

LA DUDA EN LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

Alejandro SOSA ORTIZ*

La duda es un paso obligado en el camino de la verdad. ¡Ay del juez que no duda!

Francesco CARNELUTTI

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema*. II. *Presunción de inocencia e in dubio pro reo*. III. *Jurisprudencia “Excluyentes, prueba de las” de la SCJN*. IV. *Crítica a la jurisprudencia que impide que la duda de las excluyentes de responsabilidad favorezca al inculpado*. V. *Conclusiones*. VI *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Existe el criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ampliamente aceptado y observado en la *praxis*, de que “Las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse en forma plena para que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde”. Dicho criterio data de cuando menos hace cincuenta años, y se ha venido reiterando mediante diversas tesis de los tribunales colegiados.

Desde siempre esa jurisprudencia nos ha generado inquietud y en ocasiones, ¿por qué no decirlo?, en nuestras funciones de juzgador la hemos tenido que aplicar sin estar convencidos de su validez y exactitud. Ello deriva, fundamentalmente, de nuestra consideración de que esta postura riñe con el principio de presunción de inocencia, y más específicamente con el *in dubio pro reo*.¹

* Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo del Segundo Circuito.

¹ Principio que se encuentra incluso consagrado en algunos de nuestros códigos procesales, como el distrital y para el Estado de México, mediante los artículos 247 y 256, respectivamente.

En efecto, la jurisprudencia en comento sostiene que la duda racional que podrían generar en el juzgador las pruebas tendentes a la demostración de la no responsabilidad del acusado (derivada de alguna causa de inculpabilidad o licitud), no puede operar en beneficio de éste, sino que es menester que esos medios probatorios generen en el juez esa certeza, fuera de toda duda razonable, de que se ha actualizado la causal excluyente que se invoca y pretende probar.

Lo que, a nuestra manera de ver, llegado el caso, orilla al órgano jurisdiccional a condenar, no obstante abrigar la duda fundada de que el inculcado, si bien no demostró plenamente la causa de inculpabilidad o licitud, pudiera haber actuado inculpablemente o no haber realizado, antijurídicamente, la conducta típica, por haber actuado amparado en alguna causal de licitud. Esto es, declarar que el indiciado ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable, a pesar de tener la duda razonable respecto de estos dos último atributos, careciendo, por ende, de esa convicción judicial, de que habla la doctrina y la jurisprudencia, “libre de cualquier duda razonable y que no contradiga las reglas de la sana crítica o de la experiencia”, que presupone todo juicio de condena.

Se adelanta que la tesis que sostiene este ensayo no es que la simple sospecha, conjetura, probabilidad o juicio de verosimilitud respecto a la actualización de alguna causa de inculpabilidad o licitud debiera conducir a la absolución pues, como apunta Mittermaier “Si la legislación rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis contraria, se verían quedar impunes los mayores culpables, y por consiguiente, la anarquía se introduciría fatalmente en la sociedad”.² La postura aquí sostenida, simplemente retoma el principio legal, jurisprudencial y doctrinario ampliamente aceptado de que en ausencia de *prueba plena* no es dable dictar sentencia condenatoria; luego, si la duda razonable impide que ésta se produzca, únicamente la prueba o pruebas que generen tal duda (y no solamente la sospecha, conjetura, probabilidad o juicio de verosimilitud) habrán de ser suficientes para absolver.

II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E *IN DUBIO PRO REO*

El origen histórico del principio de presunción de inocencia se sitúa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que

² Mittermaier, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, 3a. ed., Madrid, Imprenta de la Revista de la Legislación, 1877, p. 62.

en su artículo 9o. estableció: “Todo hombre será considerado inocente hasta que haya sido declarado culpable”, como reacción contra el sistema procesal inquisitivo anterior a la Revolución francesa.

Este principio también se consagra en 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante su numeral 11, 1: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

De igual manera lo recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, a través de su artículo 14.2: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Y, finalmente, también aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, que en su artículo 8o., inciso 2, dispone: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

El Pacto fue aprobado por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del 9 de enero de 1981, y la Convención el 18 de diciembre de 1980, según publicación del *DOF* del 7 de mayo de 1981.³

Mediante el decreto publicado en el *DOF*, del 13 de enero de 1984, que reforma y adiciona al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, se reformó su artículo 9o., y con ello desapareció la presunción de intencionalidad, que contrariaba abiertamente el principio de presunción de inocencia.⁴

³ Carbonell, Miguel *et al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. I, pp. 47 y 251.

