juicio acabado de prohibición de mandato.¹³⁷⁶

5.3.7.3 Juicio de congruencia

Se estima que una de las ideas más importantes expresadas en la teoría de la tipicidad conglobante, aunque de manera superficial, es la del juicio de congruencia.

Al respecto Zaffaroni se refiere a dicho juicio como una de las reglas de lo que él denomina principio general de dominabilidad y señala que no hay posibilidad de dominar el hecho cuando mediante un juicio de congruencia la acción resulta irracional entre los medios y fines de manera que cuando los medios son notoriamente inadecuados para obtener los fines no hay dominabilidad.¹³⁷⁷

¹³⁷² *Vid. supra*, pp. 187.

¹³⁷³ *Vid. supra*, pp. 192.

¹³⁷⁴ *Vid. supra*, p. 203.

¹³⁷⁵ *Vid. supra*, p. 204.

¹³⁷⁶ *Vid. supra*, p. 215.

¹³⁷⁷ *Vid. supra*, p. 201.

5.3.7.4 Patrones sociales de prudencia

En la teoría de la tipicidad conglobante Zaffaroni expresa un concepto original al señalar que una actividad no puede prever todos los supuestos por muy reglamentada que esté en una ley formal, por lo que frecuentemente no hay otra alternativa más que dejarlo a los patrones sociales de prudencia pero en el entendido que en la realidad no existe la construcción artificial del buen padre de familia (hombre medio, razonable, normal), porque se trata de una figura imaginaria e interpretable que carece de capacidad para proporcionar límites ciertos a la tipicidad, sin embargo, dice que esa figura imaginaria no debe confundirse con un standard mínimo de previsibilidad que sí es real, compartido por casi todos los integrantes de una cultura y además verificable.¹³⁷⁸

5.3.8 Selección y reacomodo de elementos estructurales y conceptos de la teoría de la tipicidad conglobante

5.3.8.1 Conflicto

5.3.8.1.1 Generalidades del conflicto

En la verdadera naturaleza de los hombres nadie puede evitar o impedir que a otro se haga objeto de un requerimiento, es decir, involucrarlo en un conflicto,¹³⁷⁹ pues éste es inherente a las relaciones humanas,¹³⁸⁰ consubstancial a los sistemas humanos¹³⁸¹ y contagioso socialmente.¹³⁸² Y es que la socialización es un proceso por el que un individuo, de manera primaria, se integra y se adapta en su cultura; pasa de un ser biológico a un ser social especialmente mediante la interacción con los demás.¹³⁸³ De ese modo la socialización proporciona dos aportes fundamentales a la vida: Por una parte suministra las bases para participar eficazmente en la sociedad y prepara para la adaptación de unos y otros en el

¹³⁷⁸ *Vid. supra*, p. 202.

¹³⁷⁹ *Cfr.* ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma*. Editorial Gedisa, S.A. España, 2002, pp. 93-94.

¹³⁸⁰ *Cfr.* CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos*. Profit Editorial I., S.L. España, 2014, p. 19.

¹³⁸¹ *Ídem*, p. 54.

¹³⁸² *Ídem*, p. 110.

¹³⁸³ *Cfr.* REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. *Op. cit.*, p. 225.

entramado social. Y por otro lado crea la propia cultura al coordinar las pautas de acción e interacción.¹³⁸⁴

Así pues, la percepción social del conflicto es negativa¹³⁸⁵ toda vez que la angustia generada por la percepción de inequidad induce a él¹³⁸⁶ porque del conflicto derivan los estados de incertidumbre y ambigüedad.¹³⁸⁷ La percepción es el contenido con el que acceden al intelecto las conductas, actitudes, pretensiones, intenciones, riesgos o amenazas, mientras que la conciencia del conflicto concierne al acto intelectual mediante el cual un actor admite una relación con otro actor en la que ambos creen tener o tienen objetivos incompatibles,¹³⁸⁸ de modo que el origen de los conflictos consiste en que cada parte quiere tener razón.¹³⁸⁹ Y es que un conflicto ocurre cada vez que existe una actividad incompatible y se manifiesta de forma general en la interacción, en lo social, más allá del individuo.¹³⁹⁰ Al respecto Josep Redorta cita a Floyer quien afirma: “<<Todos los conflictos se producen porque alguien desea efectuar un cambio, al cual otro se resiste>>.”¹³⁹¹ Así pues, las relaciones humanas son complejas y en ellas intervienen por lo menos cuatro factores: Sociales, culturales, emocionales y cognitivos.¹³⁹² Y en la vida humana la comunicación es la base de la interacción misma.¹³⁹³

Luego, las visiones del conflicto existentes históricamente son: El conflicto y la lucha son innatos en todos los animales incluido el hombre; el conflicto se origina en la naturaleza de las sociedades y depende de cómo se han estructurado; es una aberración, una disfunción de los sistemas sociales y ocurre porque se persiguen objetivos incompatibles. A su vez es consecuencia de comunicación pobre y de defectuosa socialización y percepción

¹³⁸⁴ Apud. J. W. Vander Zanden. *Ídem*, p. 225.

¹³⁸⁵ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 43.

¹³⁸⁶ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 299.

¹³⁸⁷ *Ídem*, p. 145.

¹³⁸⁸ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 89.

¹³⁸⁹ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 18.

¹³⁹⁰ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 30.

¹³⁹¹ Apud. Floyer. *Ídem*, p. 227.

¹³⁹² Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 16.

¹³⁹³ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 230.

constituyéndose como un proceso que pasa en todas las sociedades.¹³⁹⁴ Sin embargo, considerar los rasgos que pueden generar un conflicto implica prevenirlo¹³⁹⁵ y el ordenamiento jurídico es la más antigua estrategia disuasiva de prevención de conflictos.¹³⁹⁶

Así, al cuestionarse respecto de las fuentes del conflicto implica profundizar en la filosofía, la religión y las opiniones que pretendan informar sobre a qué razón responde el ser humano, por lo que identificar los orígenes del conflicto es difícil.¹³⁹⁷

5.3.8.1.2 Bases para la precisión del concepto “conflicto”

Se afirma que identificar qué es un conflicto no ha sido una cuestión pacífica,¹³⁹⁸ sin embargo, el centro de una teoría del conflicto lo conforman las respuestas a tres preguntas: ¿Qué es un conflicto? ¿Cómo y por qué surgen los conflictos? y ¿Cómo y por qué evolucionan los conflictos?¹³⁹⁹

Así, entre 1933 y 1996 se realizó un estudio sobre la definición de conflicto encontrándose 78 distintas, por lo que a partir de esa investigación se propuso la definición de conflicto interpersonal como un proceso cognitivo-emocional en el que dos individuos perciben metas incompatibles en su relación de interdependencia y deseo de resolver sus diferencias de poder,¹⁴⁰⁰ pues como Josep Redorta afirma: “...el conflicto, es un fenómeno complejísimo.”,¹⁴⁰¹ todos comprometen a personas específicas,¹⁴⁰² es algo esencialmente dinámico y su evolución es temporal y contextual,¹⁴⁰³ de modo que es un proceso que siempre implica movimiento,¹⁴⁰⁴ un proceso de adaptación entre dos realidades.¹⁴⁰⁵

¹³⁹⁴ *Ídem*, p. 35.

¹³⁹⁵ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 105.

¹³⁹⁶ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 44.

¹³⁹⁷ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 34.

¹³⁹⁸ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos*. Editorial Gedisa, S.A. España, 2014, p. 33.

¹³⁹⁹ *Ídem*, pp. 20-21.

¹⁴⁰⁰ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁰¹ *Ídem*, p. 308.

¹⁴⁰² *Apud. Moore. Ídem*, p. 115.

¹⁴⁰³ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 106.

¹⁴⁰⁴ *Apud. Wedge. Ídem*, p. 72.

¹⁴⁰⁵ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 54.

Por lo tanto, el conflicto es un proceso dinámico que está sujeto a la permanente alteración de todos sus elementos, pues no existe una situación conflictiva totalmente estática aun cuando el conflicto pueda tener períodos de estancamiento.¹⁴⁰⁶ Asimismo, es un fenómeno bipolar que comprende a todos sus actores en dos campos de enfrentamiento por incompatibilidad de sus objetivos,¹⁴⁰⁷ de modo que es una interacción entre dos o más personas en la que cada una percibe a la otra como una amenaza respecto de la consecución de sus objetivos o la satisfacción de sus necesidades, produciéndose incompatibilidad entre los fines de cada uno.¹⁴⁰⁸ De ahí que el conflicto es una clase de relación social en la que hay objetivos incompatibles entre sí y respecto de los distintos miembros de ella;¹⁴⁰⁹ es una especie del género “relación social” cuya diferencia con dicho género es la incompatibilidad de objetivos de los actores que realizan conductas recíprocas;¹⁴¹⁰ objetivos que son materiales o espirituales a los que cada actor les agrega un valor.¹⁴¹¹

Así pues, con el enfoque de las teorías de las propiedades de los individuos el conflicto consiste en la oposición de diferentes elementos psíquicos como deseos, valores, creencias, etcétera, que se evidencian de forma externa como síntomas o problemas de conducta. En cambio desde el enfoque de las teorías estructurales sociales los conflictos surgen de la inserción del ser humano en un contexto social compuesto a partir de determinadas estructuras. Y en relación con las teorías de los procesos de interacción el conflicto concierne a relaciones con “los otros” de modo que surge de la interacción que en ciertas circunstancias se pone de manifiesto una incompatibilidad del deseo del “yo” frente al deseo de “los otros”, sin embargo, en cualquier caso el conflicto es una expresión de lucha de poder y éste es importante no como un fin en sí mismo sino como un medio para conseguir lo que se quiere.¹⁴¹²

¹⁴⁰⁶ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 173.

¹⁴⁰⁷ *Ídem*, p. 85.

¹⁴⁰⁸ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 16.

¹⁴⁰⁹ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 49.

¹⁴¹⁰ *Ídem*, p. 75.

¹⁴¹¹ *Ídem*, p. 100.

¹⁴¹² Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, pp. 34-36.

Ahora bien, los desencadenantes del conflicto impactan como detonantes de éste pero no son el conflicto,¹⁴¹³ pues los conflictos son consecuencias de reacciones¹⁴¹⁴ por lo que no pueden ser aislados del marco general en el que acontecen ni considerarse un simple fallo en la comunicación o resultado de patologías de los implicados.¹⁴¹⁵

5.3.8.1.3 Elementos del conflicto

Se afirma que la pureza de un conflicto depende del conjunto total de las relaciones entre las partes y de la posibilidad de dividirlo en elementos.¹⁴¹⁶ Por elemento estructural del conflicto se entienden las variables definidas como muy significativas para su comprensión u orientación a su solución.¹⁴¹⁷

Los elementos del conflicto desde un enfoque estático son: Sujetos, intereses-objetivos y poder.¹⁴¹⁸ Al referir a la “estática” del conflicto significa en sentido figurado como detener una película de manera que la relevancia del análisis estático consiste en extraer de una escena elementos que posteriormente en un examen dinámico (la exhibición continuada de la película) permiten comprender el objeto de ella.¹⁴¹⁹ Los conflictos tienen elementos motrices que los dinamizan y pueden ser individuos, situaciones concretas o fenómenos sociales; todos estos elementos se identifican como agentes impulsores del desarrollo y evolución del conflicto que en muchos casos son parte de los intereses opuestos.¹⁴²⁰

5.3.8.1.3.1 Actores del conflicto

Una condición necesaria de la existencia del conflicto es la interdependencia, por lo que es indispensable que el operador identifique a los sujetos del conflicto.¹⁴²¹ Entre las

¹⁴¹³ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 27.

¹⁴¹⁴ *Ídem*, p. 13.

¹⁴¹⁵ *Ídem*, p. 16.

¹⁴¹⁶ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 114.

¹⁴¹⁷ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 66.

¹⁴¹⁸ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, p. 217.

¹⁴¹⁹ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 76.

¹⁴²⁰ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO*. Noctis Ediciones. México, 2013, p. 25.

¹⁴²¹ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, p. 76.

características del conflicto está su bipolaridad, que implica la exclusión de terceros,¹⁴²² sin embargo, el “magnetismo conflictual” es una “fuerza de atracción” central desde cada campo del conflicto y su comprensión es fundamental para entender los diferentes tipos de terceros y evaluar quiénes pasan a ser participantes del conflicto cuando en el inicio no lo eran,¹⁴²³ es decir, implotar, que significa que un tercero cae en uno de los campos del conflicto por aproximarse demasiado.¹⁴²⁴ Y es que en una relación conflictiva la integración de terceros puede generalizarse a partir de la exigencia de los actores sobre tomar postura en el conflicto, por lo que existe una especie de fuerza centrípeta que los atrae,¹⁴²⁵ pero para considerar que alguien es actor de un conflicto debe cumplir con dos condiciones: Tener interés específico y capacidad para condicionar el resultado.¹⁴²⁶

Ahora bien, identificar la capacidad para condicionar un resultado no es sencillo pues entre quienes pueden condicionar total y unívocamente el resultado y quienes no tienen posibilidad de interferir en cómo finalizará el conflicto existen supuestos analizables de manera gradual pero el caso tal vez más problemático de analizar es el de quienes no detentan una capacidad directa pero pueden condicionar a otros que sí la tienen.¹⁴²⁷

Luego, un actor colectivo de un conflicto consiste en el conjunto de actores individuales conformados a partir de la conjunción de dos elementos: 1) Existencia de intereses específicos comunes y 2) Capacidad de tomar decisiones de forma asumida por todos; por lo que no es lo mismo actor colectivo que conjunto de personas o un grupo.¹⁴²⁸ Y es que en el actor colectivo no puede existir conflicto interno, sería contradictorio, pero lo que sí puede haber son tensiones dentro del actor colectivo por el peso específico que tienen los distintos intereses individuales frente al interés colectivo pues en la práctica es difícil encontrar actores colectivos cuyos integrantes sostengan exactamente los mismos intereses y con igual intensidad, es decir, que se dé la monoliticidad, que implica en qué medida y con qué intensidad los actores individuales comparten los intereses que estructuran el conflicto,

¹⁴²² Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 133.

¹⁴²³ *Ídem*, p. 136.

¹⁴²⁴ *Apud.* Julien Freund. *Ídem*, p. 136.

¹⁴²⁵ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, p. 228.

¹⁴²⁶ *Ídem*, p. 26.

¹⁴²⁷ *Ídem*, p. 87.

