

472

2ef



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA UBICACION SISTEMATICA DE LA  
ANTI JURIDICIDAD EN LAS RESOLUCIONES  
JUDICIALES**

**T E S I S**

Para la obtención del título de  
**LICENCIADO EN DERECHO**

**p r e s e n t a**

**OSCAR MERINO GUZMAN**



Asesor: Licenciado **ROBERTO AVILA ORNELAS**

**México, D. F.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**1997**





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## DEDICATORIAS

**a mi esposa:**

**ESTHER**

por el apoyo incondicional que me ha brindado  
durante este tiempo.

**a mi hijo:**

**AMAURI AXAYAKATL**

porque al llegar a mi vida me dio no sólo  
alegría, sino también el aliento  
para obtener este logro.

**a mis padres :**

**JUAN Y NOEMI**

con todo mi amor y respeto,  
porque siempre me han apoyado  
y respetado mis decisiones.

**a mis hermanos:**

**RUBEN Y ELVIRA**

por la motivación que me han dado.

**a mis más grandes amigos:**

**ARTURO, LUZ MARIA, J. CESAR, MARISELA.**

A los demás, tanto CCHros como universitarios  
por los momentos que hemos compartido  
y que van más allá de una simple amistad.

a todos aquellos que de un modo u otro  
han compartido mi vida y que me han ayudado  
en los momentos en que los he necesitado,  
y que intervinieron para lograr esta meta.

## DEDICATORIAS

a mi esposa:

**ESTHER**

por el apoyo incondicional que me ha brindado  
durante este tiempo.

a mi hijo:

**AMAURI AXAYAKATL**

porque al llegar a mi vida me dio no sólo  
alegría, sino también el aliento  
para obtener este logro.

a mis padres :

**JUAN Y NOEMI**

con todo mi amor y respeto,  
porque siempre me han apoyado  
y respetado mis decisiones.

a mis hermanos:

**RUBEN Y ELVIRA**

por la motivación que me han dado.

a mis más grandes amigos:

**ARTURO, LUZ MARIA, J. CESAR, MARISELA.**

A los demás, tanto CCHros como universitarios  
por los momentos que hemos compartido  
y que van más allá de una simple amistad.

a todos aquellos que de un modo u otro  
han compartido mi vida y que me han ayudado  
en los momentos en que los he necesitado,  
y que intevinieron para lograr esta meta.

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero agradecer en especial al Licenciado **ROBERTO AVILA ORNELAS** por haberse molestado en brindarme mucho de su tiempo para la realización del presente trabajo.

Al Licenciado **RICARDO OJEDA GANDARA**, mi eterno agradecimiento por haberme enseñado que el derecho penal es una de las ramas, no sólo más importantes, sino de las más delicadas en la actividad profesional que desempeñamos, pero que con el suficiente esfuerzo de cada uno de nosotros lo podemos mejorar para el bien de todos.

A todos y cada uno de mis maestros durante la licenciatura, por haber compartido sus conocimientos y sabios consejos.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por abrirme sus puertas y orjarme en ella como profesionista.

## CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>viii</b>
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	
<b>LA TEORÍA DEL DELITO DE ACUERDO AL SISTEMA CAUSALISTA</b>	
<b>A LA TEORÍA DEL DELITO</b>	<b>1</b>
1. ANTECEDENTES	1
2. LA ESCUELA CLÁSICA	4
3. LA ESCUELA POSITIVISTA	5
4. LA TEORÍA UNITARIA Y ESTRATIFICADA DEL DELITO	6
<b>B EL SISTEMA CAUSALISTA</b>	<b>8</b>
1. ACCIÓN U OMISIÓN	10
a) manifestación de la voluntad	12
b) resultado	12
c) nexa causal	13
2. AUSENCIA DE ACCIÓN U OMISIÓN	14
3. TIPICIDAD	15
4. ATIPICIDAD	18
5. ANTIJURIDICIDAD	20
6. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	21
7. IMPUTABILIDAD	23
8. INIMPUTABILIDAD	25
9. CULPABILIDAD	26

10.	<b>DOLO</b>	27
	a) dolo directo	27
	b) dolo indirecto	28
	c) dolo eventual	28
11.	<b>LA CULPA</b>	28
12.	<b>LA PRETERINTENCIONALIDAD</b>	30
13.	<b>LA INculpABILIDAD</b>	31

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **LA TEORÍA DE DELITO DE ACUERDO AL SISTEMA FINALISTA**

A	<b>FUNDAMENTO DE LA TEORÍA FINALISTA</b>	34
	1. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA FINALISTA	36
	2. EL LIMITE ESTATAL DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA FINALISTA	37
	3. LA ACCIÓN FINALISTA	38
B	<b>LA ACCIÓN FINALISTA</b>	41
	1. ACCIÓN U OMISIÓN	41
	2. FALTA DE ACCIÓN U OMISIÓN	43
	3. TIPICIDAD	44
	a) objetiva	47
	b) subjetiva	48
	4. CAUSAS DE ATIPICIDAD	50
	5. ANTIJURIDICIDAD O INJUSTO PENAL	51
	6. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	53
	7. CULPABILIDAD	54
	a) imputabilidad	55
	b) conciencia de la antijuridicidad	56
	c) exigencia de otra conducta	57
	8. CAUSAS DE INculpABILIDAD	58

**CAPITULO TERCERO**  
**LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y**  
**LA PROBABLE RESPONSABILIDAD**

<b>A</b>	<b>FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES</b>	<b>61</b>
<b>B</b>	<b>EL MINISTERIO PUBLICO</b>	<b>64</b>
	1. CONCEPTO	64
	2. PRINCIPIOS CARACTERIZADORES DEL MINISTERIO PUBLICO	65
	3. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO	66
<b>C</b>	<b>COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL</b>	<b>67</b>
	1. AVERIGUACIÓN PREVIA	67
	a) denuncia o querrela	68
	b) flagrancia	72
	c) la acción penal	72
	2. PEDIMENTO DEL MINISTERIO PUBLICO AL EJERCER LA ACCIÓN PENAL SIN DETENIDO	75
	a) ORDEN DE APREHENSION	75
	b) ORDEN DE COMPARECENCIA	78
	c) CINTA AL INCLUPADO	79
	3. AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL	81
	a) declaración preparatoria	81
	b) término para resolver la situación jurídica del inculpado	83
	4. COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD	85
	a) elementos del tipo penal	86
	1 elementos esenciales del tipo	87
	2) elementos eventuales	88
	b) la probable responsabilidad	90



## **CAPITULO CUARTO**

### **LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

<b>A</b>	<b>EL TIPO PENAL</b>	<b>93</b>
	1. ASPECTO SUSTANTIVO DEL TIPO PENAL	94
	2. ASPECTO PROCESAL	95
<b>B</b>	<b>LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES</b>	<b>105</b>
	1. La antijuridicidad como elemento del tipo penal	106
	2. La antijuridicidad como elemento independiente	108
	3. La antijuridicidad como elemento de la culpabilidad	109
<b>C</b>	<b>EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS</b>	<b>111</b>
	1. EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS. CONCEPTO	112
	2. MOMENTO EN QUE SE PROMUEVE	113
	3. EFECTOS	117
<b>D</b>	<b>RELACIÓN ENTRE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS</b>	<b>119</b>
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>122</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>126</b>

## **INTRODUCCION**

Como bien sabemos, en México se han venido dando importantes reformas en materia penal, tanto en la ley sustantiva como en la adjetiva a la materia; esto ha sido un proceso nada fácil; sin embargo se ha logrado cambiar nuestras leyes penales, empezando por la constitución política, documento en que se plasman nuestras mínimas garantías de libertad y seguridad jurídica.

Nos encontramos ante una verdadera fase de transición respecto a la forma en que se ve tanto al delito como al delincuente, incluso la forma en que se debe sancionar a éste. Nuestras normas vigentes ya se adecuan más a los que establece la doctrina, ya no hay tanta discrepancia entre lo que se enseña en las aulas de nuestras universidades y lo que tenemos que aplicar en la práctica penal.

Así, el presente trabajo trata de hacer un breve comentario sobre las doctrinas de la teoría del delito, ya que inicialmente hacemos mención de la teoría causalista, cuyo fundamento en el nexo de causalidad existente entre la conducta y el resultado que se produce como consecuencia de la voluntad, sin que para ello intervenga el fin o propósito que se planteó el sujeto para desplegar su conducta.

En un segundo apartado nos abocamos al análisis del estudio del delito desde el sistema de la acción final, en donde se toma en cuenta, como elemento del tipo, a la voluntad y el fin al que se dirige el elemento volitivo del agente para producir uno u otro resultado, desde esta perspectiva se considera al dolo y la culpa como un elemento de la tipicidad y no como un elemento de la culpabilidad como lo estudian los causalistas.

Posteriormente se habla de las reformas tanto a la constitución federal como a las leyes secundarias, obviamente en materia penal, mismas que tuvieron su mayor auge a partir de septiembre de 1993 (en cuanto a la reforma constitucional) y a partir de enero de 1994 respecto a los códigos pena y de procedimientos penales. En este capítulo hacemos un breve análisis de los requisitos que debe satisfacer el Ministerio Público para ejercer la acción penal y con ello excitar al órgano jurisdiccional para que libre cualquier orden de aprehensión o comparecencia así como la manera en que debe estar motivado un auto de formal procesamiento, y con ello pretendemos sostener el alcance del nuevo artículo 122 del código de procedimientos penales.

Finalmente, en el último capítulo entramos a un estudio un tanto más profundo sobre el artículo 122 que antes señalamos, y principalmente por la forma en que se debe ubicar a la antijuridicidad en las resoluciones que emite el juez, ya sea desde la misma orden de aprehensión o en el auto de formal procesamiento,

ello con el fin de quede bien claro cuáles serían los efectos que produciría el conceder la libertad a través de la sentencia interlocutoria que se pronunciara mediante el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, esto en virtud de que hay tres criterios distintos sobre la ubicación sistemática de la antijuridicidad en tales resoluciones y que finalmente dependiendo del criterio de cada juez es como dicha libertad puede producir unos u otros efectos.

# LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

## CAPITULO PRIMERO

### A) LA TEORÍA DEL DELITO DE ACUERDO AL SISTEMA CAUSALISTA.

#### 1. ANTECEDENTES

Tradicionalmente suele distinguirse al derecho penal en subjetivo y objetivo.

El derecho penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar (IUS PUNIENDI), es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos actos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción está contenido el fundamento filosófico del derecho penal.

En sentido objetivo el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Este concepto es el que encierra el fundamento del derecho penal positivo.

Sólo el Estado es el titular del Derecho Penal. Definir los delitos, determinar las penas y medidas de corrección y de seguridad es exclusiva facultad suya, fuera del Estado no hay verdadero derecho penal. Pero esa facultad punitiva no es ilimitada, tiene sus fronteras infranqueables en los derechos de la persona.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Decimo Octava Edición. Ed. Bosch. España, 1981. págs. 7 y 8.

A lo largo del tiempo la función represiva se ha orientado con diversas rutas según los distintos pueblos. Los estudiosos de la materia agrupan en cuatro periodos las tendencias que ofrecen algunas notas comunes a saber: el de la venganza privada, de la venganza divina, de la venganza pública y el periodo humanitario, aunque hay otros que mencionan un quinto periodo, llamado el periodo científico, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios. Asimismo, cabe señalar que durante cada uno de estos periodos aparece dominante el principio de donde toman su nombre.<sup>2</sup>

*De la VENGANZA PRIVADA.* Por regla general, afirman los investigadores, que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza. Pero esta venganza, ya sea individual, la practicada de individuo a individuo o la realizada de un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una forma de reacción propiamente penal, es puramente personal y la sociedad permanece extraña e indiferente. Solamente cuando la sociedad se pone de parte del vengador, reconoce la legitimidad de su venganza y le ayuda en caso necesario, es cuando puede hablarse de venganza privada, equivalente de la pena. La venganza dio origen a grandes males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias y para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, atenuase ésta por medio del talión, según el cual no podía inferirse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima. Su fórmula fue ojo por ojo y diente por diente. Con el transcurso del tiempo apareció otra limitación de la venganza, la composición, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y de los suyos, mediante el pago de dinero u objetos de valor, el derecho de venganza.

---

<sup>2</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal (parte general). Trigésimo Segunda Edición, Ed. Porrúa, México. 1993, pág. 31

*De la VENGANZA DIVINA* La represión penal tiene por fin el aplacamiento de la divinidad ofendida por el delito. La justicia criminal se ejerce en nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre, las penas se imponen para que el delincuente expie su delito y la divinidad deponga su cólera.

En el momento denominado *de la VENGANZA PUBLICA*, la represión penal aspira a mantener, a toda costa, la paz y la tranquilidad social, fin que se intenta conseguir mediante el terror y la intimidación que causan la frecuente ejecución de duras penas. Reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, a los nobles se les imponían penas suaves, para los plebeyos se reservaban los castigos más duros. Por último, dominaba la más completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso, podían incriminar hechos no penados.