⁴ A propósito de dicha reforma, Gustavo Malo Camacho comentó: “El principio de inocencia que informa el Derecho Penal, previsto como una de las normas fundamentales de los Derechos Humanos, que afirma que nadie puede ser considerado culpable, mientras no haya sido dictada sentencia condenatoria en su contra, aparece, estrechamente vinculado, si bien en sentido contrario con el principio de intencionalidad anteriormente previsto y ahora derogado. Hoy con justa razón ha de entenderse plenamente y fuera de toda duda, su responsabilidad, sea a título de delito intencional, de delito imprudencial o bien en el grado de preterintención, pero en todo caso habrá de demostrarse, sin que baste o pueda estimarse suficiente para esto el apoyo en una presunción”. “La reforma al

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 15 de agosto de 2002, consideró que la Constitución, a través de la interpretación armónica y sistemática de sus artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, resguarda en forma implícita el principio de presunción de inocencia, y emitió la tesis P. XXXV/2002, de rubro “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.⁵ El 29 de septiembre de 2004, a través de su Primera Sala, resolvió que los anteriores numerales, en concordancia con los diversos 17, segundo párrafo, y 23, del mismo ordenamiento se infiere, también, implícitamente, la consagración del principio *in dubio pro reo*, y generó la tesis 1a.LXXIV/2005, de rubro “PRINCIPIO *IN DUBIO PRO*

Código Penal. Parte general. Algunos comentarios”, publicado en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, PGR, 1984.

⁵ Su texto es el siguiente: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.⁶

La justificación racional de este principio, explica Framarino, se encuentra en lo que él denomina *principio ontológico*, según el cual ante un hecho respecto del cual se formulan dos afirmaciones contrarias, antes que cualquier prueba exterior a ellas le haya conferido credibilidad prevaleciente a la una o a la otra, no es posible apreciarlas sino por su naturaleza intrínseca y por las presunciones de credibilidad que están ligadas a su naturaleza; luego, si de las dos afirmaciones en sí mismas consideradas resulta que una de ellas es más creíble que la otra, es lógico y natural que, como es necesario imponer la obligación de la carga a una de ellas, le sea impuesta a la que no tiene a su favor la presunción prevalente de credibilidad. De esta manera, concluye: “De ordinario los hombres son inocentes, luego la

⁶ Su contenido es el siguiente: PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio *in dubio pro reo*, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, *in fine*, proscribía la absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de *non bis in idem*). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia —esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento—, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23).

inocencia se presume, y es a la acusación a la que corresponde la obligación de probar en el proceso penal”.⁷

Además, como apunta Sentís Melendo, aquí también entra en juego el sentimiento común, y a éste le parece más tolerable la injusticia ocasionada por la absolución de un culpable que la concretada en la condena de un inocente. De ahí la célebre frase de W. Blackstone: “Es preferible que se libren del castigo diez personas culpables a que sufra un inocente”.

Se ha considerado que las varias consecuencias que se derivan del *principio de presunción de inocencia* son:

Primero, que la persona acusada no está obligada a probar que es inocente, sino que es a la parte acusadora (Ministerio Público o víctima), a quien incumbe la carga de la prueba de los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado; segundo, que el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, razón por la cual las legislaciones internas no sólo prohíben recurrir a cualquier tipo de coacción, presión o amenaza tendiente a provocar la confesión del inculpado, sino que afectan de nulidad las confesiones obtenidas por tales medios; tercero, que en caso de duda, ésta beneficia al acusado, principio que expresa el adagio *in dubio pro reo* y cuarto, que la persona acusada pero puesta en libertad, sea por falta de méritos, sea bajo caución, debe continuar en libertad a pesar de que se hubiere interpuesto apelación contra la decisión judicial correspondiente.⁸

Estar en duda, nos dice Sentís Melendo, significa carecer de certeza, encontrarse en la incertidumbre. Y agrega: “Cuando el juez tiene el convencimiento de la responsabilidad del imputado, no hay posibilidad de aplicación de los preceptos a la situación de duda, gozando el juez de la más amplia libertad de criterio para llegar a ese convencimiento”. La duda, nos dice, no sólo es normal, y nos recuerda que Carnelutti la considera *el presupuesto de juicio*, y que la explica así: “La duda es una bifurcación; de los dos caminos (*dubium*, de *duo*) no se sabe cuál tomar. Esta imposibilidad de elección se expresa mediante la palabra incertidumbre; *cernere* no significa sólo ver, sino también *elegir*. Y hay que elegir. La función del juicio es ésta: superar la incertidumbre”.⁹

⁷ Framarino dei Malatesa, Incola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, vol. I, pp. 155-165.

⁸ *Diccionario jurídico mexicano*, 6a. ed., México, UNAM-Purrúa, 1993, t. P-Z, pp. 2518 y 2519.

⁹ Sentís Melendo, Santiago, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, EJE, pp. 20-23.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación explica el concepto de duda, mediante la siguiente tesis:

DUDA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL REO. Duda es la indeterminación del ánimo entre dos juicios contradictorios, por falta de mayores razones para decidirse por alguno de ellos, por lo que si la responsable inclina su convicción y estima probada la responsabilidad del acusado, deja de existir la “indeterminación” y no puede exigírsele tal estado de ánimo y menos puede decirse que viola la Constitución, por no haber dudado, por lo que se llega a la conclusión de que, a través del juicio de amparo, pueden reclamarse las violaciones que el Juez natural comete al apreciar las pruebas, contra los principios lógicos o contra las normas legales, mas no la “duda”, reservada exclusivamente al Juez natural, por el precepto que rige a nuestro derecho penal sobre que “en caso de duda debe absolverse”.