¹⁴²⁸ *Ídem*, pp. 105-106.

sin embargo, la conciencia común de la toma de decisiones colectivas es un requisito de los actores colectivos y que todos la asuman como propia.¹⁴²⁹

Así pues, una manera de estructurar la condición de actor de un conflicto es con la respuesta a las preguntas siguientes: ¿El sujeto tiene uno o varios intereses específicos que componen el conflicto? ¿Los actos del sujeto pueden condicionar el resultado de esa situación de conflicto? Pues la concurrencia de un interés específico implicado en el conflicto y la capacidad del sujeto para condicionar el resultado son características definitorias de la condición de actor. El interés debe ser específico no genérico, pues la especificidad del interés es relevante para acotar la noción de actor; pero además el interés tiene que estar vinculado estrechamente con los intereses que constituyen un conflicto y son percibidos como incompatibles o la realidad los estructura así, por lo que el interés estructura el conflicto.¹⁴³⁰

Por lo tanto, si no se cumple con la calidad de actor directamente, por interés específico o por capacidad de condicionar (el resultado del conflicto), no puede considerarse sujeto del conflicto.¹⁴³¹

5.3.8.1.3.2 Interés

El conflicto surge concretamente con la existencia de deseos opuestos, entendiéndose que los deseos son producto del interés, por lo que cuando el cumplimiento de intereses se enfrenta con intereses opuestos el conflicto se origina.¹⁴³² De esta manera en las personas los intereses operan como un motor para alcanzar ciertos fines porque se trata de un impulso en referencia a sus acciones.¹⁴³³

Y es que las personas tienen intereses opuestos pero una relación conflictiva no surgirá si dichos intereses no se conforman como un objetivo toda vez que la potencialidad del conflicto no se concreta hasta que la identificación del objetivo se percibe como incompatible.¹⁴³⁴ El objetivo es un curso de acción para la realización de un interés pretendido.¹⁴³⁵ Así, para la constitución del objetivo lo adecuado es la concurrencia del interés

¹⁴²⁹ *Ídem*, pp. 106-108.

¹⁴³⁰ *Ídem*, pp. 84-85.

¹⁴³¹ *Ídem*, p. 88.

¹⁴³² *Cfr.* MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO*. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁴³³ *Cfr.* CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos*. *Op. cit.*, pp. 117-118.

¹⁴³⁴ *Ídem*, p. 126.

¹⁴³⁵ *Ídem*, pp. 136-137.

(el motivo) más la capacidad de condicionar el resultado porque el objetivo es el que define un curso de acción del actor.¹⁴³⁶ Los objetivos tangibles tienen como características ser distribuibles, compensables y por lo general bien definidos, en cambio los intangibles todo lo opuesto a eso.¹⁴³⁷

Luego, la incompatibilidad muestra que la existencia de un conflicto se vincula con la imposibilidad de satisfacer de manera conjunta y total los objetivos de cada actor y su dependencia se debate desde dos enfoques: Si el vínculo conflictivo se supedita a la realidad o si el punto fundamental es la percepción que los actores tienen sobre ella.¹⁴³⁸

Así pues, para la existencia del conflicto es necesario el movimiento de los intereses y el grado más tenso del conflicto se presenta cuando dos o más intereses se encuentran en estado activo en busca de su realización y prevalencia sobre los otros de modo que un conflicto concluye cuando se establece qué interés prevaleció y cuál fue derrotado o desaparecido.¹⁴³⁹

Ahora bien, el enfrentamiento a través de la agresión hace evidente el conflicto, teniéndose como desencadenante la intolerancia con la combinación de sentimientos de miedo y rabia.¹⁴⁴⁰ Así, dos temas incluidos con frecuencia para la noción de conflicto son de relación: Conflicto-violencia y conflictos-existencia de normas, pues se ha llegado hasta el extremo de considerar que no hay conflicto sin violencia y que todo acto de violencia es expresión de un conflicto.¹⁴⁴¹

5.3.8.1.3.3 Poder

El poder ha sido históricamente el centro de la discusión y resolución del conflicto¹⁴⁴² cuya importancia es tal que es difícil no encontrarlo en todos los ámbitos y espacios de la vida.¹⁴⁴³ Asimismo concierne a la percepción de los demás, pero con base en las capacidades

¹⁴³⁶ *Ídem*, pp. 121-122.

¹⁴³⁷ *Ídem*, p. 138.

¹⁴³⁸ *Ídem*, pp. 42-43.

¹⁴³⁹ *Cfr.* MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO*. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁴⁰ *Cfr.* CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO*. *Prevenir y afrontar los conflictos*. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁴¹ *Cfr.* CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS*. *Técnica para la exploración de los conflictos*. *Op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁴⁴² *Ídem*, p. 160.

¹⁴⁴³ *Ídem*, p. 39.

y recursos de los que un sujeto dispone,¹⁴⁴⁴ pues sus referencias cotidianas tienen vinculación directa con un fenómeno susceptible de observación en las interacciones entre individuos, instituciones, grupos, etcétera.¹⁴⁴⁵

Ahora bien, el poder opera sobre la libertad de alguien al restringirle o ampliarle su conjunto de alternativas y condiciona la decisión al hacerlo igualmente con las alternativas; la amenaza, por ejemplo, es un recurso de poder.¹⁴⁴⁶ De este modo el poder es el conjunto de recursos de los que alguien dispone para modificar los objetivos de otros con la intención ulterior de cambiar su comportamiento, por lo que lo característico del poder atañe al objetivo de modificar completamente las razones para la acción de manera que el poderoso esté en posibilidad de imponer sus preferencias y el resultado que busca.¹⁴⁴⁷

Así, el poder de los actores en el conflicto es el conjunto de cualquier recurso de que disponen o creen disponer para procurar su objetivo; es una característica, atributo o capacidad de los actores que se da en una relación social específica, es decir, alguien frente a alguien en una relación conflictual concreta.¹⁴⁴⁸ Por lo que la capacidad de acción de un actor está relacionada con su poder entendido éste como las facultades requeridas para hacer sentir y conducir sus intenciones.¹⁴⁴⁹ De este modo como el poder está presente de continuo en las relaciones sociales, el núcleo del conflicto lo constituye el poder y sus distintas formas.¹⁴⁵⁰

Luego, el poder implica la realización del resultado mediante la imposición de quien lo ejerce,¹⁴⁵¹ pues existe un vínculo conceptual directo entre la voluntad de quien lo detenta y la acción sobre quien se impone¹⁴⁵² y aun cuando se relaciona con la capacidad de condicionar el resultado y esa relación sea muy próxima, sin embargo, tal capacidad no equivale a la de obtener los intereses y realizar los objetivos.¹⁴⁵³

¹⁴⁴⁴ *Ídem*, p. 165.

¹⁴⁴⁵ *Ídem*, p. 168.

¹⁴⁴⁶ *Ídem*, pp. 173-174.

¹⁴⁴⁷ *Ídem*, p. 179.

¹⁴⁴⁸ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, pp. 125-127.

¹⁴⁴⁹ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO. Op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁵⁰ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁵¹ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, p. 176.

¹⁴⁵² *Ídem*, p. 177.

¹⁴⁵³ *Ídem*, pp. 159-160.

Con ese orden, medir el poder consiste en la probabilidad de que con los recursos de poder se produzca el efecto que se procura obtener.¹⁴⁵⁴ Por lo que la intensidad de un recurso de poder tiene relación con las consecuencias de su uso sobre el otro actor del conflicto, por ejemplo: El uso de un recurso como la promesa es de intensidad menor que el de la amenaza, aunque el de mayor intensidad es el que provoque mejores consecuencias y aumente las posibilidades del cambio de comportamiento.¹⁴⁵⁵

Así, la variabilidad para calificar la intensidad de un recurso de un actor a otro puede deberse a diversos factores, uno de ellos es el entorno en el que el conflicto se desarrolla¹⁴⁵⁶ en el cual la función de la expectativa es controlar el entorno.¹⁴⁵⁷ Y es que la expectativa es el éxito que uno espera de su conducta; la que se basa en experiencias anteriores pero siempre tiene una tensión de incertidumbre,¹⁴⁵⁸ por lo que cuando las expectativas de una persona no se satisfacen por otra entonces el desconcierto surge;¹⁴⁵⁹ también el estrés, que consiste en una ansiedad desproporcionada e inoportuna.¹⁴⁶⁰

5.3.8.1.3.4 Contexto y situación

Un elemento estructural del conflicto es el contexto, entendiéndose como tal el marco en el que el conflicto se desarrolla¹⁴⁶¹ y que siempre debe ser contrastado de forma continua,¹⁴⁶² pues el contexto marca el conflicto profundamente.¹⁴⁶³ Lo que al respecto encuentra congruencia con lo afirmado por Remo F. Entelman quien señala:

“Considero que, en cada contexto o entorno, es posible intuir la diferencia de intensidad que supone el uso de distintos recursos. ¿Porqué en cada contexto? se me preguntará. Porque en cada contexto cada conducta

¹⁴⁵⁴ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁵⁵ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, pp. 187-188.

¹⁴⁵⁶ *Ídem*, p. 191.

¹⁴⁵⁷ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 217.

¹⁴⁵⁸ *Apud.* Rotter y Dorsch. *Ídem*, p. 207.

¹⁴⁵⁹ *Apud.* Goffman. *Ídem*, p. 217.

¹⁴⁶⁰ *Apud.* Goleman. *Ídem*, p. 222.

¹⁴⁶¹ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, pp. 66-67.

¹⁴⁶² *Ídem*, p. 53.

¹⁴⁶³ *Ídem*, p. 66.

contiene una información y un mensaje que los implicados saben interpretar.”¹⁴⁶⁴

Ahora bien, una Situación es el espacio de producción social en la que todo lo que ahí ocurre depende de partes antagónicas entre sí, por lo que determinar una situación de conflicto se convierte en una explicación de la realidad de un momento concreto por parte de fuerzas sociales involucradas en el conflicto. Dicho de otro modo: Explicar una situación de conflicto significa valorar un conjunto de problemas relevantes y comprender la interrelación entre ellos para tener una visión de síntesis del sistema que los produce.¹⁴⁶⁵ Una situación típica de conflicto es aquella en la que dos actores asignan a un proyecto un valor alto pero con signo contrario, es decir, uno de aprobación y otro de rechazo.¹⁴⁶⁶ Por lo tanto, los actores pueden explicar una situación de conflicto desde tres espacios situacionales toda vez que la explicación es distinta en cada uno de ellos. Tales espacios son: El general, el particular y el singular. En el general se hallan reglas de mayor jerarquía, es decir, de última instancia y además contiene al espacio particular en el que a su vez está el espacio singular que es el de menor jerarquía.¹⁴⁶⁷

Luego, los siete elementos de una situación de conflicto son: Los intereses, opciones para satisfacerlos, legitimidad, relación entre las partes, comunicación, compromisos potenciales y alternativas a la solución negociada.¹⁴⁶⁸

5.3.8.1.3.5 Realidad e interpretación

Las interpretaciones diferentes de la realidad generan discrepancias¹⁴⁶⁹ y la realidad del conflicto es algo muy complejo¹⁴⁷⁰ pues su entendimiento es incierto por su modificación constante que nunca aparece con la estabilidad suficiente para definirla de modo objetivo, de ahí su complejidad.¹⁴⁷¹ Por lo que entender la realidad desde el concepto del conflicto implica hacerlo con diversos enfoques porque siempre existirán dos o más actores en pugna, cada uno

¹⁴⁶⁴ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁶⁵ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO. Op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁶⁶ *Ídem*, p. 118.

¹⁴⁶⁷ *Ídem*, pp. 58-59.

¹⁴⁶⁸ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁶⁹ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁷⁰ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁷¹ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO. Op. cit.*, p. 48.

con su explicación sobre ella toda vez que para cada uno la realidad en que habita es diferente.¹⁴⁷²

5.3.8.1.4 Dinámica del conflicto

Una ley empírica del desarrollo del conflicto consiste en que producida una escalada por una de las partes la otra generalmente se ve obligada a responder con una conducta de magnitud mayor.¹⁴⁷³ La escalada o escalamiento es un movimiento hacia un nivel de mayor intensidad de la conducta conflictiva de cualquiera de los actores mientras que la desescalada o desescalamiento es el desplazamiento hacia niveles más bajos.¹⁴⁷⁴

Así pues, la dinámica del conflicto depende de la escalada y la desescalada, por lo que primero las partes implicadas tienen como objetivo demostrar tener razón, vencer. Luego pretenden evidenciar la equivocación de la contraparte y derrotarla. Y finalmente se llega a la máxima expresión del conflicto convirtiéndose la derrota respectivamente en una obsesión como sea, perder-perder, es decir, la irracionalidad. En el punto de no retorno del conflicto la desescalada es imposible, alcanzándose esta posición cuando se pasa al ataque directo y personal de la identidad del otro.¹⁴⁷⁵ Por lo que la escalada y la desescalada del conflicto se dan como modificaciones de la intensidad de la conducta conflictiva, pues tal intensidad no se mantiene estable durante todo su transcurso.¹⁴⁷⁶

Por lo tanto, para comprender la dinámica del conflicto es indispensable analizar el elemento intensidad que concierne a la conducta conflictiva; elemento que está vinculado con la intensidad de los medios o recursos de poder que las partes utilizan para buscar sus objetivos.¹⁴⁷⁷

5.3.8.1.5 Generalidades sobre la estructura del conflicto

La oposición es la esencia de todo conflicto¹⁴⁷⁸ y el de inadaptación está en la base de todos los demás conflictos.¹⁴⁷⁹ Bajo esta premisa el conflicto tiene una estructura y mecánica

¹⁴⁷² *Ídem*, p. 53.

¹⁴⁷³ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁷⁴ *Ídem*, p. 177.

¹⁴⁷⁵ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁴⁷⁶ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, pp. 174-175.

¹⁴⁷⁷ *Ídem*, pp. 165-166.