Bajo este influjo nace un nuevo periodo del derecho penal, *el HUMANITARIO*, lo preparan los escritos de Montesquieu, D'alambert, Voltaire y Rousseau, pero su realizador fue el milanés César Beccaria, quien en su libro "De los Delitos y Las Penas" (1764), pasó revista al derecho penal reinante, combatió la pena de muerte, la proscripción, la confiscación, las penas infamantes, la tortura, la talla, el procedimiento inquisitivo, y abogó ardientemente por la atenuación de la penalidad, por la legalidad de las penas, por la protección del acusado mediante garantías procesales.<sup>3</sup>

*La etapa CIENTIFICA* se inicia con la obra del Marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara, quien es el principal exponente de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

Algunos autores señalan como principios del periodo científico las doctrinas de los positivistas de la pasada centuria; no obstante, tales estudios no forman parte del derecho penal, los positivistas confeccionaron ciertas causales explicativas de la criminalidad, pero

---

<sup>3</sup> CUELLO CALÓN. Ob C II págs. 58-61.

no derecho normativo por esencia. Por otra parte, para la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad en forma ordenada o sistemática.<sup>4</sup>

## 2. LA ESCUELA CLÁSICA

Para hablar de las escuelas penales debemos, primeramente, entender por éstas "el cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones".<sup>5</sup>

Por principio de cuentas, se dice que el término "escuela clásica", fue empleado como mote o en sentido peyorativo a quienes en lo jurídico penal siguieron una determinada línea de pensamiento, que a despecho de considerar grandioso, simplemente los estimaron como caducos; dado que se trata de pensamientos de contenido heterogéneo, que engloba tendencias distintas, incluso opuestas, que llegaron a combatirse entre sí. La escuela clásica se caracteriza por su índole filosófica, por su sentido liberal y humanitario.

La escuela clásica es una corriente de pensamiento que se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, con la obra de Beccaria, Carrara, entre otros; siendo una corriente de pensamiento eminentemente político criminal.

Así, y a pesar de la diversidad de pensamientos existente entre sus expositores, podemos señalar como principios comunes los siguientes:

- Utilizan el método lógico abstracto, puesto que el derecho penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología.

---

<sup>4</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. pág. 36.

<sup>5</sup> SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tercera Edición. Ed. Bosch. España. 1982, pág. 123.



- La imputabilidad se encuentra basada en el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo que no podía concebirse el derecho penal sino se constituía sobre estas bases.
- El delito como ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un ente de hecho, sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de derecho penal.
- La pena se concibe como un mal y como un medio de tutela jurídica.<sup>6</sup>

### 3. LA ESCUELA POSITIVA O POSITIVISTA

En esta escuela se empieza a estudiar al delito y al delincuente, para ello se utiliza el método experimental, se aplica la etiología de la criminalidad mediante el influjo de factores individuales, físicos y sociales.

Para esta corriente, el delincuente, al encontrarse determinado por los factores que ya hemos mencionado, debe ser sujeto a medidas de seguridad y no a penas, porque en él carece de sentido la pena con finalidades represivas, puesto que al no haber podido obrar libremente no puede ser obligado a actuar conforme a la ley por la amenaza de la pena, ya que si lo hace, la pena en sí no va a variar a los factores que determinaron esa conducta. En consecuencia, el derecho penal debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social.<sup>7</sup>

Los principios fundamentales de la escuela positiva, pueden señalarse de la siguiente manera:

<sup>6</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Compilador Enrique Figueroa. Lecciones de Derecho Penal*. "colección Clásicos del Derecho". Ed. Pedagógica Iberoamericana. México, 1995. pág. 22.

<sup>7</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio A. *Teoría del Delito*. "Sistemas Causalista y Finalista". Segunda Edición. Ed. Porrúa. México, 1995. pág. 6.

- El delito es un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico.
- El delincuente es biológica y psíquicamente un anormal.
- La creencia en el libre albedrío de la libertad humana es una ilusión. La voluntad humana está determinada por influjos de orden físico, psíquico y social.
- Como consecuencia de esta concepción determinista, la responsabilidad penal deja de fundamentarse sobre la imputabilidad moral, construyéndose sobre la base de la responsabilidad social.
- La función penal tiene como fin la defensa social. <sup>a</sup>

#### 4. LA TEORÍA UNITARIA Y ESTRATIFICADA DEL DELITO

La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestación del mismo. En consecuencia, la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y las formas de aparición.

Así, para conocer la composición del delito se ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) la totalizadora o unitaria, y
- b) la analítica o atomizadora.

a) Los unitarios consideran al delito como un "bloque monolítico", presentándose como "una entidad que no se deja dividir en elementos diversos", es decir, el delito es un todo orgánico, el cual puede presentarse en aspectos diversos, pero no es de ningún modo

---

<sup>a</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. Ob Cit. pág. 52

fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo, en su intrínseca unidad.

b) La concepción analítica estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolo en conexión íntima al existir vinculación indisoluble entre ellos en razón de la unidad del delito.<sup>9</sup>

Dentro de la concepción atomizadora encontramos que el delito puede ser estudiado de acuerdo al número de elementos que lo integren, es decir, de manera dicotómica, bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, exatómica, heptatómica. Concepciones que desde la bitómica hasta la eptatómica puede formarse con distintos elementos.

Así, tenemos que la primera exposición sistemática de los elementos del delito se encuentran en el pensamiento de Franz Von Liszt, quien habla del acto humano, de la antijuricidad y de la culpabilidad, así como de la punibilidad como elementos del delito, posteriormente Bebing introduce a la teoría del delito el concepto de tipicidad, tal como lo veremos más adelante.

De esta manera, podemos presentar el siguiente cuadro, con los elementos que integran el delito, esto dependiendo de los autores, ya que como se desprende de líneas anteriores, el delito se integra de dos a siete elementos y a la vez se presenta el elemento negativo de estos.

---

<sup>9</sup> PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Décimo Sexta Edición. Ed. Porrúa, México. 1994. pág. 197.

## ELEMENTOS DEL DELITO

## ASPECTO POSITIVO

1. ACCIÓN.
2. TIPICIDAD.
3. ANTIJURIDICIDAD
4. IMPUTABILIDAD.
5. CULPABILIDAD.
6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
7. PUNIBILIDAD.

## ASPECTO NEGATIVO

1. FALTA DE ACCIÓN.
2. ATIPICIDAD.
3. CAUSAS DE JUSTIFICACION
4. INIMPUTABILIDAD.
5. INIMPUTABILIDAD.
6. AUSENCIA DE CONDICIONES.
7. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.<sup>10</sup>

## B EL SISTEMA CAUSALISTA.

El sistema causalista de la teoría del delito, se inicia en el año de 1881, con la obra del autor alemán de nombre FRANZ VON LISZT, que es el Tratado de Derecho Penal, obra en la que se plantea por primera vez lo que es la dogmática penal en su sentido moderno, es decir, se plantea el estudio del delito de una manera sistemática.

Esta corriente de estudio del delito o del derecho penal tiene como fundamento la distinción entre el aspecto externo (objetivo) y el aspecto interno (subjetivo) del delito. El primero abarca la acción, entendida esta en sentido naturalista, como la causación de un cambio en el mundo exterior por un movimiento corporal querido, esto es, tanto esa misma conducta como el resultado externo causado por ella, y, además, también eventuales modalidades de la acción. Este aspecto externo representa el tipo y constituyen en la medida que otros aspectos jurídicos no se opongan -la antijuridicidad. El aspecto interno del

<sup>10</sup> Cabe mencionar que el objetivo del presente trabajo no es el de adherirnos a una u otra corriente con respecto de los elementos integradores del delito, sin embargo, es necesario el mencionarlos para una mejor comprensión de los temas.

delito se refiere por completo a la culpabilidad. La culpabilidad es la relación psíquica del autor con el aspecto externo del hecho. Esa relación Psíquica toma las formas de dolo o culpa, que son las clases de la culpabilidad, y la imputabilidad es su condición previa.

La contraposición objetivo-subjetiva es idéntica a la contraposición antijuridicidad-culpabilidad, tentativa y consumación, autoría y participación se resumen como formas en que se presenta el delito, como modificaciones de la forma fundamental caracterizada por la acción ejecutiva y el resultado. <sup>11</sup>

En el antiguo derecho penal las características delictuales de la antijuridicidad y culpabilidad se confundían en una sola exigencia, por consiguiente el delito se distinguía únicamente en el aspecto material (acción humana) y en el aspecto moral (imputabilidad). El término imputabilidad, que en la actualidad podemos traducir mejor como culpabilidad, envolvía la desvaloración de la acción desplegada.

Los autores alemanes afirman que fue Rudolf Von Jhering quien separó dentro de esa amplia imputabilidad, una contrariedad de la acción con las normas jurídicas (antijuridicidad) y una censura a la disposición anímica del sujeto (culpabilidad). A partir de entonces domina en la sistemática del delito una doble clasificación de la conducta humana: ella ha de ser antijurídica -como calidad objetiva y culpabilidad -calidad subjetiva-. En consecuencia, será delito la conducta antijurídica y culpable; sin embargo, en el año de 1906, Ernesto Beling incorpora a la teoría del delito el concepto de tipicidad y a partir de entonces se tendrá al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, como común denominador en materia del delito. <sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> BUSCH, Richard. Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito. Ed. Temis COLOMBIA. 1969.

pág.

<sup>12</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo.. Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal. Ed. Juricentro. Chile. 1980. págs. 21-23.

Expuesto lo anterior, podemos pasar a analizar cada uno de los elementos que fueron señalados en el cuadro presentado en líneas anteriores, tanto el aspecto positivo como su correspondiente aspecto negativo, para lo cual, empezaremos por el primer elemento, que es:

## **1 ACCIÓN U OMISIÓN.**

A través del tiempo se ha tenido la problemática en cuanto a la terminología utilizada para identificar a la acción, ya que también se utilizan las palabras conducta, hecho, acto; o sea, no hay uniformidad en cuanto a la identificación de este primer elemento del delito; sin embargo y para efectos del presente trabajo nos referiremos a él como conducta o acto, utilizando estos vocablos como sinónimos y en amplio sentido.<sup>13</sup>

Hecho lo anterior, y utilizando las palabras de Luis Jiménez de Asúa, podemos decir que "el acto es la manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".<sup>14</sup>

El acto comprende también a la omisión, según se desprende del concepto que acabamos de mencionar, puesto que por omisión debemos entender el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte. La omisión es la conducta inactiva, pero para que haya omisión, ésta inactividad debe ser voluntaria, además de que debe existir la norma penal que establezca un deber de hacer.

---

<sup>13</sup> Para efectos de este estudio, señalamos a la conducta como un elemento del delito, aún cuando sabemos que ésta es el presupuesto del mismo.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob Cit. pág. 137.

Expuesto lo anterior, podemos pasar a analizar cada uno de los elementos que fueron señalados en el cuadro presentado en líneas anteriores, tanto el aspecto positivo como su correspondiente aspecto negativo, para lo cual, empezaremos por el primer elemento, que es:

### **1 ACCIÓN U OMISIÓN.**

A través del tiempo se ha tenido la problemática en cuanto a la terminología utilizada para identificar a la acción, ya que también se utilizan las palabras conducta, hecho, acto; o sea, no hay uniformidad en cuanto a la identificación de este primer elemento del delito; sin embargo y para efectos del presente trabajo nos referiremos a él como conducta o acto, utilizando estos vocablos como sinónimos y en amplio sentido.<sup>13</sup>

Hecho lo anterior, y utilizando las palabras de Luis Jiménez de Asúa, podemos decir que "el acto es la manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".<sup>14</sup>

El acto comprende también a la omisión, según se desprende del concepto que acabamos de mencionar, puesto que por omisión debemos entender el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte. La omisión es la conducta inactiva, pero para que haya omisión, esta inactividad debe ser voluntaria, además de que debe existir la norma penal que establezca un deber de hacer.

---

<sup>13</sup> Para efectos de este estudio, señalamos a la conducta como un elemento del delito, aún cuando sabemos que ésta es el presupuesto del mismo.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob Cit. pág. 137.

Por otra parte, tenemos que la conducta es, en un principio, equiparable a cualquier fenómeno de la naturaleza y va a considerarla precisamente como un mero proceso causal que no tiene mayor sentido porque no nos indica ese proceso causal hacia dónde encamina el sujeto su actividad.

El concepto causalista de conducta fue apoyado sobre la base filosófica del positivismo mecanicista. Todo son causa y efecto, dentro de un mecanismo que es el universo y, la conducta humana, como parte del mismo, también es una sucesión de causas y efectos. Para esta teoría causal de la acción, se trata de una "inervación muscular", es decir, un movimiento voluntario -no reflejo- , pero en el que carece de importancia o se prescinde el fin a que esa voluntad se dirige, así y en otros términos, acción es un movimiento (o no movimiento) hecho con voluntad de moverse (o permanecer inactivo) que causa un resultado.<sup>15</sup>

El acto comprende también a la omisión.

La omisión es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte, pero para que haya omisión, esta inactividad ha de ser voluntaria. Para la existencia de la omisión penal se necesita que la norma penal establezca un deber de hacer.

Para los causalistas la acción debe ser voluntaria, refiriéndose únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde solo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material.

El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal "ciego", es decir, donde no interesa el sentido o fin de la acción, lo importante es la fase externa, la interna

---

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. Segunda Reimpresión. México, 1994, págs. 369 y 370.



corresponde a otro nivel, específicamente a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo.