Amparo directo 3312/64. Juan Acosta García. 21 de abril de 1966. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Y cuatro precedentes más.

III. JURISPRUDENCIA “EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS” DE LA SCJN

La jurisprudencia que dio origen al criterio obligatorio que se comenta data de la sexta época del *Semanario Judicial de la Federación*, y aparece publicada con el número 147, en la página ciento dos, tomo II, materia penal, jurisprudencia, del último *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, correspondiente al periodo 1917-2000, y es del tenor siguiente:

EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS. Las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse en forma plena para que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde.

Sexta Época:

Amparo directo 2641/57. Alfonso Gallegos Gallegos. 24 de junio de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Amparo directo 6348/59. Aristeo Pérez López. 30 de agosto de 1960.- Cinco votos. Ponente: Carlos Franco Sodi.

Amparo directo 8390/60. José Gómez Ocampo. 22 de junio de 1961. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Amparo directo 8581/61. José Morales Rodríguez. 28 de junio de 1962. Cinco votos. Ponente: Alberto R. Vela.

Amparo directo 617/62. Enrique Tamahuaya López. 30 de julio de 1962. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Examinemos cada una de las ejecutorias. El amparo 2641/1957/1a. versa sobre una condena por el delito de homicidio en riña, y se alega como concepto de violación, que aparece demostrada la excluyente de responsabilidad de defensa legítima. La Sala considera que “el inculcado no señala al ofendido como su heridor ni tampoco que le haya disparado, por lo que no existe fundamento alguno para considerar que el inculcado al causarle la muerte al hoy occiso lo haya hecho en legítima defensa de su persona o de la de su hermano”. Y agrega:

De manera constante esta Suprema Corte de Justicia ha resuelto que las excluyentes de responsabilidad deben probarse fundadamente (*sic*). En la especie de las constancias procesales no se concluye que el inculcado haya obrado en repulsa de una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte inminente peligro. Estuvo en lo justo el sentenciador al desestimar la eximente de referencia y confirmar la sentencia condenatoria que declaró al ahora quejoso responsable del delito de homicidio con la modalidad de riña.

La segunda ejecutoria emanada del amparo 6348/59/2a. trata de una condena de homicidio calificado, y se invoca, entre otros, como concepto de violación, que se actualizó la legítima defensa y la atenuante de haberse cometido de manera tumultuaria. Al respecto, la Sala contestó que es infundado “porque ninguna prueba se rindió al efecto y las circunstancias que excluyen la responsabilidad requieren ser necesariamente comprobadas, para que el juzgador las tome en consideración”.

En el tercer precedente, el amparo 8390/1960/2a., se reclama una sentencia condenatoria por el delito de lesiones en riña, considerando al quejoso como el provocado. Se alega su inconstitucionalidad, por considerar que el inculcado demostró haber obrado en legítima defensa. La Sala considera que no es exacto “que haya operado en su favor la causa de justificación por defensa legítima con las características que para la integración de la justificante de referencia establece la ley”. Coincide a continuación con el tribunal responsable, en el sentido de que las versiones de los testigos presenciales no son dignas de confianza, en virtud de que “la forma en que se produjeron se concluye que trataron de favorecer al acusado con quien les ligan vínculos de interés o de afecto”. Por lo que, tomando

...sólo las versiones de los agentes activo y pasivo, es incuestionable que no puede afirmarse que se comprobaba fehacientemente la eximente a es-

tudio. De manera constante, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido declarando que las circunstancias excluyentes de responsabilidad, según denominación legal, no pueden presumirse (salvo los casos de presunciones que la propia ley establece) sino que deben ser plenamente comprobadas para operar a favor de un encausado.

En la cuarta ejecutoria, el amparo 8581/61/1a., se cuestiona un fallo condenatorio por el delito de homicidio cometido con exceso de legítima defensa, porque, según dice el quejoso, aparece plenamente probada esta última. La Corte argumenta:

Quien invoca una excluyente de responsabilidad, debe acreditarla plenamente para que el juzgador, pueda declararla en la sentencia, porque siendo dicha circunstancia, verdadera aseveración opuesta en el proceso, tiene aplicación el artículo 245 del CPP de aquella Entidad, que dispone que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación de un hecho.

Agrega: “en el caso a estudio, el acusado no comprobó la existencia de la excluyente de legítima defensa, porque su confesión judicial en que atribuye al ofendido haberlo agredido se encuentra contrariada por éste, por un menor y por dos testigos”, y concluye: “La Ordenadora, a pesar de los datos mencionados estimó que el acusado obró excediéndose en la legítima defensa, y como esto le favorece, la sentencia impugnada no puede causarle agravio”.