¹⁴⁷⁸ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 77.

simples: No tiene un orden secuencial por lo que puede manifestarse de maneras muy diversas y simultáneamente. Y, además, es atemporal, es decir, no presenta consideración de tiempo.¹⁴⁸⁰ De este modo la articulación del conflicto surge a partir de las “verdades” y “razones” de los participantes,¹⁴⁸¹ por lo que la composición de un conflicto requiere dar paso del interés al objetivo porque dos personas pueden tener intereses incompatibles mas no un conflicto si no han conformado objetivos a partir de tales intereses.¹⁴⁸²

Ahora bien, la noción de dimensión del conflicto se refiere a las actitudes de los actores en relación con su adversario y con el objetivo en conflicto. De esta manera pueden identificarse dos actitudes distintas respecto del centro del conflicto: Las que tienen relación con los actores y las que tienen relación con sus objetivos; así se ubican la dimensión actoral y la dimensión objetal del conflicto.¹⁴⁸³

Luego, como características del conflicto se identifican las siguientes: 1) Es una relación entre dos o más actores; 2) Cada uno de los actores tiene una relación de interdependencia con los demás sobre la consecución de sus objetivos por lo que la interdependencia supone que la satisfacción de los objetivos de uno de ellos está relacionada con el comportamiento del otro y 3) En la relación de interdependencia los actores perciben o corroboran que sus objetivos son total o parcialmente incompatibles.¹⁴⁸⁴

A su vez, el área del conflicto es aquella en la que las personas no saben manejar la discrepancia de manera constructiva y tampoco la ocultan,¹⁴⁸⁵ pues la libertad de acción de un actor social está delimitada por un espacio de lo posible que se define como el conjunto de limitaciones o reglas básicas que permiten, prohíben, inhiben o estimulan las acciones posibles.¹⁴⁸⁶ De manera que la explicación de una situación de conflicto debe hacerse en un espacio restringido para que el alcance del análisis quede delimitado, sin ignorar que todo lo

¹⁴⁷⁹ *Ídem*, p. 227.

¹⁴⁸⁰ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO*. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁸¹ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO*. *Prevenir y afrontar los conflictos*. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁸² Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS*. *Técnica para la exploración de los conflictos*. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁸³ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS*. *Hacia un nuevo paradigma*. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁴⁸⁴ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS*. *Técnica para la exploración de los conflictos*. *Op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁸⁵ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO*. *Prevenir y afrontar los conflictos*. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁸⁶ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO*. *Op. cit.*, p. 110.

que en ese espacio restringido ocurra estará determinado por reglas del espacio general,¹⁴⁸⁷ pues los conflictos se desarrollan en la realidad que está integrada por los espacios situacionales jerárquicos siguientes: General, particular y singular, de modo que la explicación en cada uno de ellos puede ser distinta por parte de los actores del conflicto.¹⁴⁸⁸

Así pues, los espacios situacionales son muy útiles para comprender las limitaciones de las explicaciones que pueden realizarse en ese espacio, sin ignorarse la existencia de una determinación jerárquico-espacial que consiste en que lo que ocurre en el espacio general determina la variedad de lo posible en los espacios particular y singular.¹⁴⁸⁹

Ahora bien, todos los enfrentamientos deben basarse en modelos triangulares,¹⁴⁹⁰ pues la interacción social siempre es triangular porque recibe influencia de un determinado auditorio, es decir, el entorno que controla la conducta recíproca de los actores, sin que esto contradiga la ley de bipolaridad del conflicto porque el triángulo se compone con los dos miembros actores y el “auditorio” que constituye el tercero.¹⁴⁹¹

Por lo que aun cuando no hay consenso general respecto de cuál es la estructura del conflicto, una visión triangular de él muy funcional es la siguiente: Las metas de los implicados, los medios utilizados en la confrontación y los recursos disponibles.¹⁴⁹²

5.3.8.1.6 Clases de conflictos

Los conflictos son difíciles de clasificar,¹⁴⁹³ sin embargo, en el centro de todos está el interpersonal (con independencia de su nivel)¹⁴⁹⁴ y el de inadaptación que está en la base de todos los demás conflictos,¹⁴⁹⁵ porque no adaptarse constituye un afrontamiento inadecuado del entorno que provoca estrés y puede generar una situación de conflicto de inadaptación. Y es que donde hay estrés existe inadaptación, pues el estrés es una manifestación de dicho tipo de conflicto así como también lo es el proceso de socialización. De modo que si la base de la

¹⁴⁸⁷ *Ídem*, p. 60.

¹⁴⁸⁸ *Ídem*, p. 59.

¹⁴⁸⁹ *Ídem*, p. 61.

¹⁴⁹⁰ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit. Apud. Bukminster Fuller*, p. 146.

¹⁴⁹¹ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁹² Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit. Apud. Coser*, p. 65.

¹⁴⁹³ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁹⁴ *Ídem*, p. 44.

¹⁴⁹⁵ *Vid. supra*, p. 306.

vida está en la adaptación, entonces la inadaptación es un fracaso de existencia; lo que explicaría una conexión entre los conflictos de inadaptación y los de identidad.¹⁴⁹⁶

Ahora bien, por morfología de conflictos se entiende la capacidad de los mismos de ser identificados por un patrón reiterativo que distingue a unos de otros.¹⁴⁹⁷ La tipicidad es un elemento clave que conduce a la idea de patrón de conflicto.¹⁴⁹⁸

Por otra parte, el conflicto cognitivo está formado por varios procesos de incomunicación,¹⁴⁹⁹ en el entendido que lo esencial de la comunicación está en las condiciones sociales que la hacen posible y el poder de las palabras en la legitimidad de quien las pronuncia, no en las palabras mismas.¹⁵⁰⁰

Luego, todo conflicto de información de algún modo es relativo al significado, por lo que se disputa cuando algo se dijo o no se dijo o se entendió de manera distinta.¹⁵⁰¹ Un ejemplo conducente es el que expone Javier Morlet Macho como sigue:

“Un problema de comunicación puede convertirse en un conflicto de intereses como el siguiente: ‘A principios de 1980, cuando el Secretario General de la ONU acudió a Irán para negociar la liberación de los rehenes norteamericanos, declaró en persa ante los medios de comunicación: ‘he venido como mediador a tratar de llegar a un compromiso’. La reacción de la población no se hizo esperar y una multitud apedreó el automóvil de la autoridad internacional. El Secretario General no tomó en cuenta que en idioma persa ‘mediador’ significa ‘entrometido’ y la palabra ‘compromiso’ carece del significado positivo que tiene en inglés. Este es sólo un ejemplo de la importancia que la comunicación tiene en la dinámica para la solución de conflictos.’”¹⁵⁰²

Así, los conflictos se diferencian esencialmente por el efecto que pueden causar en los intereses. Efecto que puede medirse en función del riesgo o peligro que el conflicto representa.¹⁵⁰³

¹⁴⁹⁶ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, pp. 219-221.

¹⁴⁹⁷ *Ídem*, p. 91.

¹⁴⁹⁸ *Ídem*, p. 79.

¹⁴⁹⁹ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO. Op. cit.*, p. 148.

¹⁵⁰⁰ *Ídem*, p. 149.

¹⁵⁰¹ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, pp. 238-239.

¹⁵⁰² Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO. Op. cit.*, pp. 147-148.

¹⁵⁰³ *Ídem*, p. 22.

Ahora bien, dos tipos de conflictos son: De intereses, que atañe a la disputa por el reparto de algo. Y el cognitivo, que implica la falta de entendimiento entre las partes en pugna. Es sólo un problema de comunicación que si no se detecta y atiende oportunamente puede convertirse en un conflicto de intereses.¹⁵⁰⁴

Luego, tres grandes grupos de conflictos se clasifican en relación con los contendientes como sigue: 1) Tienen objetivos incompatibles; 2) Quieren cosas diferentes pero luchan por la misma cosa y 3) Quieren la misma cosa pero luchan por motivos diferentes.¹⁵⁰⁵

Así, se distinguen cuatro tipos de conflictos: El físico que se refiere al territorial; el político que concierne al poder entre grupos; el ideológico que implica sistema de valores de los contendientes y el legal que atañe a la consideración de las partes en relación a que sus demandas no se ajustan a procedimientos aceptados de manera mutua.¹⁵⁰⁶

Por otra parte, existen conflictos entre pretensiones antagónicas o incompatibles cuando el derecho permite ambas,¹⁵⁰⁷ pues hay interacciones sobre las que el ordenamiento jurídico nada dice, esto es, son conflictos no normados, como el caso de quien está convencido que su vecino le moja la ropa al colgar la suya,¹⁵⁰⁸ por lo que el conflicto desde un enfoque normativo puede definirse como la confrontación entre derechos y deberes de quienes están sometidos a las normas jurídicas,¹⁵⁰⁹ en el entendido que como la norma se asienta en la cultura entonces el conflicto normativo en cierta medida también es cultural.¹⁵¹⁰

5.3.8.1.7 Resolución del conflicto

Los conflictos siempre presentan síntomas que los anticipan, sin que sea igual un conflicto latente que uno manifiesto,¹⁵¹¹ en el entendido que el conflicto provoca desesperación que consiste en el peor estado para decidir y establecer respuestas,¹⁵¹² crece

¹⁵⁰⁴ *Ídem*, p. 147.

¹⁵⁰⁵ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit. Apud. Coombs y Avrugin*, p. 89.

¹⁵⁰⁶ *Apud. Q. Wright. Ídem*, p. 88.

¹⁵⁰⁷ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁰⁸ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁰⁹ *Ídem*, p. 40.

¹⁵¹⁰ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 204.

¹⁵¹¹ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO. Op. cit.*, p. 27.

¹⁵¹² *Ídem*, p. 20.

porque las personas y las organizaciones lo dejan crecer y se desarrolla por falta de voluntad para acabar con él.¹⁵¹³

El afrontamiento del conflicto implica comprenderlo¹⁵¹⁴ y la cultura ayuda a comprender e intervenir en él,¹⁵¹⁵ considerándose que los acuerdos mínimos sólo dejan el conflicto larvado¹⁵¹⁶ y en algunos conflictos uno de los actores o ambos valoran más el daño causado a su adversario que obtener su objetivo.¹⁵¹⁷

Por lo tanto, para afrontar el conflicto con éxito es fundamental distinguirlo del problema, pues una situación considerada como problema es aquella en la que la percepción alerta sobre un acontecimiento perjudicial. En cambio, un conflicto es una relación disfuncional estructurada secuencialmente de modo que no es un momento puntual. De ahí que el conflicto puede ser consecuencia o no de un problema inmediato, pues los problemas (situaciones) y los conflictos (relaciones) se entremezclan.¹⁵¹⁸

Y es que el problema tiene un componente subjetivo importante porque depende de los objetivos de cada persona, por ejemplo: Un día lluvioso para alguien que planeó descansar en el campo puede ser un fastidio pero para el agricultor un fenómeno esperado.¹⁵¹⁹

Ahora bien, entre las formas de resolver el conflicto están la violencia y la negociación y a veces la barrera entre ellas puede ser muy débil,¹⁵²⁰ sin embargo, esta última es el primer método para resolver el conflicto,¹⁵²¹ por lo que para iniciar el análisis de un conflicto es básico requerir la mayor información posible sobre la totalidad de las relaciones entre las partes,¹⁵²² pues debe considerarse que los tres motivos por los que un conflicto alcanza su

¹⁵¹³ *Ídem*, p. 26.

¹⁵¹⁴ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 14.

¹⁵¹⁵ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 161.

¹⁵¹⁶ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 146.

¹⁵¹⁷ Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 190.

¹⁵¹⁸ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 35.

¹⁵¹⁹ *Ídem*, p. 37.

¹⁵²⁰ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 44.

¹⁵²¹ Cfr. CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos. Op. cit.*, p. 52.

¹⁵²² Cfr. ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, p. 115, n. 6.

punto de madurez son los siguientes: La situación de empate; la pérdida de control y la oportunidad de ganar mediante la cooperación.¹⁵²³

Así, por mapeo de una situación de conflicto se entiende el análisis que una persona hace de dicha situación y pretende intervenir en el conflicto.¹⁵²⁴ De modo que las dos grandes fases del mapeo del conflicto se estructuran como sigue: Con el análisis de la tipología del conflicto y la referencia a los elementos que lo constituyen.¹⁵²⁵

Luego, los conflictos son esencialmente dinámicos, sin embargo, su análisis detenido en el tiempo implica su mapeo estático, que inicia metafóricamente como la descripción de la escena de una película que por sí misma no puede exponer el hilo argumental de la trama; por lo que si el conflicto es la película la descripción de una escena no alcanza para comprender lo que el guionista propone. Y como el conflicto está en transformación constante y su comprensión implica entender cómo se produce tal evolución, entonces es necesario un punto de inicio para a partir de ahí observarse el cambio. Ahora bien, las posibilidades de desarrollar el mapeo respecto de ese punto de inicio son dos: Una que se sitúa en el pasado para comprender mejor cómo se conformó el conflicto y otra que se ubica en el presente para establecer de forma estática cómo el conflicto está estructurado en ese momento.¹⁵²⁶

De esta manera la técnica del mapeo del conflicto tiene en su modo dinámico un procedimiento más prospectivo que retrospectivo porque no trabaja en términos de una versión causalista sobre qué causas lo generaron o qué causas produjeron su configuración como ahora está, sino que parte de un punto fijo en el tiempo que funciona como inicial para considerar cómo el conflicto puede evolucionar desde ese momento.¹⁵²⁷

Así pues, la técnica de mapeo de conflictos sirve en todos los casos de intervención en los que el operador, por ejemplo, un juez, requiera comprender los elementos del conflicto y su dinámica para decidir cómo intervenir. Por lo que el mapeo es importante para aquellas decisiones en las que los jueces cuentan con un conjunto de soluciones posibles y todas jurídicamente justificables. De ahí la importancia de que el juez conozca la estructura y

¹⁵²³ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit.*, p. 74.

¹⁵²⁴ Cfr. CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos. Op. cit.*, p. 19.

¹⁵²⁵ *Ídem*, p. 22.

¹⁵²⁶ *Ídem*, pp. 209-211.

¹⁵²⁷ *Ídem*, p. 56.

posible dinámica del conflicto para decidir lo más viable entre las decisiones jurídicamente permitidas.¹⁵²⁸

Luego, la finalización de un conflicto es posible sólo en dos supuestos: 1) Al desaparecer la percepción de incompatibilidad de los objetivos y la realidad no está sustentada y 2) Al poder conseguir los actores sus objetivos independientemente de otras personas y así lo perciben.¹⁵²⁹

Ahora bien, el derecho es un sistema que cumple con disuadir conductas declaradas prohibidas y apoya para resolver conflictos a través de las normas jurídicas que funcionan socialmente como instrumentos para ello,¹⁵³⁰ sin embargo, existe un espacio amplio en el que el derecho deja a los ciudadanos la libertad de confrontar porque no prevé proteger la pretensión de alguien a través de poner a cargo de otro la obligación de satisfacerla y es en ese espacio en el que se producen los conflictos entre pretensiones incompatibles.¹⁵³¹

5.3.8.1.8 Precisión del concepto “conflicto”

Con base en todo lo anteriormente apuntado se propone precisar el concepto “conflicto” como sigue: El conflicto es un modelo contextual genérico de conductas de inadaptación opuestas por intereses específicos incompatibles de quienes interactúan en una relación concreta para obtener con poder sus pretensiones mediante el enfrentamiento dentro de un espacio social determinado compuesto por dos extremos antagónicos.