De lo anterior se afirma que la conducta o acción se integra de tres partes a saber: a) en primer lugar tenemos un movimiento corporal; luego tenemos b) un resultado que deviene de ese movimiento corporal, para finalmente relacionar a ese resultado con la conducta, o sea, c) un nexo de causalidad entre los dos componentes primeramente mencionados. Y una vez que se encuentren debidamente integrados y relacionados dichos elementos entonces afirmamos la existencia de una conducta humana.

**a) manifestación de la voluntad.**

la manifestación de la voluntad consiste en la actividad externa del hombre; consiste en el elemento volitivo del sujeto, en su conocimiento psíquico, en el querer de la voluntad.

El acto exterior ha de ser consciente y espontáneo, no debe ser forzado ni violentado, que es en lo que consiste la voluntariedad, pudiendo consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo, tal voluntariedad siempre estará enfocada hacia el comportamiento y no al resultado producido.<sup>16</sup>

**b) resultado**

El resultado es el cambio en el mundo exterior causado por la manifestación de la voluntad o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta; sin embargo, el resultado no es el solo daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. El peligro corrido del que habló elegantemente Carrara, es el resultado en la

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1991, pág. 174.

tentativa. "no se produjo muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se altero el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima".<sup>17</sup>

el resultado debe entonces entenderse como aquella parte de la conducta humana que lesiona o amenaza, inmediata o directamente, los bienes o intereses (eventualmente derechos subjetivos) de principal importancia, pertenecientes al sujeto pasivo del delito y de cuya realización la ley hace depender la perfección jurídica del delito y, por ende, la existencia misma del delito.

#### c) nexa causal

El nexa causal o relación de causalidad consiste en precisar la incriminación que se hace a un individuo, el cual produjo un resultado al haber desplegado la acción, ya sea ejecutada -acción stricto sensu- o la acción esperada -omisión-. La relación causal se presenta cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana sin que deje de producirse el resultado concreto.<sup>18</sup>

Entre las teorías más destacadas, podemos encontrar la de la equivalencia de las condiciones (condictio sine qua non) de Von Buri<sup>19</sup>, quien señala que " el resultado debe ser causado -provocado- por un movimiento corporal, el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efectos (en relación de causalidad). Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiere tenido lugar sin aquél; es decir, cuando no se puede suponer suprimido (sic) el movimiento corporal, sin que dejarse de producir el resultado ocurrido (condictio sine qua non). Naturalmente que, desde

---

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit. págs. 138 y 139.

<sup>18</sup> Ibidem, pág. 144.

<sup>19</sup> Citado por Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Ed. Lozada, Cuarta Edición. Argentina 1963, pág. 554.

este modo sólo consideramos el resultado en forma concreta... todas las condiciones del resultado son, por consiguiente, del mismo valor".

Ahora bien, la conducta humana desde este punto de vista no es más que un conjunto de relaciones. En primer lugar hay que establecer una relación entre la voluntad y el movimiento corporal para efecto de determinar que ese movimiento corporal ha sido producto de la voluntad. Y luego otra relación de causalidad que debe darse entre el movimiento corporal y el resultado o sea el cambio en el mundo exterior.

Por otro lado, la voluntad, si bien constituye un ingrediente esencial de la conducta humana, a esa voluntad hay que dividirla en dos grandes partes.

Una primera parte que es lo que se vincula con el aspecto externo de la propia conducta, que se conoce con el nombre de manifestación de la voluntad. Y por otra parte que se relaciona con el aspecto interno de la persona, que se conoce con el nombre de contenido de la voluntad.

Así, la voluntad se divide en aspecto externo -vinculado al movimiento corporal-, lo que se desarrolla en el mundo exterior y que no nos indica cuál es el sentido que el sujeto imprime a su actividad, qué es lo que el individuo se ha propuesto en cada caso concreto, concluyéndose que la conducta está estructurada por elementos objetivos o externos.

## 2. AUSENCIA DE ACCIÓN U OMISIÓN

La ausencia de acción u omisión es el elemento negativo de la acción, es un aspecto que impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Dentro de las causas en que se refleja la falta de conducta tenemos las siguientes:

- Bis Absoluta o fuerza física exterior irresistible de naturaleza humana, consistente en que por un movimiento corporal provocado por un agente externo al individuo quien no tiene el elemento volitivo para realizar la conducta, produce un resultado material, o como lo señala Zaffaroni<sup>20</sup>, "por fuerza física irresistible debe entenderse aquellos supuestos que se operan sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica".
- La Bis mayor, que es la fuerza física exterior irresistible metahumana.
- Los llamados estados de inconsciencia, consistentes en que en el hecho no intervienen los centros altos del cerebro o cuando lo hacen en forma altamente discontinua o incoherente<sup>21</sup>. Así, como estados de inconsciencia tenemos el sueño, el trance hipnótico, el sonambulismo y los actos reflejos.

En resumen, la ausencia de acción u omisión se presenta cuando el sujeto realiza un movimiento corporal de carácter involuntario, que produce un resultado típico, pero el cual no le puede ser atribuido, porque únicamente fue un instrumento involuntario de otro sujeto, o bien, por no tener dominio o voluntad de esos movimientos corporales.

### 3. TIPICIDAD.

Dentro del sistema causalista, tenemos como segundo elemento positivo del delito a la tipicidad, concepto que es introducido a la materia en el año de 1906, y cuyo creador fue Ernesto Beling<sup>22</sup>, y a través del cual se da a este elemento una función sistematizadora en la teoría del delito, y con ello surge también el principio "nullum crime, nulla poena sine lege".

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob Cit. pag. 380.

<sup>21</sup> Ibidem. pag. 385

<sup>22</sup> ORELLANA VIARCO. Ob Cit. pag. 26

El tratadista antes mencionado hace un análisis del delito de acuerdo a los contenidos de la ley penal, es decir, analiza específicamente el concepto del delito, sus elementos, cómo se dan estos, dónde se ubican determinados componentes del delito así como cuándo afirmar la no existencia del delito por la falta de alguno de sus elementos.

De este modo tenemos que la mayor aportación de Belig, que como se ha dicho en líneas anteriores, es el haber establecido un nuevo concepto en el derecho penal, que son el concepto de tipo y de tipicidad.

Para poder manifestar lo que es propiamente la tipicidad, primero nos debemos remitir al concepto de tipo penal, figura que, según Jiménez de Asúa<sup>23</sup> consiste en la "abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los delitos innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".

Así tenemos que el tipo penal es la parte de la ley penal que se ocupa de describir lo que es la materia de regulación de la norma penal o en otras palabras, es la descripción de la conducta humana. Es necesario que exista la ley en donde se describa la conducta que la norma prohíbe u ordena, y que es precisamente el tipo penal y por otra parte también debe de señalarse la consecuencia jurídica a esa conducta, que consiste en la punibilidad o la pena correspondiente.

En consecuencia hemos de señalar que la tipicidad consiste en el encuadramiento de la conducta desplegada por el individuo a la hipótesis descrita en la ley.

La evolución del tipo penal la podemos reseñar en tres grandes etapas:

La primera, conocida también como etapa de independencia, en la cual la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad; la tipicidad es un elemento de la ley penal, es la adecuación de la conducta al tipo descrito en la ley; mientras que la antijuridicidad es el juicio de valor que se da a esa

---

<sup>23</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*. Ob Cit. pág. 154.

conducta, es decir, si la acción se valora como contraria a derecho o se encuentra amparada por alguna causa de justificación.

En la segunda fase, se asigna a la tipicidad un carácter indiciatorio con respecto de la antijuridicidad, se dice que la conducta es típica y antijurídica, ya que la tipicidad es el presupuesto inmediato de aquella, definiéndola como la *ratio cognoscendi* (razón de conocer) de lo antijurídico.

Así es como llegamos a la tercera fase, en la que se establece que la antijuridicidad es la *ratio essendi* (razón de ser), toda vez que para que haya antijuridicidad se necesita de una conducta típica, que en ocasiones puede ser jurídica o conforme a derecho.

La tipicidad se integra en este sistema (causalista) por elementos meramente objetivos, siendo estos de índole descriptiva o normativa, según el tipo lo requiera, y también, en ocasiones se puede integrar de con elementos subjetivos (los cuales toma como necesarios el sistema finalista, según lo veremos más adelante).

Por lo que hace a los elementos objetivos descriptivos, tienen como contenido la descripción de la conducta, lo cual se hace mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible, utilizando para ello un verbo principal: privar de la vida, apropiarse sin derecho, etcétera.<sup>24</sup>

Son los elementos que se pueden apreciar o constatar a través de los sentidos, o sea, son elementos que se pueden ver, tocar, y en fin, aquellos que son susceptibles de ser apreciados por el individuo común.

---

<sup>24</sup> MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, "parte general". Reimpresión a la Tercera Edición. Ed Trillas, México, 1994, págs 18 y sigs.

Sin embargo, se destaca que en el sistema causal se excluye del tipo penal a los elementos subjetivos, pues de acuerdo con los seguidores de esta corriente, lo que se refiere al elemento subjetivo,<sup>25</sup> esto debe ser analizado a nivel de culpabilidad.

Finalmente, para poder decir que en un caso concreto se está ante una conducta delictiva lo único que hay que determinar en el nivel de la tipicidad es la existencia de los elementos objetivos del tipo, y una vez que se comprueben dichos elementos se estará ante la presencia de una conducta que se corresponde a la descripción típica, hay una adecuación de la conducta al tipo penal.<sup>26</sup>

#### 4. ATIPICIDAD

La ausencia de tipo constituye el aspecto negativo del tipo, hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la ley como delitos.

De este modo el dogma nullum crime sine tipo, constituye la más elevada garantía del derecho penal, al no poder sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritas en la norma penal.<sup>27</sup>

La atipicidad propiamente dicha es la que constituye el aspecto negativo de la tipicidad; se presenta cuando no se integran el o los elementos del tipo penal descrito en la norma, es decir, se da la atipicidad cuando falta alguno de los elementos requeridos por el

---

<sup>25</sup> Para los causalistas todo elemento psicológico relacionado con el delito deberá ser estudiado en el campo de la culpabilidad, ya que consideran que estos deben ser tomados como referencias valorativas del sujeto.

<sup>26</sup> Sólo por hacer mención podemos decir que los elementos esenciales del tipo penal son los siguientes: a) el bien jurídicamente tutelado; b) los sujetos activo y pasivo; c) la manifestación de la voluntad -conducta-; d) el resultado previsto en el tipo -puede ser material o jurídico-; e) la relación de causalidad entre la conducta y el resultado; f) los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo penal; g) el objeto material, y en sí todos aquellos elementos que cada tipo en especial lo requiera.

<sup>27</sup> PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ob Cit. Décimo Cuarta edición. 1991. pág. 365.

tipo legal, ya que según el número de elementos que contenga aquél, la atipicidad abarcará el mismo número de hipótesis o causas que la originen.

Como ejemplo de la atipicidad tenemos la falta: de a) el sujeto que la ley exige, b) el objeto material, c) el bien jurídico tutelado, d) el nexa causal, e) las modalidades, y en general aquél elemento exigido por el tipo penal en concreto. Así, para decir que existe el parricidio<sup>28</sup> el sujeto activo debe primero ser hijo (a) del sujeto al que se la va a privar de la vida y que tenga el conocimiento de dicha situación, y también es necesario que el sujeto pasivo esté con vida.

De lo expuesto podemos decir que la tipicidad se presenta cuando la conducta desplegada por el individuo no se encuentra regulada en la norma penal como delito o en su defecto, estando regulada, no se colman todos y cada uno de los elementos de que se compone dicho tipo penal.

Por otra parte, como señala SAINZ CANTERO<sup>29</sup>, "la tipicidad de una conducta de referencia a un tipo determinado no significa siempre su impunidad. Puede ser punible si dicha actividad es subsumible en otro tipo penal". De este modo y retomando el ejemplo del parricidio, si no se puede configurar dicho ilícito porque la relación de parentesco le era desconocida al sujeto activo, tal conducta puede recaer en un homicidio, ya simple, ya calificado.

---

<sup>28</sup> Esto solo para ejemplificar, puesto que como sabemos, en México, el delito de parricidio ha desaparecido al igual que los delitos de infanticidio, entre otros, quedando en su lugar los llamados delitos en Relación al Parentesco.

<sup>29</sup> Ob Cit pág. 554.



## 5 ANTIJURIDICIDAD

"Provisionalmente puede decirse que antijuridicidad es lo contrario al derecho, por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que necesita que sea antijurídico, contrario al derecho".<sup>30</sup>

La antijuridicidad es la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el in se del delito. Puesto que el delito es la infracción de la norma penal y en esa relación se agota su esencia, la ilicitud no puede considerarse un elemento que concurra a formar el delito, sino que hay que considerarla el carácter de él; inclusive su carácter esencial, que expresa su naturaleza íntima.<sup>31</sup>

Liszt, al hacer el estudio de las conductas que pueden constituir un delito, que pueden ser punibles por la norma y después de aplicar el método de las ciencias naturales llega a concluir que las conductas que no pueden constituir un delito son aquellas que van acordes al derecho, que se efectúan conforme a las normas, y por el contrario, para que una conducta sea delictiva, para que sea merecedora de una sanción penal, debe tratarse de una conducta contraria a derecho, las cuales se llegan a denominar antijurídicas. Así es como surge el concepto de la antijuridicidad, refiriéndose a esta como la contradicción de la conducta al derecho.