En el quinto y último precedente, el amparo 617/62/1a., se reclama una sentencia condenatoria por el delito de homicidio simple intencional, y se alega que debió encuadrarse en la modificativa de riña, por lo que es ilegal. La Primera Sala argumenta que

...las excluyentes de incriminación y las modificativas del delito, para que operen en derecho, deben estar plenamente comprobadas, por lo que en estas condiciones, la afirmación del quejoso en el sentido de que hubiera privado de la vida al ofendido al rechazar una agresión por parte de éste, que colocara en inminente peligro su vida o de que el homicidio se hubiera cometido en riña, carece de fundamento, ya que la confesión del inculpa y un testimonio, fundan la convicción de que el homicidio habido tiene el carácter de simple intencional.

Porque, agrega, si bien “Bernardo y Mario riñeron por el hecho de que un hermano del primero insultara al segundo, también lo es que el quejoso, era ajeno a la riña en el momento en que intervino para lesionar a Bernardo”.

Ahora bien, como es de advertirse, cuatro de las cinco ejecutorias versan sobre el delito de homicidio; en tres de ellas se invoca como excluyente *la legítima defensa*, y en una sólo la circunstancia atenuante de *la riña*. La ejecutoria restante se ocupa de un delito de lesiones en riña, y también se alega que se actualizó *la legítima defensa*.

En todas la ejecutorias, en realidad, la Sala de nuestro más alto tribunal deja claro que coincide con el tribunal responsable, en cuanto a considerar, no tanto que no se demostraron plenamente las *legítimas defensas* y la *modalidad de riña* alegadas, sino más bien deduce del caudal probatorio que éstas, por una razón u otra no pudieron configurarse: en la primera, que se refiere a una condena de homicidio en riña, porque esta modalidad se encuentra plenamente acreditada. En la segunda, que versa sobre una condena por homicidio calificado, porque no se aportó prueba alguna tendente a probar *la legítima defensa*. En la tercera, que trata de una condena por el delito de lesiones en riña, porque a los testigos con los que se pretendió demostrar *la legítima defensa* no se les consideró dignos de confianza. En la cuarta, en que se impugnó una sentencia condenatoria por el delito de homicidio con exceso de legítima defensa, la autoridad de amparo no sólo consideró que no se había demostrado *la legítima defensa*, sino que dejó entrever que ni siquiera se había acreditado la circunstancia atenuante del exceso referido, por lo que la condena le resultó benéfica. Y, en la última que versó sobre una condena por homicidio simple intencional, descartó abiertamente la posibilidad de que el evento criminoso se hubiese cometido en la modalidad de *riña*.

De las relatadas circunstancias, se derivan las dos siguientes consideraciones:

Primera. Esas cinco ejecutorias bien pudieron haberse fallado en el mismo sentido en que lo fueron, sin que hubiese sido necesario establecer que “Las excluyentes de responsabilidad para que puedan operar en beneficio del reo deben acreditarse plenamente”, pues en ninguna de ellas la Sala admite que las pruebas obrantes en autos pudiesen ser valoradas como simples indicios o prueba semiplena del hecho sustentante de *la legítima defensa o modalidad de riña* invocados por el quejoso, ni menos aún que en virtud de ello le generasen una duda razonable, sobre si pudieron haberse

generado. Por el contrario, como ya se apuntó, su argumento es en el sentido de que en la primera, cuarta y quinta ejecutorias tales *legítimas defensas y la modalidad de riña*, respectivamente, de acuerdo con el acervo probatorio, no se pudieron actualizar; en las dos restantes la *legítima defensa* simplemente no se demostró, porque en una se consideró plenamente acreditada la modalidad de riña, y en la otra no se aportó prueba alguna tendente a dicha acreditación.

Sin embargo, si los anteriores razonamientos pudieran poner en tela de juicio el alcance que le hemos atribuido a dicha jurisprudencia, y en cambio considerarla aplicable únicamente para cuando de manera categórica y plena se tiene la convicción de que no se actualizó alguna excluyente de responsabilidad (como se advierte aconteció en sus cinco precedentes) y, por consiguiente, en el caso de *duda razonable* respecto a su actualización, sí es posible absolver conforme al principio *in dubio pro reo*; las siguientes tesis aisladas de la entonces Primera Sala de nuestro máximo tribunal nos llevan al convencimiento de lo contrario.

EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD Y MODIFICATIVAS. PRUEBA DE LAS. Para que operen las excluyentes de responsabilidad penal o modificativas del delito de homicidio es preciso que tanto éstas como aquéllas se encuentren plenamente demostradas, ya que de lo contrario, aun en los casos de duda, el homicidio será considerado genérico o simplemente intencional.

Séptima Época, Segunda Parte; Vol. 50, pág. 17 A.D 4805/ 72. Mayoría de tres votos.