5.3.8.2 Lesividad contextual

Se considera que la congruencia y sobre todo la utilidad del derecho penal en relación con su finalidad principal de proporcionar seguridad jurídica y con ello posibilitar la vida comunitaria en sociedad no puede lograrse mientras cualquier conducta sea tipificable y sujeta a cualquier juicio de tipicidad.

El derecho penal en México llegó hasta el extremo de convertirse en instrumento de absurdos derivados de ocurrencias y disparates de legisladores ignorantes que con la creencia extraviada de tipificar cualquier conducta en dizque favor de la “sociedad”, que más bien es

¹⁵²⁸ *Ídem*, pp. 61-62.

¹⁵²⁹ *Ídem*, p. 57.

¹⁵³⁰ *Cfr.* ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma. Op. cit.*, pp. 53-55.

¹⁵³¹ *Ídem*, p. 58.

en perjuicio de los ciudadanos ordinarios, han construido tipos penales descontroladamente con total oposición al principio de subsidiariedad (*ultima ratio*)¹⁵³² del derecho penal. Un ejemplo claro de ello son los inútiles tipos penales pésimamente contruidos en el Código Fiscal de la Federación, especialmente los regulados en el artículo 110¹⁵³³ cuya existencia en ningún caso se justifica bajo el referido principio de subsidiariedad, pues la coexistencia en sociedad de ningún modo se imposibilita por la falta de un registro federal de contribuyentes o la desocupación de un domicilio fiscal sin dar aviso de ello a la autoridad.

Por lo tanto, se considera que determinar la significación o insignificancia de la lesividad a un bien jurídico es indispensable y sobre todo previa a cualquier juicio de tipicidad formal a ultranza, porque sólo de ese modo el derecho penal encuentra congruencia con su finalidad.

Ahora bien, la lesividad del bien jurídico no siempre es evidente y tampoco medible fácilmente por lo que para considerarla como tal se estima imprescindible valorar su significación o insignificancia en congruencia contextual con los baremos que sin lugar a dudas son los más idóneos e independientes para esa actividad: El daño, la destrucción o el deterioro,¹⁵³⁴ aplicables para valorar la lesividad provocada al bien jurídico en cada caso concreto según corresponda.

¹⁵³² *Vid. supra*, pp. 42-43.

¹⁵³³ Artículo 110 del Código Fiscal de la Federación: “Artículo 110.- Se impondrá sanción de tres meses a tres años de prisión, a quien: I. Omita solicitar su inscripción o la de un tercero en el registro federal de contribuyentes por más de un año contado a partir de la fecha en que debió hacerlo, a menos que se trate de personas cuya solicitud de inscripción deba ser presentada por otro aún en el caso en que éste no lo haga. II. Rinda con falsedad al citado registro, los datos, informes o avisos a que se encuentra obligado. III. Use intencionalmente más de una clave del Registro Federal de Contribuyentes. IV. Modifique, destruya o provoque la pérdida de la información que contenga el buzón tributario con el objeto de obtener indebidamente un beneficio propio o para terceras personas en perjuicio del fisco federal, o bien ingrese de manera no autorizada a dicho buzón, a fin de obtener información de terceros. V. Desocupe o desaparezca del lugar donde tenga su domicilio fiscal, sin presentar el aviso de cambio de domicilio al registro federal de contribuyentes, después de la notificación de la orden de visita domiciliaria o del requerimiento de la contabilidad, documentación o información, de conformidad con la fracción II del artículo 42 de este Código, o bien después de que se le hubiera notificado un crédito fiscal y antes de que éste se haya garantizado, pagado o quedado sin efectos, o que hubieran realizado actividades por las que deban pagar contribuciones, haya transcurrido más de un año contado a partir de la fecha en que legalmente tenga la obligación de presentar dicho aviso, o cuando las autoridades fiscales tengan conocimiento de que fue desocupado el domicilio derivado del ejercicio de sus facultades de comprobación. Para los efectos de esta fracción, se entiende que el contribuyente desaparece del local en donde tiene su domicilio fiscal cuando la autoridad acuda en tres ocasiones consecutivas a dicho domicilio dentro de un periodo de doce meses y no pueda practicar la diligencia en términos de este Código. VI. A quien mediante cualquier medio físico, documental, electrónico, óptico, magnético o de cualquier otra clase de tecnología, suplante la identidad, representación o personalidad de un contribuyente. VII. A quien otorgue su consentimiento para llevar a cabo la suplantación de su identidad. VIII. Incite a una persona física a inscribirse en el registro federal de contribuyentes para utilizar sus datos de forma indebida. No se formulará querrela si, quien encontrándose en los supuestos anteriores, subsana la omisión o informa del hecho a la autoridad fiscal antes de que ésta lo descubra o medie requerimiento, orden de visita o cualquier otra gestión notificada por la misma, tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales, o si el contribuyente conserva otros establecimientos en los lugares que tenga manifestados al registro federal de contribuyentes en el caso de la fracción V.” *Vid.* http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_241218.pdf (consulta: 11 de mayo de 2019).

¹⁵³⁴ Al respecto, José Daniel Aguilar del Toro señala: “El **daño**, es ‘la inhabilitación de la cosa para el uso a que está destinada o que es propio de su naturaleza, como acontece cuando se mezcla el vino o la leche con otros líquidos inseparables fácilmente, o cuando se abre la compuerta de un gas aislado y éste se expande por el aire.’ Esa acción de dañar, es por la que los actos de destruir o deteriorar deben entenderse excluidos. Por **destruir** ‘se entiende deshacer o arruinar una cosa material en forma tan completa que ésta se desintegre y se imposibilite para el uso, por ejemplo: el incendio de bienes, la rotura de documentos que hace imposible su recomposición, etc.’ Luego,

5.3.8.3 El juicio de congruencia como base del juicio de contextualidad

El juicio de congruencia como una de las ideas más importantes de la teoría de la tipicidad conglobante requiere desarrollo con otro enfoque porque en dicha teoría tal juicio está expresado superficialmente como una de las reglas del denominado “principio general de dominabilidad”.¹⁵³⁵ Y la dominabilidad como está vinculada con la expresión dominio del hecho resulta semánticamente inconsistente como construcción sintáctica, pues el vocablo “hecho” carece de contenido o lo que es igual está vacío de significado. Asimismo, como dicha expresión también se relaciona con la causalidad y ésta a su vez es inconsistente para comprender e interpretar cualquier conducta que necesite estudiarse en relación con algún tipo penal.¹⁵³⁶ Así, la idea de juicio de congruencia se toma como base pero sólo para construir y desarrollar el juicio de contextualidad que servirá en el derecho penal para decidir cuándo un conflicto es penal acorde con las congruencialidades¹⁵³⁷ del contexto, utilizándose para ello los conceptos de espacio problemático, conglobación y patrones de prudencia expuestos en la teoría de la tipicidad conglobante, aunque aquí con enfoques sistemáticos distintos.

5.4 Reconstrucción del elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión en México con base en el reacomodo de elementos y conceptos de la teoría de la tipicidad conglobante

5.4.1 Apuntamientos preliminares

Se considera que en la construcción jurídica de conceptos debe tenerse cuidado especial ante la premisa de que el derecho es un producto cultural y lo difícil que se vuelve la

deteriorar la cosa es ‘estropearla o menoscabarla sin que el acto lleve a su total destrucción, como la fractura de un vehículo o mueble cualquiera.’ [...] acorde con lo precisado en párrafos precedentes, cada una de las formas de afectación de la cosa (daño, destrucción o deterioro) produce un resultado diferente en ella [...] Así, cuando un vehículo impacta a otro y, por ejemplo, sólo le fractura la defensa trasera; lo que le causa es **deterioro**, porque con excepción de eso, sus demás condiciones permiten seguir utilizándolo para lo que está destinado, es decir, como transporte. Situación diferente se presenta si el impacto es de tal magnitud que dicho vehículo hasta se incendiara y, en consecuencia, ya jamás fuere posible usarlo, al grado de considerar que ni siquiera como chatarra tendría valor; esto, técnicamente no sería **daño** ni **deterioro**, sino **destrucción**. Ahora bien, podría hablarse de **daño**, cuando un vehículo fuera de control subió a la banqueta hasta donde se encontraba otro al que impactó, el cual, por original, único en su tipo y, además, haber pertenecido a un personaje históricamente importante, sólo se usaba para exhibirlo afuera del establecimiento cultural en que se hallaba estacionado. En ese caso, tal vehículo que, entre otros aspectos, se le estimaba valioso por sus características y conservación, al alterársele, quedó inhabilitado para su exhibición, que era el fin para lo que estaba destinado. Entonces, acorde con lo apuntado, nótese aquí la diferencia entre el **daño** y el **deterioro**.” Vid. AGUILAR DEL TORO, José Daniel. *Análisis del delito de daño en propiedad ajena, culposo, tipificado en el Código Penal del estado de Nuevo León*. En: *LETRAS JURÍDICAS. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*. Universidad de Guadalajara. Número 6, Primavera de 2008. Apud. Francisco González de la Vega. pp. 5-6. Página web: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/58/58> (consulta: 11 de mayo de 2019).

¹⁵³⁵ Vid. *supra*, p. 294.

¹⁵³⁶ Vid. *supra*, pp. 284-288.

¹⁵³⁷ En el presente trabajo este neologismo se justifica con apoyo en lo que Remo F. Entelman señala: “La creación del lenguaje es un proceso a la zaga de la investigación, el descubrimiento y la obtención del conocimiento.” Vid. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma*. Op. cit., p. 181.

adaptación de una estructura incompatible culturalmente con el sistema al que pretenda acomodarse y que en ocasiones llega hasta el extremo de fracasar e inutilizar dicho sistema, como en este país sucedió concretamente con la estructura de la orden de aprehensión bajo el sistema finalista alemán¹⁵³⁸ por no haberse comprendido la diferencia cultural de conductas entre alemanes y mexicanos que es notoriamente abismal respecto del cumplimiento puntual de la ley y su respeto como sistema de vida.¹⁵³⁹ De ahí lo acertado del señalamiento de Moisés Moreno Hernández quien expresa:

“En efecto, como hemos dicho, los países latinoamericanos han abierto sus ojos hacia *la dogmática penal europea*, sobre todo la *dogmática penal* de raigambre germánica; pero a veces los ha (sic) abierto desmesuradamente, al grado de olvidarse de su propia realidad.”

“Pero así como los países latinoamericanos dirigen su mirada hacia Europa, en los últimos tiempos se afirma que Europa abre los ojos hacia América Latina, con el objeto de estrechar relaciones y establecer mecanismos de retroalimentación en los diversos ámbitos: socioeconómico, tecnológico, cultural, etc., así como de buscar *modelos* que puedan ser comunes a ambos. Sin embargo, desde la propia perspectiva europea, se ha afirmado que ‘no hay un modelo de Europa, como tampoco de Estados Unidos, que pueda acomodarse sin más a las diversas naciones latinoamericanas y replicarse para asegurar el éxito.’”¹⁵⁴⁰

Y es que ciertamente como Maximiliano A. Rusconi apunta:

“Un simple pantallazo de la producción intelectual alemana o, incluso, española, muestra que se ha seguido reflexionando con distinto grado de profundidad y en diversos tiempos sobre: adecuación social, imputación objetiva, riesgo permitido...”¹⁵⁴¹

¹⁵³⁸ *Vid. supra*, pp. 118-120.

¹⁵³⁹ Lo que se afirma como vivencia propia y se apoya en lo expresado por Dietrich Schwanitz quien al cuestionar por qué Hitler se convirtió en dictador por la vía legal, apunta lo siguiente: “Las generaciones posteriores se preguntan: ¿cuál fue la causa de esta increíble locura? La identidad romántica de los alemanes, unida a su obediencia ciega a la autoridad estatal.” *Vid. SCHWANITZ, Dietrich. LA CULTURA. Todo lo que hay que saber. Op. cit.*, p. 278.

¹⁵⁴⁰ *Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Palabras de bienvenida. En: PROBLEMAS CAPITALES DEL MODERNO DERECHO PENAL A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI. Coordinador: Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale. México, 2003, p. 14.*

¹⁵⁴¹ *Cfr. RUSCONI, Maximiliano A. LOS LÍMITES DEL TIPO PENAL. Un análisis de la tipicidad conglobante. Op. cit.*, p. 20.

Por lo tanto, no toda innovación supone un progreso¹⁵⁴² y lo que es peor, en ocasiones las “innovaciones” conducen a la involución y con ello al fracaso como el que en México sucede con la estructura de la orden de aprehensión, porque una oración antaño procesalmente ignorada, es decir, el denominado “hecho que la ley señale como delito” ahora se convirtió en el elemento principal de dicha estructura normativa-constitucional sin más esfuerzo y justificación que la supresión sintáctica del concepto cuerpo del delito en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Y lo anterior aun cuando en el Foro de Reflexión número 11 denominado “Justicia Penal II” de la Reforma Judicial Integral organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los participantes de la Mesa de Trabajo 1 “Política criminal y tipos penales” en lo conducente propusieron lo que sigue:

“1. Realizar estudios empíricos que permitan conocer la problemática que enfrenta nuestro sistema de justicia penal que consideren no sólo el enjuiciamiento penal sino todo el sistema, desde la fase preventiva hasta la reparación del daño y la aplicación de sanciones a fin de estar en posibilidad de evaluar qué corriente dogmática (causalismo, finalismo, funcionalismo, etc.) se adecua a la realidad del caso mexicano. En su defecto, diseñar un modelo teórico propio que permita satisfacer la demanda de legalidad, certeza y seguridad jurídica que exige la ciudadanía. Lo anterior, en la inteligencia de que el establecimiento en la legislación de un criterio teórico tiene repercusión tanto para el justiciable como para el juzgador.”¹⁵⁴³

Así pues, también es cierto que los conceptos jurídicos no son producto de elucubraciones arbitrarias de los especialistas sino que deben reflejar una realidad social para generar seguridad jurídica y más cuando se trata de actos de autoridad penales conducentes a restringir uno de los bienes jurídicos más preciados como lo es la libertad; por lo que tales actos deben ser apegados estrictamente a la legalidad y eso implica que el actuar de la

¹⁵⁴² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Debate en torno a la conferencia “Normativismo, Política Criminal y Empirismo en la Dogmática Penal” del Prof. Roxin*. En: *PROBLEMAS CAPITALES DEL MODERNO DERECHO PENAL A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI*. Apud. Freud. *Op. cit.*, p. 249.