Respecto a la antijuridicidad, se han elaborado dos corrientes:

La primera de ellas es la que se refiere a que la antijuridicidad es formal o nominal, es decir, se sostiene en esta corriente que la antijuridicidad deriva indudablemente de que se considera una violación a la norma jurídica que manda o prohíbe, además de que la conducta no se encuentra amparada en una causa de justificación.

---

<sup>30</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. Lecciones de Derecho Penal. Ob Cit pág. 176.

<sup>31</sup> ANTOLISEI. Manual de Derecho Penal. Trad Jorge Guerrero. Octava edición, Ed. Temis. Colombia. 1988. pág. 135

La segunda de las corrientes es la que se señala como la antijuridicidad material, misma que se presenta indicando que toda conducta que lesiona o pone en peligro a un bien jurídico, los intereses del individuo o de la colectividad, protegidos por el derecho.

La antijuridicidad en su esencia no es otra cosa que un juicio, y en concreto, un juicio de relación con respecto de una conducta; se hace valorando o reconociendo que el hecho es contrario a un precepto del ordenamiento jurídico.<sup>32</sup>

La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica: obra antijurídicamente el que contraviene a las normas penales. La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la acción realizada y la norma penal, juicio que recae sólo en la conducta humana, excluyendo toda la valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo<sup>33</sup>

De lo mencionado en este apartado, se desprende que para que haya antijuridicidad se debe de contar con los siguientes elementos:

- Una conducta, como presupuesto del delito.
- Una norma jurídica (tipo penal y la adecuación de la conducta a la hipótesis prevista por la ley).
- Un juicio valorativo, de carácter objetivo y que corresponde al juzgador el realizarlo.

## 6. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Como se ha venido manejando, a cada elemento positivo se contraponen el elemento negativo del mismo, tocando el turno en este caso a las causas de licitud o causas de

---

<sup>32</sup> Ibidem pág. 136.

<sup>33</sup> CUELLO CALÓN, Ob Cit. pág. 362.

justificación, que son aquellas hipótesis o situaciones previstas por el legislador que hacen que una conducta a pesar de encuadrar en el tipo penal no es antijurídica. La conducta o hecho no son contra el derecho, sino conforme a éste y dicha conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico, público o privado.

Jiménez de Asúa señala que "son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, pero en lo que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de ser contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen".<sup>34</sup>

Las causas de justificación son situaciones particulares que un hecho que de ordinario está prohibido, lo impone o lo permite la ley, y, por tanto, no es antijurídico, razón por la cual queda exento de pena.

Al encuadrarse el agente en alguna de estas hipótesis, obra en condiciones normales de imputabilidad, actúa con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, por estar dentro del derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal ni siquiera civil, puesto que del que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.<sup>35</sup>

Las causas de justificación se han pretendido clasificar y al respecto se presentan diversas propuestas: la defensa legítima, el deber o derecho legales, la obediencia jerárquica, el estado de necesidad, el impedimento legítimo, el conflicto de deberes,

---

<sup>34</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Lecciones de Derecho Penal, Ob. Cit. pág. 186

<sup>35</sup> CUELLO CALÓN, Ob. Cit. pág. 371.

inorancia de circunstancias del ofendido, el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, consentimiento del perjudicado, etc.<sup>36</sup>

## 7 IMPUTABILIDAD

Las bases o el fundamento de la imputabilidad la podemos encontrar en la Escuela Clásica, ya que en ésta se encuentra el principio del "libre albedrío" y la culpabilidad moral (supra), aceptando dicha teoría que el sujeto tiene un margen de elección, de optar por una u otra forma de actuar respecto a la ley.

Los escritores alemanes acostumbran a tratar los temas de la imputabilidad y la culpabilidad stricto sensu, bajo la rúbrica común de la culpabilidad, que en sentido amplio abarca todos los problemas correspondientes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, con el evento típico y antijurídico, y que asimismo incluye a la imputabilidad.

Ahora bien, retomando el tema de la imputabilidad, ésta se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino ésta misma aplicada en concreto al autor del delito y que puede definirse como "el conjunto de condiciones necesarias para que un hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como causa eficiente y libre"<sup>37</sup>

La imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquella no se concreta ésta. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones

---

<sup>36</sup> Las metas del presente trabajo no nos permiten el abundar en todos y cada uno de estos supuestos, por lo cual únicamente nos limitamos a enunciarlos.

<sup>37</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. Lecciones de Derecho Penal, Ob Cit. pag. 216.

psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder a los hechos cometidos<sup>38</sup>

Para que un individuo sea imputable y responsable de sus actos deben concurrir las siguientes condiciones:

- Que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos.
- que goce de la libertad de su voluntad, de su libre arbitrio, es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de una conducta que se presente ante su espíritu y determinarse libremente mediante la potencia de su voluntad.

Solo cuando concurren estas dos circunstancias puede ser un individuo declarado responsable y culpable, pues ha querido el delito y lo ha ejecutado libremente cuando hubiera podido y debido abstenerse de ejecutarlo.

Existe también la teoría de la responsabilidad social, la cual tiene como principio "el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad". La conducta humana está determinada por la personalidad física (temperamento), y por la psíquica (carácter), ambas a la vez producto de la herencia psicológica y fisiológica, y además, por el influjo del medio físico y social en el que el hombre vive.<sup>39</sup>

De lo anterior podemos resumir que la imputabilidad se integra por un elemento intelectual o de conocimiento, consistente en la capacidad del individuo para comprender el carácter de lo injusto, consistente en lo ilícito del hecho, y de un elemento de voluntad, a fin de que pueda desplegar la conducta o conducirse de acuerdo a esa comprensión de lo injusto, es decir, es imputable aquel sujeto que tiene la capacidad de comprender y de conducirse conforme a esa comprensión.

<sup>38</sup> CUELLO CALÓN. Ob Cit. pág. 425.

<sup>39</sup> FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Citado por Eugenio Cuello Calón. Ob Cit. pág. 429.

Así, la capacidad de entender o comprender consiste en el darse cuenta del valor social del acto que el sujeto realiza, sin que sea necesario que el individuo esté en condiciones de juzgar que su acción es contraria a la ley; basta comprender en general que está en contra de las exigencias de la vida en común.

#### **8. INIMPUTABILIDAD.**

Como aspecto negativo de la imputabilidad tenemos a la inimputabilidad, consistente en la ausencia de alguna de las capacidades que fueron mencionadas en líneas anteriores, ya sea el entendimiento o comprensión (intelecto), y el querer o conducirse de acuerdo a la comprensión (voluntad): sin embargo, además de la ausencia de alguna de estas capacidades se señala que se requiere un tercer requisito, mismo que varía de acuerdo a la legislación de cada Estado o Entidad Federativa o ciudad, consistente en la edad del individuo, la cual se establece en la legislación civil para que el individuo sea sujeto de derechos y obligaciones y para ejemplificar tenemos el artículo 33 de nuestra Carta Magna, misma que señala que la ciudadanía se adquiere al cumplir 18 años de edad, momento a partir del cual el individuo adquiere ciertas prerrogativas y tendrá que cumplir con ciertas obligaciones, debiendo representarse por sí mismo.

Ahora bien, para proporcionar el concepto de inimputabilidad se debe atender a tres diversos criterios:

Para Mezger se cuenta con tres métodos: el biológico, el psicológico y el biosicológico o mixto. El primero se satisface con la simple referencia al estado del espíritu (mente) anormal del autor; el segundo se caracteriza porque se destacan sólo las consecuencias psicológicas de tales estados, y el tercero se apoya tanto en las bases

biológicas (inconsciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu), como asimismo las consecuencias de ellas (exclusión de la libre determinación de la voluntad.<sup>40</sup>

Así es como se debe de distinguir entre a los sujetos que tienen pleno uso de sus facultades mentales y los enfermos, llamados imbeciles o idiotas, quienes al padecer estos transtornos se les considera como irresponsables al estar privados de la conciencia de sus actos.

En otras palabras, se concluye que la inimputabilidad se presenta cuando el individuo padece algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impide comprender el carácter ilícito de su hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión.

## 9. CULPABILIDAD

La culpabilidad la podemos entender en esta etapa como el juicio de valor mediante el cual se reprocha al autor que se ha comportado contra lo que ordena el derecho, teniendo la posibilidad de actuar conforme a lo que éste dispone, según lo señala Sainz Cantero.<sup>41</sup>

El reproche contenido en la culpabilidad como elemento del delito recae sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión; el juicio de culpabilidad recae sobre el acto aislado.

La culpabilidad reviste dos formas: una considerada como grave, consistente en el actuar doloso, y otra de menor gravedad, la culpa; sin embargo cada una tienen su fundamento en la voluntad del agente.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Citado por Eduardo López Betancourt. Imputabilidad y Culpabilidad, Ed. Porrúa, México, 1993, pág. 14.

<sup>41</sup> SAINZ CANTERO, Ob Cit. pág. 618.

<sup>42</sup> CUELLO CALÓN, Ob Cit. págs. 423 y 439.

## 10. EL DOLO

En el desarrollo de la humanidad se imponían penas atendiendo al mero resultado, no atendían al nexo psicológico entre el agente y el resultado. En Roma aparece la distinción entre *dolus bonus* como una actitud no maliciosa, de carácter civil, y el *dolus malus*, referida a una conducta artificiosa, engañosa de carácter penal. El dolo pasó a ser la primera forma conocida de culpabilidad.<sup>43</sup>

Por lo que hace al dolo, éste puede ser considerado como la voluntad encaminada a producir un resultado dañoso, es decir, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito.

En este orden de ideas, es de señalarse que del concepto de dolo se desprenden dos elementos a saber: el primero es de carácter intelectual o cognoscitivo, mientras que el segundo es el referente a la voluntad del individuo.

El primer elemento se refiere a que el sujeto conoce los elementos que integran el delito (tipo penal) y que la conducta a realizar es contraria a derecho, antijurídica, siendo éste el segundo elemento del dolo; el elemento volitivo consiste en el querer del agente, en llevar a cabo la conducta y obtener el resultado con el que sabe se violará la norma jurídica.

El dolo tiene diversas clasificaciones, partiendo de la conducta desplegada y el resultado que se quiera como consecuencia de ella. Así tenemos como tipos de dolo los siguientes:

a) **DOLO DIRECTO** también conocido como dolo de primer grado. Se presenta cuando la realización de la conducta se obtiene el resultado que se quería alcanzar. Existe

---

<sup>43</sup> ORELLANA WIARCO. Ob Cit. pág. 45



correspondencia entre lo que el sujeto se propuso y el suceso externo que el individuo quería obtener.

b) **DOLO INDIRECTO** o de segundo grado. También llamado de consecuencias necesarias. Se presenta cuando el agente se propone un fin determinado y comprende o sabe que por el acto que realiza para lograrlo se han de producir otros resultados típicos y antijurídicos, que no son el objetivo principal de la voluntad, pero cuyo acaecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

c) **DOLO EVENTUAL**. Se presenta cuando el sujeto preve el resultado típico, sabe que es probable que ocurra como consecuencia de su actuar, lo que pretende es conseguir un fin determinado y que acepta, en caso de que llegue a suceder, el evento típico que sabe hay probabilidad de que se produzca.<sup>44</sup>

## 11. LACULPA

El concepto de la culpa como hecho de resultado imprevisto pero que se debió prever, nace en Roma aplicado al derecho civil, y aún se discute si se reconoció la culpa en el derecho penal.

La culpa en su sentido más clásico y general no es más que la ejecución de un acto que pudo ser previsto y que por falta de previsión en el agente produce un efecto dañoso, basando este concepto en la teoría de la voluntad. Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también

---

<sup>44</sup> SAINZ CANTERO. Ob Cit. págs. 576 y 577.

cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo en la actividad del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo.<sup>45</sup>

Cuello Calón define a la culpa como la producción de un resultado dañoso al obrar sin intención y sin la diligencia debida, siendo el resultado previsible y penado por la ley.<sup>46</sup>

En el delito culposo el agente ha realizado a la verdad el hecho previsto por la ley como delito con un comportamiento que proviene de su voluntad, pero no lo ha querido, ni directa ni indirectamente, es decir, el sujeto si bien es cierto que despliega una conducta en forma voluntaria, también es cierto que esa actividad va encaminada a la producción de un resultado distinto al resultado dañoso que se produce y que recae en un acontecer típico y antijurídico.

Al igual que el dolo, la culpa puede revestir dos clases:

a) la llamada culpa con representación, que es aquella en que el sujeto sabe que al desplegar su conducta puede producir un resultado típico y antijurídico: sin embargo el sujeto no quiere dicho acontecimiento y también cuenta con la esperanza de que el mismo no se produzca.

b) La llamada culpa inconsciente o sin representación, misma que consiste en que el sujeto ni siquiera prevé como posible el resultado típico y antijurídico, sin embargo éste se produce por su falta de cuidado, por la falta de precaución.

Por otra parte, es de señalarse que algunos autores consideran que la culpa se subdivide en especies, y las cuales a continuación solamente se mencionan: 1. la imprevisión; 2. imprudencia; 3. negligencia; 4. impericia; 5. falta de aptitud; 6. falta de reflexión; 7. falta de cuidado.