DUDA. El artículo 247 del Código de Procedimientos Penales aplicable, sólo produce efectos cuando la duda fundada racionalmente, recaer respecto a si el imputado cometió el delito que se le imputa, pero si la certidumbre que se aduzca no versa sobre esa cuestión sino acerca de si concurrió o no alguna eximente de responsabilidad, no puede motivar la absolución, sino por el contrario, la condena, por cuanto en tal hipótesis, persiste la presunción de intencionalidad delictiva, estatuida por el artículo 9o. del Código Penal, porque el imputado, en quien recae el *onus probandi*, no cumplió con la obligación de aniquilar los efectos de la aludida presunción *juris tantum*.

Amparo directo 3504/61. Luciano Melo López. 18 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela.

Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, LI, Página: 46.

Como se ve en estas tesis, ya claramente se establece que en los casos de duda en torno a las excluyentes de responsabilidad no opera el *in dubio pro reo*.

Consultada la ejecutoria de la primera tesis citada, advertimos que trata de una sentencia dictada en apelación que modificó una diversa resolución de primer grado para tener al quejoso como penalmente responsable del delito de homicidio simple intencional y no de homicidio en riña por el que había sido condenado en primera instancia. No obstante, en realidad, la entonces Primera Sala no realiza ninguna consideración del tema que se refleja en la tesis. Y si bien en ella se lee:

Según criterio que ha venido sustentando la H. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que operen las excluyentes de responsabilidad o modificativas del delito de homicidio, es preciso que tanto éstas como aquéllas se encuentren plenamente comprobadas, ya que de lo contrario, aún en los casos de duda, el homicidio será considerado genérico o simple intencional, ello corresponde, según se desprende la propia ejecutoria de amparo, a una consideración del tribunal responsable realizada en la sentencia reclamada. Luego, menos aún se encuentra alguna justificación del criterio contenido en la tesis en comentario.

Segunda. Los únicos argumentos que sustentan el aserto de que “Las excluyentes de responsabilidad deben acreditarse plenamente para que puedan operar en beneficio del reo”, son: a) que así lo ha venido resolviendo la Suprema Corte; b) que sólo en los casos que la ley establece se pueden presumir las excluyentes, y c) porque el invocar una circunstancia excluyente presupone realizar una aseveración, y quien afirma está obligado a probar.

La jurisprudencia de la anterior Primera Sala que se comenta es obligatoria para los órganos jurisdiccionales; empero, no es obligatoria para los tribunales colegiados de circuito, de conformidad con el artículo 6o. transitorio del decreto del 21 de diciembre de 1987, publicado en el *DOF* el 5 de enero de 1988, que reformó la Ley de Amparo, pues dispone que la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta el 14 de ese mes y año, en la materia que corresponde a dichos tribunales, podrá ser interrumpida y modificada por éstos. No obstante, dicho criterio jurisprudencial, lejos de ser superado, ha sido reiterado por esos tribunales de amparo.¹⁰

¹⁰ En este sentido son de citarse las siguientes tesis: II.3o.J/46 “EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. DEBEN DEMOSTRARSE PLENAMENTE”, y VI.1o.J/72 “EXCLUYENTES

Cabe apuntar que la expresión “Excluyentes de responsabilidad penal”, empleada por la jurisprudencia en estudio, deriva de título IV del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Título que se denominaba “Circunstancias excluyentes de responsabilidad”, y de su artículo 15, que decía: “Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal”, y comprendía las siguientes: I. Ausencia de conducta; II. Inimputabilidad; III. Legítima defensa; IV. Estado de necesidad; V. Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho; VI. Miedo grave y temor fundado; VII. Obediencia jerárquica; VIII. Impedimento legítimo; IX. Derogada; X. Caso fortuito, y XI. Error invencible.

Por tanto, se asume que el criterio jurisprudencial mencionado era aplicable para todas ellas.

Dicha denominación y numeral fueron objeto de reforma en 1994, mediante la cual se sustituyen dichas expresiones por las de “Causas de exclusión del delito” y “El delito se excluye cuando”, y se incorporaron otras dos causas: la falta de alguno de los elementos del tipo penal de que se trate (que en 1999 varió por: “La inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”) y el consentimiento del titular del bien jurídico afectado. Consideramos que actualmente el contenido del concepto procesal de *responsabilidad* se obtiene de nuestros códigos procesales cuando definen al cuerpo del delito y a la *probable responsabilidad*.¹¹ ×¹² Por consiguiente, asumimos que en la actualidad el

DEBEN PROBARSE PLENAMENTE”, generadas en los años de 1992 y 1991, respectivamente, y cuyos textos coinciden con la de la anterior Primera Sala de la SCJN, que aquí se comenta.

¹¹ El artículo 168 del CFPP, en su tercer párrafo, establece: “La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios de prueba existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. El numeral 122 del CPPDF, en su tercer párrafo, preceptúa: “Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpaado, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad”.