¹⁵⁴³ Vid. Reforma Judicial Integral. Foro de Reflexión número 11. “Justicia Penal II”. Participantes: Elvia Rosa Díaz de León D’Hers., *et. al.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. 11 de noviembre de 2005. Página web: <http://www.scjn.gob.mx/reformaJudicial/Foro11/ConclusionesF11.pdf> (consulta: 23 de agosto de 2006).

autoridad sea sólo en la forma que la ley prescribe, pero cuando la ley es laxa, genérica o ambivalente, entonces eso da la posibilidad a cualquier abuso de autoridad.¹⁵⁴⁴

Por lo tanto, se estima necesaria la construcción de un concepto jurídico, en primer orden, semántica y sintácticamente consistente, lo que implica una estructura con elementos universales comprensibles e interpretables con base en marcos conceptuales claros y delimitados. Y en segundo orden que sea funcional jurídicamente para posibilitar la seguridad jurídica como fin principal del derecho penal, pero centralmente acorde con la cultura y la realidad mexicana.

5.4.2 Construcción del concepto “conflicto contextual penal”

5.4.2.1 Consideraciones generales

La vida social es un escenario en el que se confrontan imperativos contradictorios, pretensiones descabelladas y prejuicios absurdos,¹⁵⁴⁵ por lo que de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge un conflicto público ya que la decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a tal infracción no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual, persona singular, sino como sucesos en el sistema de relación social.¹⁵⁴⁶

Así pues, en la realidad social existen conductas, acciones y comportamientos que importan conflictos cuya resolución se da de manera institucionalizada pero que de modo aislado tienen significados sociales completamente diferentes.¹⁵⁴⁷

Ahora bien, el derecho es regla de las acciones humanas en las relaciones recíprocas y sobre todo en los casos de conflicto entre posiciones diversas de varios sujetos respecto de los bienes de la vida social tutelados por el derecho penal, de manera que el conflicto es un momento dinámico del derecho el cual siempre debe proporcionar una regla o criterio de solución del mismo conflicto, por lo que el criterio de valoración de la proporción entre los

¹⁵⁴⁴ Cfr. LEÓN ÁLVAREZ, Enrique. *Los juicios orales en el sistema penal mexicano: De la teoría a la práctica*. En: *DERECHO PENAL. TEMAS DE ACTUALIDAD*. Op. cit., p. 221.

¹⁵⁴⁵ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *ENSAYOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS 1934/1959*. Biblioteca de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Veracruzana. México, 1959, p. 26.

¹⁵⁴⁶ Cfr. JAKOBS, Günther. *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Segunda edición. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. España, 1997, p. 12.

¹⁵⁴⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*. Op. cit., p. 19.

bienes en conflicto tendrá que ser deducido de las normas de cultura como base de un sistema.¹⁵⁴⁸

Al respecto, el proceso penal es una de las expresiones más típicas del grado de cultura alcanzado por un pueblo en su historia, pues es un efecto de la cultura, de modo que ésta y proceso son términos correlativos.¹⁵⁴⁹ Así, la aplicación judicial del derecho es de importancia social evidente cuando los conflictos pueden ser resueltos por procedimientos regulados jurídicamente.¹⁵⁵⁰

De este modo, en la coexistencia entre personas se plantean expresiones voluntarias de sentido que entran en conflicto entre sí por lo que algunas de ellas son seleccionadas por el poder punitivo mediante la fórmula legal denominada tipo penal, que es el que describe expresiones de sentido que generan conflictos sociales más que prohibiciones o mandatos, así que no cualquier conducta que formalmente presente las características exigidas por el tipo penal puede subsumirse en él sino sólo las que revelen realmente un conflicto que pueda adecuarse al tipo; tal adecuación es la tipicidad y la actividad de establecer si una conducta es o no conflictiva se denomina juicio de tipicidad, pues el tipo penal describe en abstracto conductas conflictivas y en esa congruencia puede afirmarse que una conducta típica es una conducta conflictiva.¹⁵⁵¹

Por otra parte, el concepto delito no se compone con la suma de elementos sino mediante un doble juego de valoraciones sobre una acción humana que en cada caso debe ser superado por la pretensión del ejercicio del poder punitivo, de manera que si fuera necesario graficarlo sería como un sistema de filtros sucesivos y no como rompecabezas; aunque según otros criterios el carácter genérico del delito se valora como configurador de un conflicto jurídico.¹⁵⁵²

De este modo cualquier criterio de mínima racionalidad se lesiona cuando aunque exista un injusto o ilícito penal el poder punitivo se habilite no obstante que al sujeto no pueda reprochársele que en el contexto en que actuó no haya obrado de otra manera no lesiva o

¹⁵⁴⁸ Cfr. BETTIOL, Giuseppe. *INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL Y PROCESAL. Curso de lecciones para estudiantes de Ciencias Políticas*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Traducción: Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. España, 1977, pp. 121-124.

¹⁵⁴⁹ *Ídem*, p. 174.

¹⁵⁵⁰ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *SENTIDO Y HECHO EN EL DERECHO*. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁵¹ Cfr. BOTERO BERNAL, José Fernando. *EL DERECHO PENAL EN LATINOAMÉRICA*. En: *ITER CRIMINIS. Revista de Ciencias Penales*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Número 3, Cuarta época. México, 2008, pp. 43-44.

¹⁵⁵² Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *et. al. DERECHO PENAL. Parte General. Op. cit.*, pp. 362-363.

menos lesiva; porque la diferencia entre la antijuridicidad y la culpabilidad se trata de dos momentos valorativos de selección: Uno de ellos tiene por objeto descartar todo lo que racionalmente no puede ser considerado como conflicto con relevancia penal y el otro tiene el fin de descartar toda pretensión punitiva cuando al sujeto no pueda reprochársele razonablemente la producción del conflicto.¹⁵⁵³

5.4.2.2 Elementos para la construcción del concepto “conflicto contextual penal”

La estructura del concepto “conflicto contextual penal” procede construirla con elementos obtenidos de la unión de los conceptos conflicto y contexto principalmente, pues es obvio que dicha construcción se facilita mediante tal síntesis sin lugar a dudas, aunque por supuesto el adjetivo Penal es complementario a ello. De este modo como elementos de tal estructura se proponen los que a continuación se indican:

1. Modelo de conducta de inadaptación.
2. Relevancia cultural del tiempo y espacio concretos.
3. Situación comunicativa de lesividad de un bien jurídico.
4. Congruencia entre la significación de la lesividad y la realidad social de la prohibición penal del sistema normativo general.

5.4.2.3 Concepto de “conflicto contextual penal”

Con los elementos indicados se propone como concepto de “conflicto contextual penal” el siguiente: Conducta de inadaptación culturalmente relevante en un momento y espacio delimitados, concerniente a una situación comunicativa de lesividad de un bien jurídico significativa en congruencia con la realidad social de una prohibición normativa penal.

5.4.2.4 Función del concepto “conflicto contextual penal”

La función principal del concepto “conflicto contextual penal” es la seguridad jurídica que proporciona una estructura conceptual construida con consistencia semántica, sintáctica y jurídica suficientemente congruente para librar o no una orden de aprehensión en México, lo que de manera fundamental ayudará a erradicar extravíos y disparidades interpretativas

¹⁵⁵³ *Ídem*, p. 362.

porque es un concepto compuesto construido con elementos universales y con términos fidedignos¹⁵⁵⁴ precisados de manera clara, completa, precisa y contundente, pero sobre todo porque son elementos adaptables a cualquier cultura ya que es innegable que en cualquier comunidad social existen conflictos y contextos así como su regulación penal. De ahí que dicho concepto sirva al juzgador principalmente para asegurar la congruencia real y jurídica de la necesidad de emitir o no una orden de aprehensión.

Y la otra función no menos importante que resulta en vía de consecuencia consiste en eliminar el absurdo y entorpecedor juicio sintético que actualmente se requiere para emitir o no una orden de aprehensión con los elementos “hecho que la ley señale como delito” y “la probabilidad de su comisión” regulados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pues el concepto “conflicto contextual penal” obliga a una indispensable investigación exhaustiva y lógica sobre la identidad del sujeto activo de la conducta y eso sin lugar a dudas implica un juicio analítico que sí es congruente con una resolución sobre privación o no de la libertad. Al respecto, Immanuel Kant señaló:

“Dos determinaciones *necesariamente* unidas en un concepto tienen que hallarse vinculadas como fundamento y consecuencia, pudiendo considerarse esta *unidad como analítica* (enlace lógico) o bien *como sintética* (vinculación real), desde las leyes de la identidad en el primer caso y desde las de la causalidad en el segundo.”¹⁵⁵⁵

Ahora bien, una función adicional del concepto “conflicto contextual penal” concierne a sentar las bases para desarrollarlo como preámbulo del concepto delito porque la lesividad del bien jurídico como centro de partida indispensable para determinar la existencia del delito no es analizada de modo *ex profeso* en el concepto injusto penal, compuesto de una conducta-típica y antijurídica.

5.4.2.5 Funcionamiento del concepto “conflicto contextual penal”

5.4.2.5.1 Consideraciones preliminares

Se estima que la conducta, como elemento del conflicto, en el derecho penal ya no debe argumentarse mediante el método causal, propio de las ciencias naturales, cuya

¹⁵⁵⁴ *Vid. supra*, pp. 80-81.

¹⁵⁵⁵ *Cfr.* KANT, Immanuel. *CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA*. Editorial Gredos. Traducción: Roberto R. Aramayo. España, s/a., p. 200.

disfuncionalidad en la teoría del delito actualmente es innegable por ya no satisfacer la argumentación que necesitan todas las conductas analizables bajo la estructura de cualquier tipo penal y menos en los casos de tipos penales concernientes a la comisión culposa.

Por lo tanto, bajo la premisa harto aceptada de que toda interpretación depende del contexto, se sostiene que ahora el método contextual es el más idóneo para comprender e interpretar hermenéuticamente el conflicto penal, porque el contexto es el único elemento con el que puede argumentarse congruentemente la interfaz entre un conflicto y la lesividad a un bien jurídico regulado en un tipo penal, lo que con la causalidad es insostenible y a veces imposible en el derecho penal como producto cultural.

Y es que el contexto es un elemento facilitador de la interpretación y depurador de la comprensión de lo interpretado, pero más importante todavía es la posibilidad de argumentar con él la controlabilidad del conflicto penal como centro seguro de imputación congruente con la realidad de la interfaz entre el conflicto y la lesividad a un bien jurídico regulado en un tipo penal.

5.4.2.5.2 Juicio de contextualidad penal

Se sostiene que el conflicto para que pueda considerarse penal requiere indispensablemente de la interfaz del contexto, por lo tanto la argumentación de esa interfaz se propone como un juicio de contextualidad que funciona como sigue:

1. El juzgador que conoce de una conducta debe establecer de inicio si corresponde o no a una acción u omisión de inadaptación social respecto de un momento específico y dentro de un espacio determinado denominado espacio problemático.¹⁵⁵⁶ Para fijar eso tiene que examinar y decidir si en ese exacto momento y dentro de ese espacio problemático la conducta es o no culturalmente relevante, lo que requiere precisar su ordinariedad o extraordinariedad, entendiéndose lo ordinario como la realidad reiterada cuya comprensión e interpretación no origina desorden social por su aceptabilidad cultural hasta el extremo de ni siquiera impactar la memoria del intérprete. En cambio lo extraordinario es la realidad culturalmente escasa de reiteración hasta el extremo de asombrar al intérprete con la activación de su memoria episódica.¹⁵⁵⁷ Por lo tanto una conducta de inadaptación social es

¹⁵⁵⁶ *Vid. supra*, p. 293.

¹⁵⁵⁷ *Vid. supra*, p. 255.

aquella que resulta extraordinaria por su relevancia cultural en un momento específico dentro de un espacio problemático. Así, por ejemplo, la conducta de una persona que se acerca a otra desconocida hasta llegar al contacto físico “hombro con hombro” puede ser ordinaria dentro de un elevador completo en su capacidad de espacio y en el momento de salir de un edificio público al finalizar el horario de trabajo, pero extraordinaria dentro de un parque público utilizado para trotar.

2. El juzgador una vez que establece la existencia de una conducta de inadaptación social luego debe analizar la situación comunicativa en la que esa conducta desde su inicio se desarrolló y para eso el juzgador debe contar con la mayor información posible sobre quiénes integraron esa situación para después de ese análisis resolver si esa conducta fue o no lesiva a la disponibilidad de un bien jurídico.

3. El juzgador antes de confrontar la lesividad a la disponibilidad del bien jurídico con el principio de subsidiariedad¹⁵⁵⁸ (el derecho penal como *ultima ratio*), primero debe confrontar dicha lesividad con el sistema normativo general y tratar de encontrar en él la reparación de su impacto. Si logra eso entonces el conflicto no se integra como penal porque las consecuencias de dicha lesividad son reparables sin necesidad de llegar hasta el derecho penal, pero si no es así el juzgador debe proceder a ubicar con precisión la regulación del bien jurídico dentro del sistema normativo particular, es decir, el penal, por ejemplo: En el Código Penal Federal, la Ley de Amparo, el Código Fiscal de la Federación, etcétera y después dentro del sistema normativo singular, o sea, en los tipos penales. Y posteriormente ponderar la lesividad a la disponibilidad del bien jurídico de modo contextualmente congruente con su significación o insignificancia cultural respecto de la realidad.

4. La ponderación de la lesividad a la disponibilidad del bien jurídico el juzgador primero debe determinarla con base en los conceptos daño, destrucción o deterioro, según corresponda. Y una vez que especifique la clase de lesividad lo que sigue es que dé peso a su significación o insignificancia mediante la argumentación sobre la continuidad o discontinuidad de poder seguir o no disponiéndose del bien jurídico en congruencia contextual con su esencia y sobre todo su naturaleza¹⁵⁵⁹ cultural; lo que implica conglobar la

¹⁵⁵⁸ *Vid. supra*, pp. 42-43.