<sup>45</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones de Derecho Penal*, Ob Cit. pág. 247.

<sup>46</sup> Ob Cit. pág. 467.

## 12. LA PRETERINTENCIONALIDAD.

Jiménez de Asúa<sup>47</sup> al referirse a esta figura, nos indica que es anómala, puesto que para muchos de los escritores italianos y argentinos señalan que en este concepto existe un dolo preterintencional; para otro grupo más reducido de penalistas se trata de un concurso de dolo y de culpa, y para otros esos tipos delictivos son infracciones calificadas por el resultado.

Así es como podemos indicar que de la acción o la falta de ésta se puede generar un resultado más grave del querido por el agente, entonces aparece la figura jurídica del llamado delito preterintencional, y para ejemplificar esto presentamos lo siguiente: en una discusión entre dos personas, la cual cada vez se torna más acalorada, uno de los que en ella interviene (A) dá un golpe con el puño al otro (B), el cual al sentir el golpe va hacia atrás, pierde el equilibrio y cae al suelo dándose un golpe en la cabeza con una piedra que se encontraba en el lugar y a consecuencia del golpe recibido pierde la vida. En este supuesto la intención de A sólo era el de causar una lesión a B (se quiso un resultado determinado), más no quería privarlo de la vida (se produce un resultado más grave del querido), de tal modo que la intención fue superada por el resultado. Así es como concurren en la especie una culpa y un dolo en un solo acto y es por ello que a esto se le denomina preterintencionalidad.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> *Lecciones de Derecho Penal*, Ob. Cit. pág. 254.

<sup>48</sup> Es de mencionarse que este supuesto ya ha sido superado con lo que se razona en la teoría finalista de la acción, tal como lo veremos en el capítulo siguiente. Asimismo, el concepto de preterintencionalidad lo manejamos en este apartado porque aún sigue siendo utilizado por algunos doctrinarios, e incluso algunos Estados todavía lo tienen contemplado dentro de sus legislaciones, más por lo que hace al código penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y de aplicación para toda la República en materia federal, dicho precepto ya fue derogado, según la Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, entrando en vigor a partir del primero de febrero del mismo año.

Asimismo, en la culpabilidad nos encontramos que no basta con que el sujeto conozca los alcances de la ley penal y se conduzca contrariamente a ella, puesto que se requiere también que el sujeto cuente con diversas alternativas para llevar a cabo su acción, es decir, que el agente no esté impedido para encaminar su conducta de acuerdo a sus capacidades por una voluntad ajena a la suya, a fin de no vulnerar los bienes jurídicos ajenos.(infra)

Finalmente, hemos de indicar que los elementos que integran a la culpabilidad son los siguientes:

- a.- La imputabilidad del agente, entendida esta como la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad de su hecho y orientar su conducta conforme a su conocimiento.
- b.- la presencia alternativa del dolo o la culpa.
- c.- la exigibilidad de otra conducta.

### 13. LA INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad, es decir, las causas que impiden integrar a la culpabilidad.

Como principales causas de inculpabilidad se encuentran el error y la no exigibilidad de otra conducta.

Es preciso el mencionar que una gran gama de autores hace la distinción entre lo que es el error y la ignorancia, ya que por lo que hace al primero, el sujeto tiene una concepción equivocada de lo que es la realidad, es un falso conocimiento de lo que en verdad sucede; mientras que la ignorancia consiste en el total desconocimiento, el individuo ni siquiera es capaz de concebir una idea falsa respecto del objeto, cosa o situación.

El error se ha clasificado como error de hecho y error de derecho. El error de hecho recae sobre hechos jurídicos, o sea, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica, mientras que el error de derecho recae precisamente sobre la regla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo.

El error incide sobre el proceso normativo de la voluntad, que de ese modo se va viciando por una falsa representación de la realidad. Puede, sin embargo, incidir también sobre la ejecución del delito, obstaculizando o desviando el proceso de actuación de la voluntad.

El error que vicia la voluntad puede referirse también a los elementos de hechos que conciernen al delito, ya a una norma jurídica. Se distingue por tanto entre error de hecho y error de derecho.

El error puede provenir del engaño en que haya caído el agente por obra de otra persona y puede tener efectos de extinguir la responsabilidad si éste es invencible; sin embargo, si es vencible, entonces será irrelevante para la aplicación de la sanción, toda vez que no afectó la culpabilidad del agente.<sup>49</sup>

Entre tanto, el error de derecho se refiere principalmente a lo que se ha llamado ignorancia de la ley penal, y dicha ignorancia no excusa al agente de la culpabilidad en el delito a no ser que al haberse producido el error, éste recaiga del hecho que constituye el delito, es decir, que sea sobre uno de los elementos que requiera la ley penal para la existencia de determinado delito.

En cuanto a la no exigibilidad de otra conducta, ésta se reduce a la simple expresión que afirma que tanto el dolo como la culpa se excluyen cuando el agente se ha encontrado

---

<sup>49</sup> ANTOLISEI. Ob Cit. págs. 291-296.

en condiciones tales que no podían humanamente pretenderse de él un comportamiento distinto al observado.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, pág. 302.

## CAPITULO SEGUNDO

### LA TEORÍA DEL DELITO DE ACUERDO AL SISTEMA FINALISTA

#### A FUNDAMENTACIÓN DE LA TEORÍA FINALISTA.

En teoría se ha dicho que el sistema finalista de la acción surgió para superar a la teoría causal de la acción. Dicha corriente tiene como fundador a Hans Welzel, quien planteó una sistemática de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la llamada "causalista".

El punto de partida de esta corriente, que como se ha dicho, tiene como principal representante a Welzel, quien se desenvuelve en un ámbito estrictamente filosófico. Se afirma que en la realidad existen estructuras ontológicas, esto es, datos prejurídicos a los que está vinculado el legislado, ya que éste no puede no sólo prescindir de ellos, pero ni siquiera modificarlos. Pues bien, en el derecho penal el principal dato ontológico (se dice también "óntico"), rebelde a toda transformación normativa, sería la acción humana, que es por su esencia "finalista", en el sentido de que trata de realizarse según un plan previamente establecido. El aspecto de la finalidad -se afirma- encuentra su expresión natural en el dolo.(sic)<sup>51</sup>

Welzel señala que toda la vida comunitaria del hombre se estructura para bien o para mal sobre la actividad final del hombre. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, es decir, proponerse fines, elegir los medios

---

<sup>51</sup> Ibidem. pág 232.

para su obtención y ponerlos en movimiento con consciencia del fin. Esta consciencia final se denomina acción. Se diferencia del simple suceso de la naturaliza en cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre ya sea causalmente ciego o bien - como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal - adecuado ciertamente al fin, pero sin consciencia de éste , se actúa instintivamente. Precisamente, la capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder obtener estos objetivos de acuerdo a un plan que posibilita al hombre la peculiaridad específica, la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y civilización. Así, también solo porque el hombre es capaz de la ejecución de acciones con consciencia del fin, de las metas que pretende conseguir, puede dirigirse al hombre mandando y prohibiendo.<sup>52</sup>

El autor en cita sostiene que el derecho penal tiene como principal misión la protección de los valores elementales de consciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión, la protección de bienes jurídicos particulares, entendiendo por bienes jurídicos a aquél valor que es vital para cualquier comunidad o individuo, que por su significación debe ser protegido jurídicamente, y de entre otros valores podemos citar la vida, el patrimonio, la integridad física del individuo, la libertad, etc. , y a la lesión de cualquiera de estos valores al autor se le sancionará con una pena.

La teoría finalista deriva, de las ideas expuestas, la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito, y que no debe violentar esas estructura sin caer en evidentes contradicciones consigo mismo. De este modo el legislador debe partir de los conceptos de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales que servirán para

---

<sup>52</sup> Cf. WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General, cuarta edición castellana. Editorial jurídica de Chile. Chile. 1993. págs 37 y 38.



preservar los derechos fundamentales del individuo, y en consecuencia, de la sociedad misma.<sup>53</sup>

## 1. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA FINALISTA

Hemos de destacar la importancia de esta estructura ontológica de ver al delito, por su cambio en cuanto a la forma de ver al delito mismo, toda vez que viene a romper totalmente con lo que se venía manejando en el sistema causalista, donde, por lo que se refería a la conducta y la tipicidad, sólo tomaba en cuenta elementos objetivos, dejando a los subjetivos como motivo de estudio en el apartado de la culpabilidad del autor del ilícito. El elemento subjetivo (psicológico, traducido a nivel de dolo o culpa) ya no es considerado en el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, sino que se establece que el individual desplegar la conducta de manera voluntaria lo hace con una finalidad determinada.

Así, y como lo señala Orellana Wiarco,<sup>54</sup> "para la teoría finalista de la acción, al referirse al tema de la culpabilidad el legislador debe partir, que la misma, es un reproche dirigido al individuo que no motivó su conducta de acuerdo a la exigencia de la norma, a pesar de que conoció o pudo conocer la antijuridicidad de la misma y de que la misma le era exigible. Así, el legislador debe, en base a esta estructura, seleccionar los grados de reproche, es decir, una acción será reprochada no sólo a título doloso, sino también culposo, pero siempre apoyado en la estructura de la culpabilidad".

---

<sup>53</sup> ORELLANA WIARCO, ob. cit. pág. 84.

<sup>54</sup> *ibidem* pág. 84.

## 2. EL LIMITE ESTATAL DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA FINALISTA.

El analizar el límite o los límites del poder punitivo del Estado es una ardua tarea, toda vez que se puede señalar que el derecho penal de un Estado Democrático ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho penal se denominan bienes jurídicos. Así, en este orden de ideas, el derecho penal aparece limitado por la idea de que sólo debe proteger bienes jurídicos que son los bienes de mayor importancia tanto para el individuo como para el Estado, a fin de procurar un orden social.

Sin embargo, no sólo es la protección de los bienes lo que interesa al Estado y limita su acción punitiva en razón a que quien lesiona algún bien jurídico debe ser merecedor de una pena, pero para lograr esto hay que determinar la sanción de acuerdo al grado de culpabilidad del agente o de quien comete dicha violación.

El principio de culpabilidad en su sentido clásico señalaba que el hombre dispone de una capacidad libre de autodeterminación por lo que al hacer mal uso de su libertad de actuar se hace acreedor, en justicia, al mal retributivo de la pena.<sup>55</sup>

En la actualidad el concepto de culpabilidad ha tomado el rumbo en que el sujeto pudo ver el resultado, anticiparse a éste, no con el libre albedrío o "el poder obrar de otra manera", sino con el dato de si se puede atribuir (imputar subjetivamente), y en qué medida, el hecho a su autor. El hablar de si se puede atribuir o no el hecho a su autor se refiere al problema de si se tiene sentido o no, desde el punto de vista preventivo, hacer responder del hecho a quien lo cometió; y por lo que hace a la medida en que debe atribuirse consiste

---

<sup>55</sup> ZUGALDIA ESPINAR, José Manuel. Fundamentos de Derecho Penal. Ed. Tirant Lo Blanch. España 1993. pág. 243.

en el merecimiento de la pena, es decir, al grado de culpabilidad de la comisión del ilícito es como debe sancionarse al agente.

Con lo anterior hemos de concluir que en verdad es una necesidad de que la culpabilidad debe tener límites precisos a fin de garantizar al individuo una justa retribución por el mal cometido, pues de otra manera quedaría a merced del poder estatal, mismo que con el sistema causalista imponía las penas basándose en el nivel de "peligrosidad" del justiciable, según la apreciación subjetiva que de él tuviera el juzgador al momento de individualizar la pena, y por ello es conveniente no regresar a las sanciones derivadas del grado de peligrosidad del delincuente, puesto que de ser así, las penas se impondrán de acuerdo a la persona y no se tomaría en cuenta el delito mismo., a las circunstancias en que éste se cometió o las referencias particulares del autor.

### 3. LA ACCIÓN FINALISTA.

El sistema de la acción finalista retoma los mismos elementos que integran al delito según la teoría causalista, es decir, también señala que son elementos del delito la conducta, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; más dichos elementos son manejados de manera distinta y con ello se da solución a algunos problemas que el causalismo no había podido resolver.<sup>56</sup>

Así, mientras que el causalismo se conformó con señalar que el presupuesto del delito es la conducta, tal postura queda insatisfecha al manifestar la voluntad a través de un movimiento corporal o la ausencia de este movimiento que produce un resultado,

---

<sup>56</sup> Es conveniente señalar que entre los problemas que no tenían solución en el causalismo figuran los relativos a la tentativa, la participación, la autoría. El finalismo pretende dar soluciones técnicas y prácticas a cuestiones que el sistema causalista no había podido lograr ya que, principalmente, a los elementos subjetivos los ubicaba en la culpabilidad.

señalándose que ese resultado es consecuencia de un proceso causal , sin importar que el movimiento corporal haya sido encausado a producir un resultado, tal vez diverso al obtenido, y que existe un nexo de causalidad, algo que vincula a la consecuencia con la acción desplegada.

El finalismo considera que el hombre debe ser entendido como una persona, como un ser capaz, como un ser libre, como un ser que puede ser capaz de conocer las posibles consecuencias de sus actos y, en virtud de ello, está en posibilidades de proponerse fines y escoger los medios para lograrlos; entonces solo un concepto del hombre así, es el que puede servir de base para que nos planteemos una serie de problemas que aparecen a menudo en el derecho penal, como por ejemplo el hablar que el hombre debe ser moral y penalmente responsable de sus actos.