¹² En este sentido, la doctora Olga Islas de González Mariscal apunta: “En el derecho de procedimientos penales se estudia el delito en dos renglones: el cuerpo del delito y la responsabilidad. Reflexionando un poco, se advierte que estos dos conceptos procesales, unidos entre sí, corresponden plenamente al concepto delito que se maneja en el derecho penal. Dicho en lenguaje llano: el delito es igual a la unión del cuerpo del delito y la responsabilidad. En consecuencia, si se quiere saber lo que es el cuerpo del delito —conoci-

contenido de la expresión “Excluyentes de responsabilidad”, que utiliza la mencionada jurisprudencia, sólo comprende todas las causas de licitud y de inculpabilidad, no así la ausencia de conducta o tipicidad ni la identidad entre el indiciado y el sujeto activo del delito.

No obstante lo dicho, la siguiente tesis, también de la anterior Primera Sala, pareciera ser contradictoria con las anteriores:

DUDA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL REO. Cuando la ley dice: “en caso de duda debe absolverse” esa duda no puede referirse a la prueba del cuerpo del delito, pues si la hubiera, no podría siquiera dictarse auto de formal prisión conforme al artículo 19 constitucional. Entonces pues, el elemento “duda” tiene que recaer exclusivamente sobre la responsabilidad del acusado.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CVII, página 1088, Primera Sala. Visible con el número 1175, del Tomo II, Precedentes Relevantes, Volumen 1, página 548, del Apéndice al S. J. F. 1917-2000.

Esto es, no puede afirmarse que las excluyentes de responsabilidad deben quedar acreditadas plenamente para que tengan operancia a favor del reo; es decir, que la duda racional acerca de su existencia no le beneficia, y a la vez, sostener que el principio *in dubio pro reo* sólo tiene aplicación, precisamente, en el campo de la responsabilidad del acusado.

La tesis es desafortunada, porque, por un lado, veda la vigencia del principio *in dubio pro reo* en la acreditación del cuerpo del delito, pues si bien se venía sosteniendo que dicha demostración, incluso en el auto de formal procesamiento, habría de ser plena;¹³ de ello no se sigue la no vigencia de mérito, porque la defensa bien pudo, durante la instrucción, aportar pruebas que pusieren en duda esa acreditación. Por otra parte, la falta de precisión en su redacción provoca que el concepto de responsabilidad del acusado, entendido sólo como la identidad entre éste y el sujeto que realiza la conducta típica (que es al que se refiere la tesis), se confunda con el más amplio, y que se deriva de nuestra legislación procesal, que comprende

dos el delito y la responsabilidad—, bastará con restar del delito la responsabilidad; y si lo que se desea es conceptuar a la responsabilidad—definidos el delito y el cuerpo del delito—, lo indicado es sustraer del delito el cuerpo del delito. “El delito en el derecho de procedimientos penales”, *Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la UJAT*, núm. 1, p. 83.

¹³ Criterio que en la actualidad ya ha sido superado mediante la tesis 1a./LVII/2004, de rubro “ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA SU LIBRAMIENTO NO ES NECESARIO ACREDITAR EN FORMA PLENA EL CUERPO DEL DELITO”.

además de esa identidad: 1) la ausencia de causas de licitud, y 2) la ausencia de causas de inculpabilidad, que, en contrapartida, son los únicos aspectos a que se refiere la multicitada jurisprudencia de rubro “EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS”.

El siguiente criterio jurisprudencial, también de la anterior Primera Sala, corrobora la interpretación que de la anterior hemos realizado, esto es, que el principio *in dubio pro reo* sólo opera al momento en que se decide si el acervo probatorio demuestra o no que el acusado es la persona que actualizó los elementos de tipo penal del delito de que se trate.

DUDA ABSOLUTORIA. El estado de duda que implica la obligación legal de absolver al acusado, sólo produce efectos cuando la hesitación racionalmente fundada recae respecto a si el acusado cometió o no el delito que se le imputa.

Sexta Época:

Tomo II, Materia Penal, Jurisprudencia, Apéndice al S. J. F. 1917-2000, pág. 89.

IV. CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA QUE IMPIDE QUE LA DUDA DE LAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD FAVOREZCA AL INculpADO

Los únicos argumentos de la jurisprudencia cuestionada que merecen respuesta son: 1) que sólo en los casos que la ley establece se pueden presumir las excluyentes, y 2) que como es siempre el acusado quien aduce a su favor haber actuado al amparo de una excluyente de responsabilidad, en virtud del principio *probativo incumbit ei qui dicit, non qui negat*, le corresponde la carga de probarla.

Respecto del primero, lo consideramos absolutamente insostenible, porque no sólo desautoriza la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sino que parece proscribir la invocación de la prueba presuncional o circunstancial, para tener por acreditada, aun en forma plena, cualquier excluyente. Además del dato de que la ley establezca ciertos supuestos en que se presume la legítima defensa no se sigue que el juzgador no pueda, mediante la prueba indiciaria, consagrada en la legislación procesal y ampliamente aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, arribar al convencimiento pleno de la actualización de alguna excluyente.