¹⁵⁵⁹ Los conceptos de esencia y naturaleza aquí se utilizan como los expone Jorge Adame Goddard de la manera siguiente: “Esencia y naturaleza no son dos nociones distintas, sino dos palabras que expresan con diferencia de matiz el mismo significado: la esencia expresa aquello que hace que un ente sea como es; la naturaleza expresa aquello que hace que un ente opere como opera.” *Vid. ADAME GODDARD, Jorge. FILOSOFÍA SOCIAL PARA JURISTAS. Op. cit.*, p. 22.

significación o insignificancia de la lesividad a la disponibilidad del bien jurídico con las congruencialidades culturales del contexto, mismas que el juzgador debe motivar sirviéndose de las implicaturas y los clasemas que tiene que obtener del contexto y del tipo penal conjuntamente. De este modo lo que se convierte en el centro de la motivación es la argumentación jurídica del contexto de la significación o insignificancia de la lesividad a la disponibilidad del bien jurídico.

5. Las congruencialidades culturales del contexto son todos los elementos que sirven para determinar la relevancia de una conducta en un momento exacto y dentro de un espacio problemático, tales como los siguientes: Los intereses,¹⁵⁶⁰ el poder¹⁵⁶¹ y la idoneidad de los medios para lograrlos,¹⁵⁶² el espacio de lo posible,¹⁵⁶³ los patrones sociales de prudencia¹⁵⁶⁴ y la intensidad de la escalada.¹⁵⁶⁵

Así pues, se considera que con el juicio de contextualidad penal es como el conflicto se conecta con el tipo penal mediante la determinación de una conducta de inadaptación social y la ponderación contextual de la significación de la lesividad a la disponibilidad de un bien jurídico mediante la argumentación de las congruencialidades del contexto, de manera que la conducta se somete a un proceso de contextualización penal sin necesidad de llegar al formal y estricto juicio de tipicidad que sólo corresponde formular exclusivamente en la sentencia definitiva.

De este modo, con el juicio de contextualidad penal el conflicto sí puede considerarse un conflicto penal y al juzgador un contextualista¹⁵⁶⁶ del derecho penal, quien tendrá como objetivo comprender el contexto penal de una manera metodológica y no sólo superficial como de ordinario los juzgadores lo acostumbran; por lo que el contextualismo es sin lugar a dudas la línea de pensamiento más congruente como sistema para el estudio, construcción, comprensión, interpretación y argumentación de la ciencia del derecho penal, por ser un método universal para comprender e interpretar culturalmente cualquier conducta en su realidad social.

¹⁵⁶⁰ *Vid. supra*, pp. 46-47, 97-98 y 282.

¹⁵⁶¹ *Vid. supra*, pp. 302-304.

¹⁵⁶² *Vid. supra*, p. 201.

¹⁵⁶³ *Vid. supra*, p. 307.

¹⁵⁶⁴ *Vid. supra*, p. 295.

¹⁵⁶⁵ *Vid. supra*, p. 306.

¹⁵⁶⁶ *Vid. supra*, pp. 248-250.

5.4.2.6 Sustitución del elemento estructural “hecho que la ley señale como delito” por “conflicto contextual penal”

Con base en que la sociedad mexicana es proclive a confrontarse frecuentemente consigo misma¹⁵⁶⁷ resulta pertinente la cita que Josep Redorta hace de Kant como sigue: “<<La tarea de la legislación es permitirnos la mayor libertad posible de cada persona en coexistencia con la mayor libertad posible para todas las demás>>.”¹⁵⁶⁸ Por lo que se propone reconstruir el artículo 16 constitucional como sigue:

DERECHO POSITIVO	PROPUESTA
<p>“Artículo 16. Nadie puede ser...”</p> <p>“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”¹⁵⁶⁹</p>	<p>“Artículo 16. Nadie puede ser...”</p> <p>“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un conflicto contextual penal sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan su existencia así como de la identidad de las partes en él.”</p>

Así, con esa construcción jurídica nueva que aquí se propone se pretende no sólo superar la involución de la estructura de la orden de aprehensión en México sino también que este país evolucione hacia un seguro Estado democrático de derechos humanos congruente con la realidad cultural mexicana tan necesitada de seguridad jurídica.

¹⁵⁶⁷ Cfr. MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO*. Op. cit., prólogo.

¹⁵⁶⁸ Cfr. REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS*. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Op. cit., p. 198.

¹⁵⁶⁹ Vid. supra, p. 101.

Conclusiones

Primera: El derecho es un producto eminentemente cultural que sirve a la cultura pero al mismo tiempo se sostiene de ella hasta el extremo de que sin la cultura el derecho no existiría, por ello el derecho es una construcción racional-cultural para regular la vida como necesidad natural; asimismo es valioso por ser lo único que con certeza puede dar orden a la vida; sus principios categoriales son la dignidad y la felicidad. La dignidad es la esencia universal que conforma completamente al ser humano como un fin para vivir con felicidad y no simplemente existir en el mundo, la que se enarbola como fundamento de su vida adquiriéndola desde el momento de su existencia en el contexto. Y la felicidad es el convencimiento auténtico y personalísimo de vivir de modo congruente con la motivación que cada uno elige dar a su existencia; por lo que el derecho a la vida significa vivir en condiciones humanas y desarrollo constante de la personalidad en múltiples contextos, lo que fundamenta el origen y justifica la necesidad del derecho: La seguridad jurídica de esas condiciones, pues sólo el derecho es estructuralmente idóneo para proveerse y proveer seguridad jurídica, pero a su vez, la seguridad jurídica es lo único que exclusivamente puede sostener la idea del derecho como estructura útil para la vida en sociedad, así que a través del derecho es como puede asegurarse la dignidad del ser humano, incluso hasta después de su muerte, como también posibilitarle la búsqueda de su felicidad como fundamento exclusivo y contundente del sentido de la vida desde el enfoque de un fin y no de un medio.

Segunda: Acorde con los principios categoriales de lesividad, intervención mínima y subsidiariedad, el derecho penal es una ciencia cultural de lesividades, pero no de cualquiera, sino sólo de aquellas que exponen de modo superlativo o impactan de manera desestabilizadora los contextos necesarios para la vida congruente en sociedad con condiciones humanas, pues la finalidad principal del derecho penal consiste en regular la protección del cuerpo humano y consecuentemente la vida en grado superior, por eso el modo más sistemático, congruente y sobre todo seguro para construir, comprender, interpretar, argumentar y aplicar el derecho penal es mediante su visión estructural-contextual, porque el conocimiento, la comprensión y la interpretación de las innumerables conductas descritas en los tipos penales así como la punibilidad correspondiente sí dependen en grado superlativo del contexto en el que todas ellas confluyen, porque aun cuando el derecho penal es formalmente

normativo, sin embargo, es sustancialmente contextual ya que la conducta tiene su centro en el interés.

Tercera: La materia prima del derecho es el lenguaje, que es imprescindible para la interacción humana en sociedad, la comunicación y la construcción jurídica, por lo que el lenguaje jurídico de ningún modo puede ni debe prescindir de las directrices elementales con las que el lenguaje ordinario se estructura semántica y sintácticamente toda vez que de la construcción cuidadosa del lenguaje jurídico y de la de sus conceptos depende precisamente la funcionalidad del derecho y por ende el éxito o fracaso de su esencia: La seguridad jurídica. Y como la finalidad principal del lenguaje jurídico es comunicar y delimitar la realidad del conflicto, por lo tanto, la solución exitosa o no de este último depende preponderantemente de la claridad, precisión, completitud y contundencia de la construcción de dicho lenguaje. De ahí que para evitar construcciones ocurrentes o arbitrarias, o peor aún, extraviadas, el derecho debe construirse con términos fidedignos ya que el desestabilizador que más afecta al lenguaje jurídico es el vocablo vacío, que como tal posibilita sin lugar a dudas la ocurrencia, la arbitrariedad, el extravío y la anfibología, sin embargo, tratándose del lenguaje jurídico de nada sirve contar con términos fidedignos y conceptos precisos si el acomodo de ellos es desordenado en la oración hasta el extremo de no lograr con ella transmitir una comunicación efectivamente comprensible. De igual forma la ocurrencia y la arbitrariedad son elementos que impactan en el lenguaje jurídico de una manera notoria y desestabilizante, que se originan por falta de cuidado y profundidad en el conocimiento y aplicación del origen, reglas y esencia de las estructuras que componen el sistema al que dicho lenguaje corresponde, convirtiéndose éste en un medio de disfuncionalidad del derecho y, por consiguiente, de inseguridad jurídica.

Cuarta: La libertad comprende diversos entramados pero se considera principalmente una sensibilidad porque comienza en el pensamiento y en él impacta la sensación de gozar o no de ella, sin embargo, aun cuando se siente en el pensamiento se percibe más en el movimiento, de manera que los elementos esenciales de la libertad son el pensamiento y el movimiento, que juntos conforman el centro de la vida del ser humano en los contextos. Así que para vivir como ser humano son dos las condiciones superlativas que se requieren: La salud y la libertad, sin embargo, donde de ordinario se encuentra lo superlativo de ambas es precisamente en su confluencia: El movimiento. Por lo tanto, el poder de imperio del Estado

al impactar la libertad de movimiento del ser humano implica la afectación de una condición superlativa de vida, por lo que el ejercicio de ese poder se convierte en una situación jurídica de grave importancia y capital cuidado. De ahí la procedencia de cuestionar y examinar exhaustivamente cuáles son los requisitos constitucionales que puntualmente deben cumplirse en un Estado democrático de derechos humanos para poder afectar la libertad de movimiento de un ser humano al decidirse su captura mediante una orden de aprehensión, que consiste en la situación jurídica regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e implica la resolución judicial que dispone la captura de una persona para ponerla de inmediato a disposición de la autoridad que la requiera con el fin de que conozca todo sobre la conducta que se le imputa.

Quinta: El concepto cuerpo del delito fue eliminado del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008 y en su lugar quedó la oración: “hecho que la ley señale como delito” como elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión regulada en ese precepto constitucional, pero el vocablo “hecho” está vacío de contenido semántico, es decir, carece de significado y por eso en la construcción sintáctica: “hecho que la ley señale como delito” el vocablo “hecho” de ninguna manera puede funcionar como tema (sujeto), de la tesis: “...que la ley señale como delito” (predicado), al no tener la capacidad de función de núcleo del sujeto y consecuentemente tampoco imponer su concordancia al núcleo del predicado, es decir, a la tesis. Por lo que tal estructura no es profunda sino superficial y por consiguiente disfuncional frente a los principios de lesividad, de intervención mínima y de subsidiariedad del derecho penal.

Sexta: La orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008, involucionó jurídicamente en su estructura al figurar como su elemento principal la oración: “hecho que la ley señale como delito”, pues por una parte prácticamente se volvió a la estructura similar: “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”, correspondiente al citado artículo 16 que originalmente fue regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857. Y por otro lado con su disfuncionalidad semántica y sintáctica se impacta de manera grave la seguridad jurídica como esencia del derecho, por lo que es insostenible que

con la oración: “hecho que la ley señale como delito” se componga la estructura de la orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008. Luego, como la incapacidad de la técnica jurídica (con sus diversos operadores) no logró el consenso necesario sobre los elementos conceptuales que determinan lógicamente a la orden de aprehensión, entonces ante esta problemática corresponde a la ciencia del derecho encargarse de construir tal estructura, por ser la ciencia la que con mejor organización proporciona de manera sistemática, profunda y congruente los elementos conceptuales que tal actividad intelectual requiere.

Séptima: La teoría de la tipicidad conglobante fundada por el jurista Eugenio Raúl Zaffaroni establece que la tipicidad penal y la tipicidad legal no es lo mismo porque la primera presupone la segunda, sin embargo, no la agota porque la tipicidad penal requiere, además, la antinormatividad, por lo que la fórmula para llegar a la tipicidad penal es la suma de la tipicidad legal más la tipicidad conglobante y el centro de esta fórmula consiste en afirmar que la tipicidad implica antinormatividad (contrariedad a la norma), porque no se acepta que en un orden normativo una norma mande lo que otra norma prohíba. De ahí que la tipicidad penal no se reduce a la tipicidad legal que sólo implica la adecuación a la formulación legal sino que la tipicidad penal debe evidenciar una verdadera prohibición con relevancia penal, dándose esa prohibición de la consideración conglobada de la norma, por lo que la tipicidad penal implica la tipicidad legal pero corregida por la tipicidad conglobante, que puede reducir el ámbito de aparente prohibición de la sola tipicidad legal. Así pues, para que haya tipicidad debe comprobarse en algún momento la afectación del bien jurídico (por lesión o por peligro) al considerarse esto un requisito indispensable, pero tal comprobación no puede hacerse en la tipicidad legal porque a ella no pertenecen ni el bien jurídico mismo ni su afectación, de manera que resulta algo que elimina la tipicidad legal de la conducta sin pertenecer al tipo legal. Y el modo de establecer la lesividad es considerándose la norma que se deduce del tipo, pero no de forma aislada, sino de manera conglobada en el orden normativo compuesto por todo el conjunto de normas, ya sea deducidas o expresadas en otras leyes de igual o superior jerarquía, mientras que el conflicto, para ser tal, requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a alguien y es mediante la función conglobante del tipo objetivo que se establece la existencia del conflicto, de manera que si el conflicto falta no

habrá tipicidad objetiva aun cuando haya lesividad, al no poderse considerar el resultado como obra perteneciente a un sujeto.

Octava: La teoría de la tipicidad conglobante proporciona elementos conceptuales que son útiles para reconstruir el elemento principal de la estructura de la orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008; sin embargo, aunque dicha teoría requiere de aclaraciones y ajustes para utilizar algunos de sus elementos y conceptos que aún son imprecisos y otros desarrollados insuficientemente, sin duda son los que mejor sostienen la necesidad de coherencia entre un acto de autoridad de la magnitud de la orden de aprehensión y la afectación que causa a quien se ejecuta, es decir, son los elementos que más se apegan a la realidad cultural de este país, pero para su funcionalidad óptima requirieron de ciertos reajustes en esta tesis doctoral para encontrar y sobre todo comprender que el alcance prohibitivo de la norma o la insignificancia de la lesividad no corresponden en exclusiva al orden jurídico sino también al contexto concreto de la conducta violatoria de la prohibición, que paradójicamente sí es el único modelo en el que la realidad puede valorarse de modo exclusivo y congruente con dicho orden jurídico.