El sentido de la acción, de toda manifestación de la voluntad, recae en una finalidad determinada, un objetivo previsto por el sujeto, quien decide si la lleva a cabo o no y los medios a utilizar. El hombre actúa sobre la base del conocimiento y en torno a ello puede prever los acontecimientos posibles que pueden intervenir en su actuar, así como también encamina esa conducta a un objetivo previamente concebido.

Orellana Wiarco<sup>57</sup>, la acción finalista se compone de dos fases:

La primera fase se integra en la parte interna del sujeto, en su esfera del pensamiento o psique, donde comienza a proponerse un fin, un objetivo, luego ve las formas y los medios necesarios para lograr el objetivo que se ha propuesto al igual que las posibles consecuencias secundarias o accidentales que pueden surgir del empleo de los mecanismos elegidos para la obtención del fin y los cuales pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

---

<sup>57</sup> ORELLANA WIARCO. Ob. cit. págs. 89 y 90.

La finalidad que el sujeto se propone puede ser algo que interese o que no interese al derecho penal; la mayoría de las acciones que nosotros realizamos son irrelevantes para el derecho penal, ya que no están prohibidas ni ordenadas por las normas penales.

En segundo lugar tenemos a la fase externa, consistente en la aplicación de los medios elegidos que serán y utilizados para la obtención de la meta previamente ideada, la obtención del resultado querido, y la vinculación que debe existir en esa aplicación de mecanismos al resultado que se produce como consecuencia de ello. Se exterioriza la voluntad a fin de conseguir el objetivo planteado.

En el sistema finalista se puede señalar que el fin a alcanzar por el sujeto puede ser irrelevante para el derecho penal, es decir, el fin puede ser completamente lícito; sin embargo, por los medios utilizados para lograr ese objetivo se puede desprender un resultado que no era exigido por el sujeto activo, pero aún así el resultado producido es atribuible al autor de la conducta, pues ese acontecimiento es derivado de los medios utilizados por aquél.

En consecuencia, el finalismo trata de explicar que el individuo puede producir resultados típicos de manera dolosa o culposa, su conducta está encaminada a un resultado típico o en su defecto produce el resultado de manera culposa, derivado de los medios utilizados para alcanzar un fin lícito.

Así es como podemos concluir que el defecto principal de la acción causal radica no sólo en desconocer la función constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte a la acción en un proceso meramente causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera. Desconoce que toda acción es una obra mediante la cual la voluntad humana dirige el suceder causal. El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el suceder externo se convierte

en un mero "reflejo" del proceso causal externo del alma del autor. Con ello la doctrina de la acción causal invierte completamente la relación entre la acción y la voluntad.<sup>55</sup>

## **B LA ACCIÓN FINALISTA.**

### **1. ACCIÓN U OMISIÓN**

La acción finalista como se ha venido señalando, se concibe como la voluntad de actuar con un factor que guía con arreglo a un plan de suceso causal, en el que se ha descubierto en la finalidad de la acción un punto de partida importante, consistente en la capacidad del individuo para fijarse un objetivo conscientemente y guiarlo finalísticamente con arreglo a un fin, eligiendo los medios, capacidad que sólo posee el hombre y ningún otro ser. Por consiguiente, se reconoce que la teoría finalista analiza con acierto la estructura de la acción anticipada mentalmente.

La acción finalista es la realización de una voluntad plena de sentido que está dirigida a lograr objetivos determinados y que no se puede separar del contenido objetivo de la acción, sin que ésta, en cuanto a fenómeno social, pierda su valor de realidad. La acción sólo puede entenderse a partir de esta dirección de voluntad.

Los tipos finalistas de delitos pueden configurarse también sobre la base de conceptos causados de actividad, introduciendo en ellos el momento de la finalidad por medio de conceptos tales como "doloso, intencional, deliberadamente". Con esta estructura

---

<sup>55</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Ed. Ariel. España. 1964. pág. 32.

encontramos los delitos dolosos de resultado que también se caracterizan por la voluntad dirigida a la realización de un tipo de delito.<sup>59</sup>

La acción es una conducta humana guiada por la voluntad.

El primer elemento del concepto de la acción es la conducta humana. La conducta del hombre debe consistir en una conducta exterior, es decir, corporal. No debe existir una "actitud", sino una acción. Esto no equivale a decir que la acción tiene que manifestarse en un hacer positivo exclusivamente, sino que también va implícita la omisión o falta de movimiento corporal.

La conducta corporal humana debe ser guiada por la voluntad, misma que siempre debe estar encaminada a un objetivo determinado, debe tener un fin, un motivo por el cual se despliegue esa conducta.<sup>60</sup>

En virtud de que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever las consecuencias del desenvolvimiento de la acción y la cual está orientada a un fin previamente planeado, es la voluntad consciente del fin la que rige al acontecer causal.

La voluntad final pertenece a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que configura objetivamente el acontecer exterior.

La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas, que en las simples acciones diarias se entrecruzan y sólo pueden distinguirse conceptualmente:

a) La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento. Empieza con:

- La anticipación (el proponerse) del fin que el autor quiere realizar, de ello sigue -a partir del fin (sic)

---

<sup>59</sup> BUSCH, Richard. Modernas transformaciones en la teoría del delito. Ed. Temis. Colombia. 1969. pág. 18.

<sup>60</sup> BAUMMAN, Jürgen. Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Ed. Palma. Argentina. 1981. págs. 96 a 99.

- La selección de los medios de la acción para la consecución del fin. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso, aquél movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de acción).
- La consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin. La voluntad de acción orientada a la obtención del fin se encamina aquí, al mismo tiempo a evitar los efectos concomitantes (secundarios).

b) De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo en el cálculo de los efectos secundarios, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar.<sup>61</sup>

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar ésta actúa finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como el de la doctrina causalista. En el finalismo los elementos subjetivos tales como el dolo y la culpa los vamos a encontrar desde la conducta típica y no hay que esperar hasta hacer el estudio de la culpabilidad como se hacía en el causalismo. El dolo y la culpa son parte del fin de la acción.

## 2 FALTA DE ACCIÓN U OMISIÓN.

En la teoría finalista la falta de acción se presenta cuando el individuo no tiene un fin determinado al cual encamine su movimiento corporal, no ha seleccionado medio alguno

<sup>61</sup> WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, Ob cit. págs. 40 y 41.



para lograr un objetivo, o no ha considerado los efectos concomitantes (fase interna); o bien, al realizar la conducta se producen efectos que no fueron los planteados, y sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se obtiene en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad nada tuvo que ver (fase externa), esto comúnmente se da cuando ocurre un caso fortuito<sup>62</sup>.

Al igual que la teoría causalista, el sistema finalista acepta como casos de ausencia de conducta a la fuerza física exterior irresistible (bis absoluta), los movimientos reflejos; los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, hipnosis).

### 3 TIPICIDAD.

En el derecho penal, o en el ordenamiento jurídico penal es necesario, para que pueda aplicarse un castigo a una persona que ha cometido un hecho gravemente contrario a la comunidad tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe, tiene que especificar la "materia" de sus prohibiciones. Esta materia de la prohibición contiene la descripción objetiva, material -"el modelo de la conducta prohibida"- de la conducta prohibida.

Esta figura se refiere a la tipicidad, concepto que fue introducido al derecho penal por BELING en 1906 (supra).

Así es como se da el principio de nulla poena sine lege, y que ha sido retomado en la mayoría de las constituciones políticas del mundo en cuanto a que un individuo no puede ser castigado sino por un hecho que esté debidamente descrito en la ley, en la cual se

---

<sup>62</sup> ORELLANA WIARCO. Ob cit. pág 95.

para lograr un objetivo, o no ha considerado los efectos concomitantes (fase interna); o bien, al realizar la conducta se producen efectos que no fueron los planteados, y sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se obtiene en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad nada tuvo que ver (fase externa), esto comúnmente se da cuando ocurre un caso fortuito<sup>62</sup>.

Al igual que la teoría causalista, el sistema finalista acepta como casos de ausencia de conducta a la fuerza física exterior irresistible (bis absoluta), los movimientos reflejos; los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, hipnosis).

### 3 TIPICIDAD.

En el derecho penal, o en el ordenamiento jurídico penal es necesario, para que pueda aplicarse un castigo a una persona que ha cometido un hecho gravemente contrario a la comunidad tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe, tiene que especificar la "materia" de sus prohibiciones. Esta materia de la prohibición contiene la descripción objetiva, material "el modelo de la conducta prohibida"- de la conducta prohibida.

Esta figura se refiere a la tipicidad, concepto que fue introducido al derecho penal por BELING en 1906 (supra).

Así es como se da el principio de nulla poena sine lege, y que ha sido retomado en la mayoría de las constituciones políticas del mundo en cuanto a que un individuo no puede ser castigado sino por un hecho que esté debidamente descrito en la ley, en la cual se

---

<sup>62</sup> ORELLANA WIARCO. Ob cit. pág 95.

describan de un modo exhaustivo la materia de prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva.<sup>63</sup>

Queda a cargo del legislador la tarea de señalar, entre la multitud de acciones que pueden ser objeto de un juicio de disvalor, las conductas que, por ser socialmente perjudiciales y reprobables desde el punto de vista ético-social, sancionarias con una pena.

En un inicio (sistema causalista) se limitaba el tipo a la mera descripción de los elementos materiales, sin hacer referencia a elementos subjetivos ni a juicios normativos sobre la valoración de tal manera que lo típico de una acción no implicaba su antijuridicidad, quedando la apreciación en el terreno de lo neutro, sin estimar que la referencia típica podría llevar en sí el sello de la antijuridicidad, considerándose que entre la tipicidad, la antijuridicidad existía una simple relación de enlace coordinado, pero la existencia de la primera, de ninguna forma presumía la existencia de la segunda.

Con el paso del tiempo se llegó a la conclusión que el tipo no podía integrarse únicamente con la descriptiva fáctico material, sin elementos subjetivos, normativos y sin juicio de valoración sobre la posible antijuridicidad, esto en virtud de que en el tipo hecho por el legislador se tenían contemplados elementos subjetivos y normativos tales como el engaño, el apoderarse de un bien mueble ajeno sin derecho ni consentimiento, etc. Aunado a ello el legislador al crear el tipo emite un juicio valorativo, estimando antijurídica a esa conducta, tan es así que la prohíbe conminándola con una pena para el caso de su realización.<sup>64</sup>

Una acción se convierte en delito si infringe el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipos legales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que

<sup>63</sup> WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN, Parte General. Ed. Jurídica de Chile: cuarta edición castellana, Chile 1977, págs. 58 y 59.

<sup>64</sup> GONZÁLEZ QUINTANILLA. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1991, pág. 233.

convierten a la acción en un delito. Así es como nos dice Wezzel que si el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena las conductas insoportable para la vida comunitaria podría hacerlo mediante una disposición general: "el que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado". Una disposición penal como ésta, sumamente general comprende a toda conducta punible imaginable, pero precisamente por su carácter general no permite conocer que conductas concretas están prohibidas, ni el ciudadano puede saber que hacer u omitir, ni el juez qué es lo que debe castigar. Por ello, el ordenamiento el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que describir objetivamente la conducta que prohíbe; sólo así tanto el juez como el ciudadano pueden conocer las formas de conducta que están prohibidas y cual será la sanción en caso de contravenirlas. Así, en el derecho moderno se llegó a establecer el concepto de Tipicidad. (supra Cap. Primero, B. 3. pág. 13).

El tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva, materia, de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal.<sup>65</sup>

En la doctrina finalista el tipo se encuentra compuesto, además de elementos objetivos, los cuales se subdividen en descriptivos y normativos, en subjetivos (dolo, culpa, elementos distinto del dolo), superando así el concepto de tipo que era utilizado en el causalismo, y de la conducta desplegada, y de esta manera se agrega al tipo un juicio valorativo sobre la conducta desplegada. En el finalismo el tipo se comprende tanto los elementos objetivos como los subjetivos o anímicos de la acción. El tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes aquella que es relevante para el derecho penal, está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica.

---

<sup>65</sup> Cf WELZEL. Derecho Penal Alemán. Ob cit. págs 58 y 59

La conducta del autor es típica sólo cuando realiza todas las características del tipo, si falta una sola de ellas, falta una acción típica y en ausencia, el primer de un hecho punible.

Siguiendo este orden de ideas tenemos que la conducta típica sólo resulta al comprobarse tanto los elementos objetivos y subjetivos que la integran.

**a) Objetiva.**

Hemos dicho que la conducta por sí misma no constituye ningún modo el primer elementos del delito, ya que además de realizar la acción (sentido lato) (incluyendo a la omisión), necesita que se produzca un resultado el cual a su vez requiere tener un vínculo con la conducta, una relación causal.

La tipicidad objetiva o elementos objetivos del tipo son aquellos que se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, presentándose en ocasiones elementos accidentales que sólo califica, agravan o atenúan al tipo autónomo.

Son elementos objetivos aquellos que pueden ser apreciados por los sentidos y también son divididos en elementos descriptivos y normativos.