Tocante al segundo, los tribunales españoles, con mayor amplitud, han tratado de explicar este argumento de la siguiente manera:

Ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de exención de responsabilidad (sentencia del 15 de febrero de 1995).¹⁴

La Suprema Corte colombiana, sobre el particular, ha expresado:

Para acoger la legítima defensa como causal de exclusión de la antijuridicidad, debe estar plenamente demostrada en todos sus elementos conformantes y no debe existir reparo probatorio de ninguna naturaleza que ponga en duda su existencia. Y ello tiene plena razón de ser, puesto que se trata de una causal de irresponsabilidad penal, en la que se encuentra demostrada la realización de la conducta, y en tales condiciones bastaría que cualquiera que hubiese afectado la vida o la integridad de otro ciudadano, la alegase para quedar relevado de responsabilidad penal y ello no es ni puede ser así, porque establecida la tipicidad del hecho, en este caso el homicidio, es menester que la causal de justificación alegada se encuentre, como se dijo, cabalmente comprobada con la misma claridad.¹⁵

No compartimos los anteriores argumentos, por lo siguiente:

No se discute que es al acusado a quien le corresponde aportar las pruebas que evidencien la causal de licitud o inculpabilidad que invoca, y que de no aportar éstas ni obrar en la causa, el Ministerio Público tampoco está obligado a aportar mayores pruebas que acrediten la no existencia de la referida causal, debiendo el órgano jurisdiccional desestimar la versión defensiva del inculcado, por no estar acreditada. Empero, lo anterior no riñe con la consideración, aquí sostenida, de que en observancia al principio *in dubio pro reo*, el acusado satisface su carga probatoria con generar en el juzgador la duda razonable, sobre la configuración de esa causal.

En efecto, cualquiera que resulte ser la causa de licitud (consentimiento del titular del bien jurídico afectado, legítima defensa, estado de necesidad,

¹⁴ Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, p. 83.

¹⁵ Para Quijano, Jairo, “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y principio de integración”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, p. 190.

o cumplimiento de un deber) o de inculpabilidad (inimputabilidad, error invencible, no exigibilidad de otra conducta o caso fortuito) invocada, ésta finalmente se encuentra sustentada ya sea en un hecho, circunstancia o estado pretéritos, susceptibles de no ser en absoluto probados o serlo menos o más, y en este entendido, como apunta Framarino, el espíritu humano puede encontrarse, con respecto a ella, en estado de ignorancia, de duda o de certeza.

Sobre el particular, Dellepiane asevera:

Recordemos que toda decisión judicial que remata un litigio entre partes, de igual modo que toda sentencia que pone fin a un proceso criminal, supone invariablemente, la determinación previa de la existencia o inexistencia de un hecho, sobre el cual, precisamente, debe recaer la aplicación de la ley que restablezca el equilibrio jurídico turbado, que dé a cada uno lo suyo, que absuelva o condene.¹⁶

Por otra parte, resulta inexacto que de abandonar el criterio jurisprudencial que se critica, se le impondría al órgano de acusación una carga indebida y hasta imposible, esto es, la de evidenciar la no concurrencia de la excluyente, en virtud de que si bien los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, a diferencia del de tipicidad, se realizan de manera negativa, constatando la no existencia de causas de licitud e inculpabilidad, no por ello es indebido e imposible que cuando la defensa aporte pruebas dirigidas a demostrar dichas causas, el Ministerio Público, como parte técnica acusadora y vigilante del proceso, también dirija su actividad, de ser el caso, a objetar y cuestionar esas probanzas, tomando parte activa en su desahogo, como pudiera ser repreguntando a los testigos o peritos y de ser necesario aportar al juicio la contraprueba, con todo el apoyo del aparato estatal; lo anterior, no solamente con la limitada finalidad de que los medios de prueba aportados por la defensa no generen convicción en el juzgador, sino de evitar que le produzcan una *duda razonable* de la existencia de la causal de licitud o inculpabilidad invocada. Esto es, no se trata de que invariablemente el Ministerio Público tenga que aportar pruebas y razonar con respecto a todas y cada una de las causales citadas, ni siquiera que una vez invocada alguna por el acusado o la defensa tenga que demostrar plenamente su inexistencia so pena de considerar que la simple versión defen-

¹⁶ Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 1977, p. 9.

siva será suficiente para absolver; sólo se trata de que evite que el juzgador no arribe a la certeza judicial de que la conducta típica realizada por el activo es también antijurídica y culpable, lo cual tampoco presupone la imposición de probar un hecho negativo, en cuanto a que se niegue un hecho y se admita la inercia y la nada en su lugar (negación sustancial); por el contrario, dada la naturaleza de las eximientes de responsabilidad en comento, ordinariamente, la negativa de éstas, de modo inmediato conlleva a tener que aceptar otro en su lugar (negaciones formales). En efecto, quien sostiene que no tuvo lugar un homicidio en legítima defensa, asevera a la vez que éste tuvo verificativo en circunstancias diferentes, o si alega que el acusado no es inimputable, sostiene que es imputable, etcétera.