Novena: La “realidad” es la interpretación acabada de la perceptibilidad, es decir, de la confluencia de formas, colores e impactos bajo un enfoque cultural determinado en el que la socialización acontece. Y el contexto es el principio desde el que se genera universalmente toda interpretación congruente de la realidad de cualquier situación comunicativa de cualquier cultura y, además, es un centro equilibrador para comprender e interpretar conductas en relación con tipos penales y evidenciar la comprensión desfasada de cualquier prohibición excesiva o inútil para la vida en coexistencia social, porque determinar la significación o insignificancia de la lesividad a un bien jurídico es indispensable y sobre todo previa a cualquier juicio de tipicidad formal a ultranza, ya que sólo de este modo el derecho penal encuentra congruencia con su finalidad; por eso toda interpretación depende del contexto y en esa coherencia, ante los innegables avances de la tecnología, la conducta en el derecho penal ya no debe analizarse mediante el método causal (con el riguroso nexo causa-efecto), sino a través del método contextual y motivarla el juzgador con argumentos contextualistas, pues el contextualismo es la línea de pensamiento más congruente como sistema para el estudio,

construcción, comprensión, interpretación y argumentación de la ciencia del derecho penal, considerándose que todos los seres humanos somos seres de intereses y que las cargas de estos últimos son las que junto con el contexto convierten el comportamiento en conducta y por consiguiente determinan a esta última, porque entre el comportamiento y la conducta existe una diferencia capital que consiste en que en el primero el instinto es el que impulsa o detiene un movimiento, que es físico-perceptible, en cambio en la segunda el movimiento es de cargas del pensamiento, es decir, intelectual y el que lo genera es el interés, por lo tanto, en la conducta el interés es el que mueve las cargas de la voluntad hacia una decisión mientras que en el comportamiento el instinto es el que impulsa o detiene el movimiento.

Décima: Los conceptos facilitan el proceso de pensamiento y el concepto jurídico es indispensable para comprender el derecho como ciencia y como sistema pero sobre todo para argumentarlo y aplicarlo funcionalmente. Así, el concepto jurídico es el producto racional construido para precisar y delimitar el contenido semántico de la esencia de un objeto o de un evento y sus relaciones reguladas dentro de un sistema normativo con el fin de comprender e interpretar congruentemente el contexto de la realidad cultural a la que se aplica. Por lo tanto, con el concepto “conflicto contextual penal” y su aplicación a través del “juicio de contextualidad penal” la reconstrucción de la estructura de la orden de aprehensión regulada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008, se vuelve semántica y jurídicamente funcional para cualquier tipo penal en congruencia con la cultura mexicana así como con la evolución hacia un coherente Estado democrático de derechos humanos y la esencia del derecho, que es sin lugar a dudas la seguridad jurídica.

Bibliografía

ACERO, Julio. *PROCEDIMIENTO PENAL. Ensayo doctrinal y comentarista sobre las leyes del ramo, del Distrito Federal y del estado de Jalisco*. Editorial José M. Cajica Jr. S.A. de C.V. México, 1968.

ADAME GODDARD, Jorge. *FILOSOFÍA SOCIAL PARA JURISTAS*. Editorial McGraw Hill-Interamericana Editores, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1998.

AGUDELO BETANCUR, Nódier. *CURSO DE DERECHO PENAL (Esquemas del Delito)*. Editorial Temis, S.A. Tercera edición. Colombia, 2004.

AGUILAR DEL TORO, José Daniel. *El cuerpo del delito. Un concepto constitucionalmente disfuncional en México*. En: *DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA A INICIOS DEL SIGLO XXI. Memorias del I Coloquio Internacional sobre Derecho, Ética y Política*. Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Criminología. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006.

_____. *Análisis del delito de daño en propiedad ajena, culposo, tipificado en el Código Penal del estado de Nuevo León*. En: *LETRAS JURÍDICAS. Revista Electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*. Universidad de Guadalajara. Número 6, Primavera de 2008. Página web: <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-06-primavera-marzo-septiembre-de-2008> (consulta: 2 de mayo de 2016).

_____. *LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA*. Lazcano Garza Editores, S.A. de C.V. México, 2011.

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *EL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Teoría, jurisprudencia y práctica*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2006.

_____. *Mesa 1 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009.

ALIMENA, Bernardino. *TEORÍA DEL DELITO*. Editorial Leyer. Colombia, s/a.

ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *SISTEMA DEL DELITO. Una visión del Derecho Penal desde la teoría de los sistemas y la ontología del lenguaje*. Editorial Universidad, S.R.L. Argentina, 2006.

_____. *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA COMUNICATIVA DEL DELITO. Construcción del ilícito a partir de la ontología del lenguaje y la teoría de los sistemas. Responsabilidad por el producto. Organización y estructura del sistema social*. Editorial Universidad, S.R.L. Argentina, 2006.

LA IMPUTACIÓN CONSTRUIDA. Sistema jurídico general, subsistema jurídico penal y de medidas de seguridad. La respuesta comunicativa punitiva. La imputación objetiva. Hacia una imputación comunicativa. La teoría del rol. Editorial Universidad S.R.L. Argentina, 2008.

ATIENZA, Manuel. *EL SENTIDO DEL DERECHO.* Editorial Ariel, S.A. España, 2001.

ÁVILA NEGRÓN, Santiago. *EL CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. Estudio comparativo, similitudes y diferencias.* Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. *DERECHO PENAL. Parte general.* Editorial Hammurabi SRL. Segunda edición. Argentina, 1999.

BAIGÚN, David. Prólogo en: RUSCONI, Maximiliano A. *LOS LÍMITES DEL TIPO PENAL. Un análisis de la tipicidad conglobante.* Editorial AD-HOC S.R.L. Argentina, 1992.

BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *DERECHO PENAL DE LA OFENSA COMO PRINCIPIO RECODIFICADOR.* Ángel editor. México, 2010.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José. *ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS CUATRO RECURSOS DE AMPARO REGULADOS POR LAS SIETE PARTIDAS.* Universidad de Guadalajara. Segunda edición. México, 2000.

BARRITA LÓPEZ, Fernando. *DELITOS, SISTEMÁTICAS Y REFORMAS PENALES.* Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1998.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía Jurídica.* Editorial Porrúa, S.A. DE C.V. México, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. *INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL Y PROCESAL. Curso de lecciones para estudiantes de Ciencias Políticas.* Bosch, Casa Editorial, S.A. Traducción: Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. España, 1977.

BEUCHOT, Mauricio y JEREZ, José Luis. *DAR CON LA REALIDAD. Hermenéutica analógica, realismo y epistemología.* Editorial Torres y Asociados. México, 2015.

BLANCO LOZANO, Carlos. *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL.* Editorial La Ley-Actualidad, S.A. España, 2003.

BORJA OSORNO, Guillermo. *DERECHO PROCESAL PENAL.* Editorial José M. Cajica Jr. S.A. México, 1969.

BOTERO BERNAL, José Fernando. *EL DERECHO PENAL EN LATINOAMÉRICA.* En: *ITER CRIMINIS. Revista de Ciencias Penales.* Instituto Nacional de Ciencias Penales. Número 3, Cuarta época. México, 2008.

BUNGE, Mario. *Diccionario de Filosofía*. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2002.

BUSTILLOS, Julio. *LÉXICO JURÍDICO ALEMÁN-ESPAÑOL. Breve compilación de tecnicismos utilizados en el ámbito jurídico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL*. Editorial Temis S.A. Tercera edición. Colombia, 2005.

CÁCERES NIETO, Enrique. *LENGUAJE Y DERECHO. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO SISTEMA DE ENUNCIADOS*. Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda edición. México, 2001.

CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *DERECHO PENAL Parte General*. Editorial Bosch, S.A. Segunda edición. España, 2001, tomo I.

CALVO SOLER, Raúl. *MAPEO DE CONFLICTOS. Técnica para la exploración de los conflictos*. Editorial Gedisa, S.A. España, 2014.

CAMERO RODRÍGUEZ, Francisco. *LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. Filosofía, Teoría y Método*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2004.

CAPELLA, Juan Ramón. *ELEMENTOS DE ANÁLISIS JURÍDICO*. Editorial Trotta, S.A. Cuarta edición. España, 2006.

CARBONELL, Miguel. *INTRODUCCIÓN A LOS JUICIOS ORALES EN MATERIA PENAL*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2015.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. *EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM (Nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V. Traducción: Ángel Osorio. México, 2012.

CARMIGNANI, Giovanni. *ELEMENTOS DE DERECHO CRIMINAL*. Editorial Temis Ltda. Traducción Antonio Forero Otero. Colombia, 1979.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y SEGURIDAD PÚBLICA. VARIACIONES CRÍTICAS*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010.

CASTRO, Juventino V. *GARANTÍAS Y AMPARO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Décima tercera edición. México, 2004.

CASADO, Lluís y PRAT, Tino. *EL MAPA DEL CONFLICTO. Prevenir y afrontar los conflictos*. Profit Editorial I., S.L. España, 2014.

CISNEROS FARIÁS, German. *LÓGICA JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004.

COBÁ MAGAÑA, Leticia del Socorro y DOMÍNGUEZ ZAPATA, Ileana Georgina. *Requisitos de orden formal para la emisión de la orden de aprehensión*. México, 2008. En: www.poderjudicialyucatan.gob.mx/blog/doc/ponencia.pdf (consulta: 4 de diciembre de 2015).

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1964.

_____. *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Decimonovena edición. México, 2005.

CONESA, Francisco y NUBIOLA, Jaime. *FILOSOFÍA DEL LENGUAJE*. Empresa Editorial Herder, S.A. Segunda edición. España, 2002.

CONSTANTINO RIVERA, Camilo., *et. al.* *HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO (Cuerpo del Delito, Tipo Penal y Clasificación Jurídica)*. Editorial Magister. México, 2016.

COPI, Irving M y COHEN, Carl. *INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA*. Editorial Limusa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2011.

CORREAS, Óscar. *TEORÍA DEL DERECHO*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2004.

_____. *METODOLOGÍA JURÍDICA I. Una introducción filosófica*. Distribuciones Fontamara, S.A. Segunda edición. México, 2012.

_____. *METODOLOGÍA JURÍDICA II. Los saberes y las prácticas de los abogados*. Distribuciones Fontamara, S.A. Segunda edición. México, 2011.

CREUS, Carlos. *INTRODUCCIÓN A LA NUEVA DOCTRINA PENAL. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, s/a.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *Los argumentos lingüísticos en la interpretación jurídica*. En: *INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO*. Distribuciones Fontamara, S.A. Coordinadores: Juan Antonio Cruz Parcero., *et. al.* México, 2014.

DEHESA DÁVILA, Gerardo. *ETIMOLOGÍA JURÍDICA*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2001.

DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *EL TÉRMINO CONSTITUCIONAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL (Los elementos del Cuerpo del Delito, Jurisprudencia y Práctica)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2000.

DELITALA, Giacomo. *EL "HECHO" EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO*. Editorial B de F Ltda. Traducción y estudio preliminar Pietro Sferrazza Taibi. Título del original italiano: *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, edición de Cedam, Padova, 1930. Argentina, 2009.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. *DOLO. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Quinta edición. México, 2004.

_____ *DERECHO PENAL Parte General (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004.

_____ *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TEORÍA DEL DELITO. (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*. Editorial Straf. México, 2013.

_____ *et. al. HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO (Cuerpo del Delito, Tipo Penal y Clasificación Jurídica)*. Editorial Magister. México, 2016.

DIETERICH, Heinz. *NUEVA GUÍA PARA LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA*. Grupo Editor Orfila Valentini, S.A. de C.V. México, 2011.

ENTELMAN, Remo F. *TEORÍA DE CONFLICTOS. Hacia un nuevo paradigma*. Editorial Gedisa, S.A. España, 2002.

ESPINAL, María Teresa., *et. al. SEMÁNTICA*. Ediciones Akal, S.A. España, 2014.

FENECH, Miguel. *DERECHO PROCESAL PENAL*. Editorial Labor, S.A. Tercera edición. España, 1960, volumen primero.

FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier. *Del rey cautivo a la república de derecho divino. Retóricas e imaginarios de las revoluciones hispánicas*. En: *MÉXICO A LA LUZ DE SUS REVOLUCIONES*. Coordinadoras: Laura Rojas y Susan Deeds. El Colegio de México, A.C. México, 2014, volumen I.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis S.A. Colombia, 2006.

FOLCHI, Mario O. *LA IMPORTANCIA DE LA TIPICIDAD EN DERECHO PENAL*. Roque Depalma Editor. Argentina, 1960.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte general*. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina, 1966, tomo I.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *LÓGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL*. Editorial Temis S.A. Cuarta edición. Colombia, 2002, tomo I.

GADAMER, Hans-Georg. *VERDAD Y MÉTODO I*. Ediciones Sígueme S.A.U. Décima edición. Traducción: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. España, 2003.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *ENSAYOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS 1934/1959*. Biblioteca de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Veracruzana. México, 1959.

_____*INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*. Editorial Porrúa, S.A. Cuadragésimotercera edición. México, 1992.

_____*FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Décimacuarta edición. México, 2004.

_____*LÓGICA DEL CONCEPTO JURÍDICO*. Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V. (Primera edición: 1959 Universidad Nacional Autónoma de México) México, 2011.

GARCÍA MORENTE, Manuel. *LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFÍA*. Grupo Editorial Tomo, S.A. de C.V. México, 2006.

GARCÍA MURGA, Fernando. *SEMÁNTICA*. Editorial Síntesis, S.A. España, s/a.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta edición. México, 1983.

_____*EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Las reformas de 1993-2000*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Cuarta edición. México, 2003.

_____*LA REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?* Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2008.

GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. *LA INSIGNIFICANCIA EN EL DERECHO PENAL. Los delitos de bagatela. Dogmática, Política Criminal y Regulación Procesal del Principio*. Editorial Hammurabi SRL. Argentina, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Debate en torno a la conferencia "Normativismo, Política Criminal y Empirismo en la Dogmática Penal" del Prof. Roxin*. En: *PROBLEMAS CAPITALES DEL MODERNO DERECHO PENAL A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI*. Coordinador: Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale. México, 2003.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO*. Editorial Porrúa, S.A. Tercera edición. México, 1959.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. *TRATADO SOBRE LA LEY PENAL MEXICANA. Política, Comentarios, Concordancias, Jurisprudencia y Doctrina en torno al Código Penal Federal y Leyes Federales para prevenir y sancionar la tortura; contra la delincuencia organizada y legislación sobre menores infractores*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2003, tomo III.

GONZÁLEZ GARCÍA, Juan Carlos. *DICCIONARIO DE FILOSOFÍA*. Editorial EDAF, S.A. España, 2000.

GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios. *EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Cuarta edición. México, 2013.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *DERECHO PENAL MEXICANO, Parte general y Parte Especial, Metodología Jurídica y Desglose de las Constantes, Elementos y Configuración de los Tipos Penales*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Sexta edición. México, 2001.