Por lo que hace a los elementos descriptivos, estos son básicamente la descripción de la conducta, son las características que debe revestir ésta, y que generalmente son señaladas con un verbo que viene a ser el núcleo del tipo, por ejemplo, matar, apropiarse, lesionar, etc..

En cuanto a los elementos normativos, estos resultan del paso del tiempo, toda vez que en un principio se consideraba como elementos objetivos únicamente a los que describían la conducta, los doctrinarios se dieron cuenta que en las concepciones del legislador se incluían también elementos normativos, es decir, se trata de características que exigen del intérprete de la ley una valoración, la cual puede ser jurídica o cultural, por

ejemplo cosa "ajena", "casta y honesta" (esta concepción cuando en México era requisito que la mujer fuera mayor de 12 años y menor de 18 años, que fuera casta y honesta, para que pudiera darse el delito de estupro).

**b) Subjetiva.**

La tipicidad subjetiva es aquella que se integra con el elemento psicológico que relaciona a la conducta con el resultado, son las características del tipo referidas a una actitud interna o dirección de la voluntad o sentimiento de la voluntad.

El finalismo, como se ha dicho, incorpora los elementos subjetivos dentro del tipo, toda vez dicha doctrina sustenta que el individuo al tener la capacidad de dirigirse por sí mismo despliega sus movimientos siempre con un fin, se dirige siempre a una meta previamente trazada, primero se fija el objetivo, luego selecciona los medios para llegar a él y, finalmente, realiza el movimiento corporal o se abstiene de hacerlo a efecto de llegar al fin propuesto.

Dentro de los elementos subjetivos nos encontramos con el dolo, la culpa y elementos subjetivos distintos del dolo.

En el finalismo el dolo al ser elemento del tipo, se entiende como la mera finalidad de la conducta, es el conocer y querer la concreción del hecho sin necesidad de que hasta el momento intervenga el elemento cognoscitivo del sujeto sobre la licitud o ilicitud de su actuar; es decir, no se llega al nivel del conocimiento de la antijuridicidad del acto, ya que este conocimiento pertenece al nivel de la culpabilidad.

Por otra parte la culpa se justifica en esta teoría en el sentido de que, obviamente, el resultado típico no se produce conforme a la voluntad del agente, pero en gran medida deriva de ella, dado que el sujeto al actuar finalísticamente para lograr un objetivo determinado, también se plantea los medios a utilizar para la producción de ese resultado

querido y como consecuencia también puede prever los efectos secundarios posibles y por la falta de previsión o por la violación de un deber de cuidado es como acontece el resultado típico, mismo que pudo ser previsible o que no lo pudo ser atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Generalmente en los delitos culposos la tipicidad queda abierta para el juzgador, ya que es él quien debe, al resolver, precisar con exactitud en que consistió la violación del deber de cuidado que el agente debió observar, es decir, le corresponde determinar si ello fue negligencia, ineptitud, imprudencia, etc..<sup>66</sup>

Finalmente, respecto a los elementos subjetivos distintos del dolo, estos consisten en el ánimo con que se conduce el activo, por ejemplo: en el delito de robo tenemos el ánimo de apropiación, en fraude, el obtener un lucro indebido, etc..

Los elementos básicos del tipo penal son: la acción u omisión, el resultado y el nexo causal o la atribuibilidad del resultado al autor de la acción, el dolo o la culpa, el objeto, el bien jurídico tutelado por la ley.

También existen otros elementos secundarios tales como las calidades en los sujetos activo o pasivo, los medios de comisión y las referencias de tiempo, lugar, modo u ocasión, según el tipo penal de que se trate.

Al haberse introducido los elementos subjetivos al tipo penal se dio solución a diversos problemas que no se habían podido resolver en el causalismo, entre ellos fue lo relativo a la tentativa; pues no era posible en el causalismo que el dolo, al pertenecer a la culpabilidad, pudiera precisarse el tipo delictivo de que se trataba; por ejemplo, si alguien hace un disparo con arma de fuego, que pasa junto a otro sujeto, este proceso causal puede constituir una tentativa de asesinato (sic), una tentativa de lesiones corporales o un

---

<sup>66</sup> Cf. ORELLANA WIARCO Ob.cit. págs. 98-100

disparo en lugar prohibido: según cual sea el dolo del autor. El dolo es sin duda alguna un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer exterior.<sup>67</sup>

#### 4. CAUSAS DE ATIPICIDAD.

La atipicidad en el sistema finalista, al igual que en el causalismo, se presenta cuando la conducta o hecho no están descritos en la ley, toda vez que no se puede trastocar el principio *nulla crime nulla poena sine lege*.

Asimismo la atipicidad se presenta cuando falta alguno de los elementos esenciales del tipo penal, como a continuación lo señalamos:

a) Por falta de alguno de los elementos del tipo, sea por ausencia de:

1. el número o calidad en el sujeto activo;
2. el número o calidad en el sujeto pasivo;
3. bien jurídico;
4. la acción u omisión;
5. resultado material;
6. elementos normativos;
7. circunstancias objetivas de agravación o atenuación;
8. nexo causal o atribuibilidad.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos;

1. por falta de dolo o culpa;
2. por falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo.

---

<sup>67</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Ob cit. pág 62.



disparo en lugar prohibido: según cual sea el dolo del autor. El dolo es sin duda alguna un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer exterior.<sup>67</sup>

#### 4. CAUSAS DE ATIPICIDAD.

La atipicidad en el sistema finalista, al igual que en el causalismo, se presenta cuando la conducta o hecho no están descritos en la ley, toda vez que no se puede trastocar el principio nulla crime nulla poena sine lege.

Asimismo la atipicidad se presenta cuando falta alguno de los elementos esenciales del tipo penal, como a continuación lo señalamos:

a) Por falta de alguno de los elementos del tipo, sea por ausencia de:

1. el número o calidad en el sujeto activo;
2. el número o calidad en el sujeto pasivo;
3. bien jurídico;
4. la acción u omisión;
5. resultado material;
6. elementos normativos;
7. circunstancias objetivas de agravación o atenuación;
8. nexo causal o atribuibilidad.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos;

1. por falta de dolo o culpa;
2. por falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo.

---

<sup>67</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal, Ob cit. pág 62.

El finalismo también considera como causa de atipicidad el error de tipo, el cual consiste en el desconocimiento de la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa.

El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. El dolo es el querer la realización del tipo objetivo, cuando no se sabe que se está realizando un tipo objetivo, no puede existir ese querer y por ende, no hay dolo: ese es el error de tipo.<sup>68</sup>

##### 5. ANTIJURIDICIDAD O INJUSTO PENAL.

La antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.<sup>69</sup>

Como el delito consiste en la violación de un precepto del ordenamiento jurídico penal, su nota fundamental es el contraste, la oposición con el derecho.

Se ha dicho que la antijuridicidad es la esencia misma del delito, es el juicio que disvalora o valora negativamente la conducta típica desplegada por el sujeto activo; es un juicio que da valor, por medio del cual se reconoce que el hecho (acción u omisión) es contrario a un precepto del orden jurídico. (supra Cap. PRIMERO, 5. pág. 16).

En el finalismo la tipicidad es indicio de la antijuridicidad. Maurach sostiene que la norma jurídica (el tipo penal) está profundamente impregnado de lo que valorativamente ha estudiado el legislador en su función de representante de la sociedad; de ahí que antes de la existencia del tipo existe el reconocimiento de la propia sociedad de valores dignos de

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio. Ob cit pág. 476.

<sup>69</sup> WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, pag. 47.

preservarse por el derecho, resultando que pueden darse conductas que ofendan esa valoración.<sup>70</sup>

La antijuridicidad en un principio sólo era concebida objetivamente, a la cual no pertenecía, por tanto, ningún elemento subjetivo puesto que se consideraba que estos eran motivo de estudio en la culpabilidad. Posteriormente y al darse cuenta los doctrinarios que algunos tipos penales estaban compuestos con elemento subjetivos, pero se sigue manifestando que la antijuridicidad consta de elementos predominantemente objetivos, aunque ya reconocen la existencia de elementos subjetivos.

Con la llegada del finalismo es como se marca el sentido actual de la antijuridicidad, en esta teoría se desarrolla lo que actualmente conocemos como la concepción subjetiva del injusto. La teoría personal del injusto y cuyo autor es Hans Welzel<sup>71</sup> y quien nos manifiesta que "lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como la obra de un autor determinado; el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es injusto personal".

Siguiendo este orden de ideas, el juicio de antijuridicidad no se refiere al autor, sino al hecho. Este es objeto del juicio que debemos pronunciar "antijurídico", significa que hecho es contrario al orden jurídico. En este sentido, el juicio es objetivo, por ser juicio impersonal emitido por el orden jurídico (y llevado a la práctica por el juez) acerca del evento.

---

<sup>70</sup> Citado por ORELLANA WIARCO, Ob cit. pág. 106.

<sup>71</sup> WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Ob cit. págs 60 y ss.

El presente apartado lo concluimos con la distinción que hace Zaffaroni, quien al respecto dice "antijuridicidad es la característica que tiene una conducta de ser contraria al orden jurídico; injusto penal es la conducta que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica. La antijuridicidad es una característica del injusto"<sup>72</sup>.

## 6 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las causas de justificación son el aspecto negativo de la antijuridicidad, al presentarse alguna de la hipótesis se desvirtúa la antijuridicidad, y por lo tanto no se actualiza la culpabilidad del agente, toda vez que sería imposible el aplicarle sanción alguna a quien se ha conducido conforme a lo que lo facultan las normas jurídicas.

Las causas de justificación pueden emanar de cualquier ordenamiento jurídico, no se reduce el que las causas permisivas deriven exclusivamente de la norma penal; la razón de ello es que el ordenamiento jurídico es todo el continente de leyes nacionales e internacionales adoptadas por el Estado, aunque metodológicamente se presente dividido, generalmente por materia, para su mejor entendimiento y aplicación. Ello en atención a que una misma conducta no puede ser justa en una rama del derecho e injusta en otra.

Las causas de justificación no excluyen la tipicidad, es decir, una vez que se ha comprobado la existencia de una conducta que se adecua al tipo penal no puede alegarse que, al presentarse una causa de justificación, se destruye la tipicidad de la conducta.

---

<sup>72</sup> Ob cit. pág. 515.

Así, en el finalismo se reconocen las siguientes causas de justificación: el consentimiento del ofendido o de quien puede disponer del bien jurídico, la defensa legítima, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.<sup>73</sup>

## 7 CULPABILIDAD.

Según el concepto psicológico de la culpabilidad, que antes predominaba, ésta era la relación psicológica entre el autor y su hecho. En consecuencia, la culpabilidad era algo que sólo existía en el autor y que, además, se agotaba en esa relación interna frente a la acción. En el dolo y la culpa se veían las especies de culpabilidad. El dolo se caracterizaba por la voluntad de resultado de parte del autor y la culpa por la ausencia de esa voluntad.<sup>74</sup>

En la actualidad, predomina el concepto normativo de culpabilidad, con el que se sustituyó al psicológico. De acuerdo con este criterio, también debe corresponder a la culpabilidad un elemento valorativo, o sea, normativo: la reprochabilidad de la conducta del autor. Así, culpabilidad es la relación reprochable entre el autor y el hecho cometido por él.

Zaffaroni<sup>75</sup> establece que en la culpabilidad se aprecian como criterios legales del reproche del injusto a su autor, dos núcleos temáticos que constituyen arduos problemas jurídicos: la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y un cierto ámbito de determinación del sujeto. En otras palabras, para que se pueda reprochar una conducta a su autor (para que haya culpabilidad), se requiere que éste haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de un

---

<sup>73</sup> Estos aspectos que por los límites del presente trabajo, no se nos permitieron abundar más en ellos, por lo que si el lector quiere puede encontrar más información en las obras de Francisco Antolisei, Manual de Derecho Penal, ob. cit. Sección IV., así como en el Manual de Derecho Penal de Zaffaroni, ob. cit., cap. XXV.

<sup>74</sup> BAUMMAN, Jürgen. Ob. cit. pág. 207.

<sup>75</sup> Ob. cit. pág. 548.

cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio, es decir, que no haya estado en una pura opción.

De lo que hemos expuesto hasta el momento se puede indicar que la culpabilidad está integrada por los siguientes elementos:

a) Imputabilidad, traducida en la capacidad de culpabilidad (capacidad de valorar).

b) Conciencia de la antijuridicidad, consistente en la relación del autor frente al hecho que ha cometido - dolo o culpa -; y

c) Reprochabilidad, por exigírsele una conducta diversa a la desplegada.

#### **a) Imputabilidad**

En el finalismo, la imputabilidad se ubica como un elemento de la culpabilidad, a diferencia de la mayoría de los causalistas que la colocan como un presupuesto de ésta, pues consideran que la imputabilidad se funda en el libre albedrío.

La imputabilidad para los finalistas debe ser entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma.

La imputabilidad es el primer requisito para que pueda considerarse culpable a un sujeto. La imputabilidad, a diferencia de lo que tradicionalmente se venía por la doctrina causalista, que la conceptuaba como la mera "capacidad de entender y querer"; concepto que definitivamente no corresponde a lo que debe entenderse como imputabilidad para el finalismo, ya que para esta doctrina, la imputabilidad se refiere a la capacidad del individuo de realizar acciones; porque para realizar acciones se requiere que la persona tenga conocimiento y tenga voluntad, y para ello se requiere previamente la capacidad de conocer y querer.