Opinar en sentido contrario, no sólo nos conduce a negar el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, sino también el de que para condenar hace falta prueba plena¹⁷ y a variar la concepción del delito de una conducta típica, antijurídica y culpable a la de una conducta típica y probablemente antijurídica y culpable. El acusado es inocente tanto por no haber actualizado el tipo penal o por existir *duda razonable* respecto a ello, como por haber realizado esa conducta amparado en alguna causa de justificación o encontrarse en una situación que impide el reproche penal, o por existir *duda razonable* de que tales excluyentes se generaron.

A lo anterior habría que agregar, que si bien la presunción de intencionalidad, como se evidencia con la tesis de rubro “DUDA”, ya transcrita, sirvió de fundamento al criterio jurisprudencial cuestionado, su derogación en 1983 no hace *per se* que se invalide, porque finalmente el dolo y los elementos subjetivos específicos, en todo caso, tendrían que ver sólo con las eximientes de error y caso fortuito, así como con la no actualización del tipo. Luego, lo más importante de dicha derogación es la expresa aceptación del legislador de admitir que ello se hizo en observancia al principio de presunción de inocencia.

Al respecto, se encuentra la opinión de Francisco Galván González, quien con motivo de la derogación referida asevera:

¹⁷ El XVI Congreso Internacional de Derecho Penal declaró como una de sus conclusiones: “La presunción de inocencia constituye un elemento integrante del estado de derecho. La carga de la prueba recae en la parte acusadora, siendo el nivel de prueba requerido, bien de la íntima convicción, bien el del sistema establecido de prueba legal”, *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, mayo-agosto de 2000, p. 249.

La consecuencia de derecho penal procesal más importante fue que la carga de la prueba se invirtió, pues a partir de entonces es la autoridad quien debe demostrar la culpabilidad del procesado y no éste demostrar su inocencia. Después de trece años de esta reforma trascendental, los criterios de jurisprudencia relacionados con ella no han sido revisados, mucho menos declarados sin valor jurídico.

Y menciona las jurisprudencias de los tribunales colegiados de circuito que tienen los siguientes rubros: “EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. DEBEN DEMOSTRARSE PLENAMENTE”; “EXCLUYENTES, DEBEN PROBARSE PLENAMENTE”, Y “EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS”.¹⁸

Finalmente, se destaca que el tratadista Sentís Melendo se pronuncia respecto a la aplicación del principio *in dubio pro reo* en la concurrencia de eximientes, y da noticia de un fallo en Argentina, en donde se sostuvo que debía tenerse por acreditada la legítima defensa alegada por el autor del homicidio, aunque existieran dudas sobre la veracidad de algunos puntos de su confesión, así como de la jurisprudencia italiana, que resolvió que “la duda sobre circunstancias de no punibilidad debe resolverse en la absolución por insuficiencia de pruebas”.¹⁹

V. CONCLUSIONES

El añejo criterio jurisprudencial de que las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse en forma plena para que tengan operancia a favor del acusado riñe abiertamente con el principio de presunción de inocencia, específicamente con el *in dubio pro reo* que de él se deriva.

Dicha inobservancia violenta los diversos pactos internacionales suscritos por nuestra nación, la ley suprema y la legislación secundaria, que de manera específica e implícita consagran el mencionado principio de presunción de inocencia.

Las escasas razones que la propia jurisprudencia externa con la pretensión de justificar su sentido, técnicamente son falsas, ya que la posición contraria no orilla al Ministerio Público a probar un hecho sustancialmente negativo.

¹⁸ Galván González, Francisco, “La evolución de la jurisprudencia penal a raíz de los cambios legislativos y de la influencia dogmática”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. especial 1o. agosto de 1999, CEPOLCRIM, pp. 366 y 367.

¹⁹ Sentís Melendo, Santiago, *op. cit.*, nota 9, pp. 99 y 100.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel *et al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, tomo 1.
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, 9a. ed., Bogotá, Temis, 1997.
- FRAMARINO DEI MALATESA, Incola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, 5a. ed., Bogotá, Temis, 1992, volumen 1.
- GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, “La evolución de la jurisprudencia penal a raíz de los cambios legislativos y de la influencia dogmática”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. especial 1, agosto de 1999, CEPOLCRIM.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, “El delito en el derecho de procedimientos penales”, *Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la UJAT*, núm. 1.
- MALO CAMACHO, Gustavo, “La reforma al Código Penal. Parte general. Algunos comentarios”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, PGR, 1984.
- MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, 3a. ed., Madrid, Imprenta de la Revista de la Legislación, 1877.
- MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, 1999.
- PARRA QUIJANO, Jairo, “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y principio de integración”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 2001.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, EJEA.