GRANDI, Ciro. *Cultura y culpabilidad frente a las neurociencias*. En: *NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Coordinador: Manuel Maroto Calatayud. Euros Editores S.R.L. Argentina, 2013.

GUASTINI, Riccardo. *ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Sexta edición. Traducción: Marina Gascón y Miguel Carbonell. México, 2004.

GUTIÉRREZ ORDOÑEZ, Salvador. *INTRODUCCIÓN A LA SEMÁNTICA FUNCIONAL*. Editorial Síntesis, S.A. España, 1992.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl. *INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA*. Editorial Esfinge, S. de R.L. de C.V. Decimoquinta edición. México, 2006.

INGENIEROS, José. *EL HOMBRE MEDIOCRE*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Decimoctava edición. México, 2007.

JAKOBS, Günther. *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Segunda edición. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. España, 1997.

_____. *Sobre la teoría del derecho penal del enemigo*. En: *DESARROLLOS ACTUALES DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ALEMANIA. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen (5-16 de septiembre de 2011)*. Kai Ambos (Dir.) María Laura Böhm (Coord.), et al. Traducción al español de Miguel Polaino Orts. Editorial Temis, S.A. Colombia, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General*. Editorial Comares, S.L. Quinta edición. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. España, 2002.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *LA TEORÍA DEL DELITO –aproximación al estado de la discusión–*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010.

KANT, Immanuel. *CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA*. Editorial Gredos. Traducción: Roberto R. Aramayo. España, s/a.

KAUFMANN, Arthur. *FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Universidad Externado de Colombia. Traducción: Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Segunda edición. Colombia, 1999.

KELSEN, Hans. *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. 13ª. Edición. Traducción del original en alemán Roberto J. Vernengo. México, 2003.

_____. *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*. Universidad Nacional Autónoma de México. Traducción: Eduardo García Máynez. Tercera edición. México, 2008.

LAN ARREDONDO, Arturo Jaime. *SISTEMAS JURÍDICOS*. Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, 2008.

LARA SÁENZ, Leoncio. *PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Sexta edición. México, 2003.

LENGYEL, Olga. *LOS HORNOS DE HITLER*. Editorial Planeta Mexicana, S.A. de C.V. México, 2014.

LENOIR, Frédéric. *SOBRE LA FELICIDAD. Un viaje filosófico*. Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V., bajo el sello editorial ARIEL M.R. Traducción Malika Embarek López. México, 2014.

LEÓN ÁLVAREZ, Enrique. *Los juicios orales en el sistema penal mexicano: De la teoría a la práctica*. En: *DERECHO PENAL. TEMAS DE ACTUALIDAD*. Coordinadores: Ruperto Patiño Manffer y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *DERECHO PROCESAL PENAL*. IURE editores, S.A. de C.V. México, 2003.

LÓPEZ RUIZ, Miguel. *REDACCIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010.

LLINÁS VOLPE, Marco. *LENGUAJE JURÍDICO. Filosofía del lenguaje*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002.

LUNA CASTRO, José Nieves. *EL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MÉXICO. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 2003.

MADRIGAL PEREYRA, Luis A. *Mesa 1 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009.

MALO CAMACHO, Gustavo. *DERECHO PENAL MEXICANO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Quinta edición. México, 2003.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *DERECHO PENAL. Parte General*. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Cuarta edición. México, 1997.

MARTÍNEZ FABIÁN, Constantino y RIVERA LEÓN, Mauro Arturo. *ELEMENTOS DE LINGÜÍSTICA JURÍDICA. Deconstrucción conceptual: Herramientas hacia la interpretación normativa*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2010.

MARTIÑÓN CANO, Gilberto. *Interpretación del término “hecho que la ley señale como delito” contenido en los reformados artículos 16 y 19 de la constitución política federal*. En: www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/2encuentro/lic.%20gilberto%20martiÑón%20cano.pdf (consulta: 4 de diciembre de 2015).

MAYER, Max Ernst. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Editorial B de F. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Argentina, 2007.

MENÉNDEZ VISO, Armando. *LAS CIENCIAS Y EL ORIGEN DE LOS VALORES*. Siglo XXI de España Editores. España, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL. Concepto y método*. Editorial B de F Ltda. Segunda edición. Argentina, 2003.

MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004.

_____. *DERECHO PROCESAL PENAL ESQUEMÁTICO*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 2008.

MORALES HERNÁNDEZ, Manuel. *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (Compilación de aforismos jurídicos)*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2009.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Palabras de bienvenida*. En: *PROBLEMAS CAPITALES DEL MODERNO DERECHO PENAL A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI*. Coordinador: Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale. México, 2003.

_____. *Mesa 2 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009.

MORLET MACHO, Javier. *ESTRATEGIA Y CONFLICTO POLÍTICO*. Noctis Ediciones. México, 2013.

NAVA BEDOLLA, José. *FILOSOFÍA Y TEORÍA JURÍDICA. Una relación epistemológica*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2016.

NUÑEZ, Rafael y DEL TESO, Enrique. *SEMÁNTICA Y PRAGMÁTICA DEL TEXTO COMÚN. Producción y comentario de textos*. Ediciones Cátedra, S.A. España, 1996.

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL. Teoría y práctica*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2005, tomo I.

_____ *Tesis para una Teoría Pura del Delito y de las Sanciones*. En: *CRIMINALIA. Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*. Editorial Porrúa. Año LXXI, No. 2, México, D.F., Mayo-Agosto, 2005.

ORTIZ CRUZ, Fernando Andrés. *Mesa 1 Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso*. En: *CRÓNICA DEL SIMPOSIO NACIONAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2009.

OTERO PARGA, Milagros. *DIGNIDAD Y SOLIDARIDAD. Dos derechos fundamentales*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2006.

OVANDO RAMÓN, Ludwig. *MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2015.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Decimoséptima edición. México, 2004.

PÉREZ VALERA, Víctor Manuel. *DEONTOLOGÍA JURÍDICA. La ética en el ser y quehacer del abogado*. Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, 2002.

POLAINO-ORTS, Miguel. *FUNCIONALISMO PENAL Y AUTODETERMINACIÓN PERSONAL*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2013.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Vigésima edición. México, 2003.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *LA CIENCIA PENAL A TRAVÉS DE SUS AUTORES*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2009.

_____ *Cien momentos clave de la dogmática penal en el Bicentenario (1810-2010)*. En: *DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO*. Coordinador: Alberto Enrique Nava Garcés. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2012.

_____ *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO DESDE FEUERBACH Y BINDING HASTA CLAUS ROXIN*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2017.

_____ *Cómo formular el Título de Imputación de un Hecho que la Ley Señala como Delito*. Editorial ArQuinza, S.A. de C.V. México, 2018.

RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús. *DERECHOS HUMANOS*. Oxford University Press México, S.A. de C.V. México, 2011.

RAWLS, John. *TEORÍA DE LA JUSTICIA*. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición en español. México, 1995.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. Editorial Espasa Calpe, S.A. Vigésima segunda edición. España, 2009, tomos I y II.

REDORTA, Josep. *CÓMO ANALIZAR LOS CONFLICTOS. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. España, 2007.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *TIPICIDAD*. Editorial Temis S.A. Sexta edición. Colombia, 1999.

RIGHI, Esteban. FERNÁNDEZ, Alberto A. *DERECHO PENAL. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Editorial Hammurabi SRL. Argentina, 1996.

RIVERA SILVA, Manuel. *EL PROCEDIMIENTO PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Trigésima cuarta edición actualizada por Rodolfo Barreda Alvarado. México, 2005.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *COMUNICACIÓN, LENGUAJE Y DERECHO. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2012.

ROCA-PONS, J. *EL LENGUAJE*. Editorial Teide, S.A. Tercera edición. España, 1978.

RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. *EL LENGUAJE JURÍDICO*. Editorial Colofón, S.A. de C.V. México, s/a.

ROSENTAL-IUDIN. *DICCIONARIO FILOSÓFICO*. Ediciones Brontes S.L., España, 2013.

ROVELLI, Carlo. *LA REALIDAD NO ES LO QUE PARECE. La estructura elemental de las cosas*. Tusquets Editores México, S.A. de C.V. Traducción: Juan Manuel Salmerón Arjona. México, 2016.

ROXIN, Claus. *El principio de la protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto*. En: *DESARROLLOS ACTUALES DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ALEMANIA. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen (5-16 de septiembre de 2011)*. Kai Ambos (Dir.) María Laura Böhm (Coord.), et al. Traducción al español de Miguel Polaino Orts. Editorial Temis, S.A. Colombia, 2012.

RUSCONI, Maximiliano A. *LOS LÍMITES DEL TIPO PENAL. Un análisis de la tipicidad conglobante*. Editorial AD-HOC S.R.L. Argentina, 1992.

RUSSELL, Bertrand. *LA CONQUISTA DE LA FELICIDAD*. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A. de C.V. Traducción: Juan Manuel Ibeas. México, 2006.

_____ *FUNDAMENTOS DE FILOSOFÍA*. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A. de C.V. México, 2016.

SÁNCHEZ MADARIAGA, Juan Alejandro. *Breves consideraciones sobre la dogmática jurídico-penal para el libramiento de la orden de aprehensión*. En: *DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO*. Coordinador: Alberto Enrique Nava Garcés. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2012.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *IMPUTACIÓN Y TEORÍA DEL DELITO. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Editorial B de F. Julio César Faira-Editor. Argentina, 2008.

SAÑA ALCÓN, Heleno. *ATLAS DEL PENSAMIENTO UNIVERSAL*. Editorial Almuzara, S.L. España, 2008.

SECO REYMUNDO, Manuel. *GRAMÁTICA ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE MANUEL SECO*. Editorial Espasa Calpe, S.A. Cuarta edición. España, 1999.

SFERRAZZA TAIBI, Pietro. *ESTUDIO PRELIMINAR*. En: DELITALA, Giacomo. *EL "HECHO" EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO*. Editorial B de F Ltda. Traducción y estudio preliminar Pietro Sferrazza Taibi. Título del original italiano: *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, edición de Cedam, Padova, 1930. Argentina, 2009.

SERRANO, Jorge A. *PENSAMIENTO Y CONCEPTO*. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 1990.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. y DEMETRIO-CRESPO, Eduardo. *Filosofía del lenguaje y Derecho Penal: Una aproximación*. En: *TEMAS ACTUALES EN LA DOGMÁTICA PENAL*. Grupo Editorial Ibáñez. Compiladora Gloria Bernal Acevedo. Colombia, 2013.

SCHMELKES DEL VALLE, Corina. *MANUAL PARA LA PRESENTACIÓN DE ANTEPROYECTOS E INFORMES DE INVESTIGACIÓN. TESIS*. Oxford University Press México, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1998.

SCHWANITZ, Dietrich. *LA CULTURA. Todo lo que hay que saber*. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A. DE C.V. Segunda edición. Traducción de: Vicente Gómez Ibáñez. México, 2016.

SINAY, Sergio. *LA FELICIDAD COMO ELECCIÓN. La dicha posible más allá de las falsas ilusiones*. Editorial Paidós SAICF. Argentina, 2011.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Editores del Puerto S.R.L. Argentina, 2004.

SOBREYRA Y SILVA, Ignacio Soto. *TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1997.

STRATENWERTH, Günter. *DERECHO PENAL PARTE GENERAL I. El hecho punible*. Editorial Hammurabi. 4° edición. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Argentina, 2005.

TARUFFO, Michele. *LA PRUEBA DE LOS HECHOS*. Editorial Trotta, S.A. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. Título original: *La prova dei fatti giuridici*. Cuarta edición. España, 2011.

TOCORA, Fernando. *PRINCIPIOS PENALES SUSTANTIVOS (Código Penal de 2000)*. Editorial Temis S.A. 2002. Colombia, 2002.

TORRE LÓPEZ, Fernando. MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. *REDACCIÓN JURÍDICA*. Editorial Esfinge, S. de R.L. de C.V. México, 2003.

UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 2004.

VAN DIJK, Teun A. *SOCIEDAD Y DISCURSO. Cómo influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación*. Editorial Gedisa, S.A. Traducción: Elsa Ghio. España, 2011.

_____*DISCURSO Y CONTEXTO. Un enfoque sociocognitivo*. Editorial Gedisa, S.A. Traducción: Andrea Lizosain. España, 2012.

VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén. *DERECHO Y COMPRENSIÓN*. Editorial Tirant Lo Blanch. México, 2016.

VELA TREVIÑO, Sergio. *ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN*. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Tercera edición. México, 1990.

_____*CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. Teoría del delito*. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Segunda edición. México, 1990.

VELASCO GÓMEZ, Ambrosio. *Hermenéutica y Ciencias Sociales*. En: *TRATADO DE METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Perspectivas actuales*. Apud. Dilthey. Coordinadores: Enrique de la Garza Toledo y Gustavo Leyva. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa. Fondo de Cultura Económica. México, 2012.

VIGO, Rodolfo Luis. *IUSNATURALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Coincidencias y diferencias*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2016.

VILLALOBOS, Ignacio. *DERECHO PENAL MEXICANO. Parte general*. Editorial Porrúa, S.A. Segunda edición. México, 1960.

VILLORO, Luis. *EL CONCEPTO DE IDEOLOGÍA. Y otros ensayos*. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición. México, 2007.

VON WEBER, Hellmuth. *LINEAMIENTOS DEL DERECHO PENAL ALEMÁN*. Editorial Ediar. Traducción de la segunda edición alemana (1948) por Leonardo G. Brond, revisada y prologada por Eugenio Raúl Zaffaroni. Argentina, 2008.

WESTON, Anthony. *LAS CLAVES DE LA ARGUMENTACIÓN*. Editorial Planeta, S.A. Traducción de Mar Vidal. España, 2011.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *SENTIDO Y HECHO EN EL DERECHO*. Distribuciones Fontamara, S.A. Traducción: Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría. México, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1986.

_____ *et. al. DERECHO PENAL. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina, 2000.

_____ *TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina, 2004, tomo III.

_____ *et. al. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina, 2005.

ZAGAL, Héctor. *FELICIDAD, PLACER, VIRTUD. La vida buena según Aristóteles*. Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V., bajo el sello editorial ARIEL M.R. México, 2013.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo y BARBA ÁLVAREZ, Rogelio. *Teoría Jurídica del Delito*. Ángel editor. México, 2010.

ZANOLLI FABILA, Betty Luisa. *EL DELITO: UNA REVISIÓN HISTÓRICA*. En: *DERECHO PENAL. TEMAS DE ACTUALIDAD*. Coordinadores: Ruperto Patiño Manffer y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2010.