Para efectos de la culpabilidad, la imputabilidad entendida como capacidad de culpabilidad, es igualmente una capacidad psíquica del sujeto, pero mucho más restringida que la capacidad de querer y entender a que se refiere el sistema tradicional.

Entonces, para que un sujeto sea imputable se requiere:

- Que tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, que no es lo mismo que la capacidad de "entender, sino una capacidad mucho más restringida, y
- Capacidad de determinarse o de motivarse para actuar de acuerdo a esa comprensión (se trata de una capacidad mucho más específica).

Eso es una cuestión psíquica previa para poder determinar si el sujeto es culpable o no.

#### **b) conciencia de la antijuridicidad**

Además de que el sujeto tenga la capacidad psíquica de comprender o determinarse, se requiere que esa capacidad se actualice en el hecho que realiza el sujeto. Así, otro elemento necesario para formular el juicio de reproche es la cognoscibilidad o conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Cognoscibilidad es la posibilidad de conocimiento o conciencia de la antijuridicidad. Ya se dijo que para actuar dolosamente no se requiere la conciencia de la antijuridicidad, puesto que no se requiere ésta para afirmar el dolo. Sin embargo, si se plantea necesario el análisis de esa conciencia de la antijuridicidad pero para otros efectos, no para el dolo, sino para el juicio de reproche. Aquí es donde hay que ver si ese sujeto que realizó la conducta antijurídica, en el momento de llevar a cabo el hecho tuvo conciencia de lo que estaba haciendo si es o era contrario a derecho. Sólo en la medida en que ese sujeto haya tenido conciencia de lo que estaba haciendo era contrario al derecho, es que se puede considerar culpable. Esto es la

actualización de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, de tal modo que si aquí afirmamos que si el sujeto no tiene la capacidad de comprender, entonces no puede actualizarse esa capacidad, no puede conocer que lo que estaba haciendo es antijurídico.

**c) exigencia de otra conducta**

Finalmente, hay que determinar, de acuerdo a las circunstancias en que se lleva a cabo el hecho, si ese sujeto, autor de la conducta antijurídica, tuvo o no tuvo la posibilidad de actuar de diferente manera, por eso se define a la culpabilidad como el juicio de reproche cuando el sujeto actúa en contra de las exigencias de la norma *pudiendo haber actuado de diferente manera*, refiriéndose a que el sujeto tenía alternativas de acción, es decir, diferentes posibilidades para guiar su conducta; si se determina que la persona en el caso concreto pudo haber actuado de diferente manera a como lo hizo, es decir, en lugar de dispararle a una persona para privarla de la vida, hubiera realizado otra actividad, entonces se dice que tal persona tenía otra posibilidad. A esta situación se llama aquí *exigibilidad de otra conducta*. Para que un sujeto sea culpable, además de ser imputable y tener conciencia de la antijuridicidad, se requiere que le sea exigible un comportamiento diferente. Elementos estos que son necesarios para formularle el juicio de reproche a una persona.

Estos son los componentes de lo que es ahora la culpabilidad, el dolo y la culpa ya no tienen nada que hacer aquí, ambos están, en este sistema, dentro del tipo penal como sus elementos subjetivos. Característica esencial entre los sistemas causalista y finalista.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> Cf WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Ob cit. pág. 125 y ZAFARON, Eugenio. Ob cit. págs 561-564.



## 8. CAUSAS DE INculpABILIDAD.

Ahora corresponde hacer referencia a las causas de inculpabilidad que prevé el sistema finalista, que al igual que los demás elementos, al no comprobarse todos y cada uno de los caracteres del elemento positivo, adquiere vigencia el aspecto negativo, es decir, en el presente punto, si no se dan los tres requisitos de la culpabilidad, tales como la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad o la exigencia de otra conducta, se presenta la inculpabilidad y por lo tanto no se puede hacer el juicio de reproche al autor de la conducta.

Por lo que hace al primer elemento, que es la inimputabilidad, ésta se presenta cuando el activo no tiene la capacidad tanto física como psíquica para comprender los alcances de la conducta desplegada. En otras palabras, hemos de decir que la inimputabilidad se da cuando el sujeto no reúne la edad mínima requerida por la ley, para que un sujeto pueda ser sujeto a un proceso penal; cuando tampoco tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de su hecho (elemento cognoscitivo) o no pueda conducirse de acuerdo a esa comprensión (elemento volitivo), por padecer algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado (ser idiota, imbecil, etc.).

En segundo lugar tenemos a la conciencia de la antijuridicidad, cuyo elemento negativo lo es esa inconciencia, el no saber o no comprender que se está actuando contrariamente a lo que disponen las normas penales, a pesar de que el individuo sabe que su conducta es típica y antijurídica. sin embargo tal conocimiento se encuentra enmarcado por el llamado error de prohibición. En efecto, en el apartado de la atipicidad finalista (supra capítulo segundo. 4. pág. 14), una de las causas para que ésta se presente era por la existencia de un error de tipo, mismo que se refiere al falso conocimiento de los elementos

objetivos descriptivos o normativos del tipo penal. Pues ahora bien, en la culpabilidad se hace el estudio no del dolo ni de la culpa, sino del conocimiento del actuar doloso o culposamente, es decir, que el sujeto al no tener la conciencia de la antijuridicidad es porque se encuentra bajo algún supuesto de error de prohibición, el cual se refiere ya sea a que el individuo crea que actuó bajo el permiso de una norma jurídica o que se encontraba, aún con el conocimiento de la antijuridicidad, bajo una causa que justificara ese actuar típico y antijurídico. Así, el error de prohibición se conoce de dos formas, que son el error de prohibición directo y el error de prohibición indirecto.

Por lo que hace al primero, éste se refiere básicamente al error (falsa concepción de la realidad) en que se encuentra el sujeto sobre la antijuridicidad de su hecho, con pleno conocimiento del encuadramiento de la conducta en el tipo penal. El sujeto cree que su conducta la está realizando bajo una norma permisiva, cree que no es antijurídica, por no conocer la norma o porque la interpreta mal.

El error de prohibición indirecto es aquel que se manifiesta cuando el sujeto sabe que su conducta es típica y antijurídica; sin embargo la realiza creyendo que se encuentra amparado por alguna causa de justificación.

Al presentarse alguno estos errores se puede eliminar la culpabilidad o la reprochabilidad, cuando es inevitable, pero cuando el error es evitable, lo que sucede es que el grado de la culpabilidad disminuye hasta en lo que la ley lo permita.<sup>77</sup>

En síntesis, el error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad, ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es vencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar el reproche; cuando es vencible, para

<sup>77</sup> Cf. BAUMANN Ob cit. págs. 255-257, y ORELLANA Wiarco. Ob cit. págs. 125-126.

nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa, ya que está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena.<sup>76</sup>

Por otra parte, y como inexigibilidad de otra conducta tenemos como supuestos básicos al estado de necesidad inculpante, y la incapacidad de dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad, proveniente de causas psíquicas.

El estado de necesidad inculpante es el que se da cuando entran en colisión males, no evitándose uno de mayor entidad que el que se causa. La coacción, entendida como una acción de un tercero que amenaza a otro para que cometa un delito, puede ser un estado de necesidad inculpante, pero también puede ser un estado de necesidad justificante; si el mal que se le amenaza es equivalente al que se quiere hacer causar, habrá un estado de necesidad inculpante; en lugar, si el mal que se le amenaza es más grave que el que se quiere hacer causar, la coacción será un estado de necesidad justificante.

La imposibilidad de dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad se presenta cuando la incapacidad psíquica hace inexigible la adecuación de la conducta a la comprensión de la antijuridicidad.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Ob. cit. pág. 577

<sup>79</sup> Ibidem. págs. 593-596.

## CAPITULO TERCERO

### LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

#### A FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

Gran trascendencia han tenido las reformas constitucionales en materia penal que fueron publicadas el 03 de septiembre de 1993 en el Diario Oficial de la Federación y que fueron la consecuencia de años de lucha tanto por legisladores como por doctrinarios, por la necesidad que siempre ha existido por procurar una mejor impartición de justicia en nuestra nación

Así, se modificaron los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución, aunque los que nos revisten mayor interés son los tres primeros, los cuales son los que contienen los principios de las disposiciones represivas en nuestro ordenamiento legal, y que no habían sido modificados desde el texto original aprobado por el Constituyente de Querétaro.

Los artículos 16, 19, 20 y 21 constitucionales se encuentran clasificados dentro de las garantías de seguridad jurídica y ellos se refieren tanto a la libertad como al procedimiento penal, desde la orden de aprehensión hasta la sentencia definitiva que deba dictarse en el procedimiento respectivo. Dichas garantías de seguridad jurídica, se imputan al gobernado en su calidad de inculpaado e impone a la autoridad judicial que conoce del juicio respectivo, diversas obligaciones y prohibiciones a título de requisitos constitucionales que deben observarse durante el procedimiento criminal.

Por lo que hace al artículo 16, el cual regula esencialmente los lineamientos de las ordenes judiciales de aprehensión y sus modalidades<sup>80</sup>, así como las relativas a los cateos y visitas domiciliarias, al igual que la intervención de comunicaciones telefónicas; en primer lugar se puede señalar la reubicación del párrafo segundo de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, ya que el mismo estaba indebidamente colocado en las reglas correspondientes al juicio de amparo de acuerdo al texto original de 1917, y se referían a la ejecución de las órdenes de aprehensión, que disponían de veinticuatro horas para poner al detenido a disposición del juez, y que ahora ocupa el tercer párrafo del artículo 16 de nuestra Carta Magna, siendo modificado en cuanto al término que se tiene por la autoridad ejecutora de las órdenes de aprehensión, y que se refiere a que debe ser sin dilación alguna, es decir, a partir de la reforma, una vez que se dé cumplimiento a la orden de aprehensión el indiciado debe ser puesto a disposición del juez de manera inmediata, y en caso de que no lo hagan así será bajo la más estricta responsabilidad del ejecutante, pudiendo ser sancionado por la ley penal.

Por otro lado tenemos cambios de mayor importancia, entre los que se encuentran la facultad que se otorga al Ministerio Público para dictar órdenes de detención en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así considerado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial en razón de la hora, lugar o circunstancia. Esta orden será emitida bajo la responsabilidad del Ministerio Público, quien debe fundar y motivar tal resolución.<sup>81</sup>

También se otorga al Ministerio Público la atribución de retener a los inculpados que le sean presentados en los casos de delitos flagrantes por un máximo de cuarenta y ocho horas, tiempo en que deben ponerlos a disposición del juez o bien, decretarles la libertad. Dicho plazo

<sup>80</sup>Entendiendo por éstas las órdenes de detención y retención que puede obsequiar el Ministerio Público, según la reforma en comento.

<sup>81</sup>FIX ZAMUDIO, Héctor. La importancia y Perspectivas de las Reformas Penales. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México. 1994. pág. 31.

podrá duplicarse cuando se trate de delitos relativos a delincuencia organizada o por caso urgente.

Finalmente, hemos de decir que el Juez, para librar la orden de aprehensión, debe previamente verificar el requisito de procedibilidad (denuncia o querrela), que el hecho se encuentre sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y que se tengan por acreditados los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculpado; ésta modificación tiene trascendencia en el nuevo sistema penal, ya que ahora no basta con que se tengan por acreditados los elementos objetivos que constituían el "cuerpo del delito", del que se hablaba antes de la reforma, sino que hoy en día deben acreditarse tanto los elementos objetivos como los subjetivos que integran el tipo penal en concreto.

En cuanto al artículo 19 constitucional, éste se refiere a la base del procedimiento penal, ya que se obliga al juzgador a resolver la situación jurídica del inculpado en un término de setenta y dos horas a partir de que aquél es puesto a su disposición, decretándole la formal prisión o bien su libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, para el primer supuesto debe tener por acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado. En este apartado se cuenta con una mayor seguridad para el reo, incluso, desde la misma redacción del precepto legal vigente, puesto que se establece que ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a menos que se justifique con un auto de formal prisión.

Por lo que hace al artículo 20 de la carta magna, en ella se establecen todas las garantías procesales del inculpado, tales como la libertad provisional, misma que deberá concederse de manera inmediata una vez que se cumpla con los requisitos que la misma ley establece, el derecho del inculpado a declarar o no si así lo desea; se establece el derecho a ofrecer pruebas, que también se proporcionen los datos que el inculpado requiera para la

debida preparación de la defensa así como los tiempos en que debe ser sentenciado, el derecho a nombrar defensor desde la declaración preparatoria, entre otros derechos.

Finalmente en el artículo 21 constitucional se contienen dos garantías específicas de seguridad jurídica fundamentales:

a) La primera de ellas consiste en que "la imposición de las penas es propia de la autoridad judicial". Esta garantía reserva el imperio de imposición de penas, entendiendo como tales las contenidas en el artículo 24 del código penal, única y exclusivamente a la autoridad judicial; y :

b) Otra garantía de seguridad jurídica en dicho precepto consiste en que "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél". Esta garantía de seguridad es la que comúnmente se conoce como el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

## **B EL MINISTERIO PUBLICO**

El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo), que actúa en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes.

### **1. CONCEPTO**

El Ministerio Público es un organismo del Estado, de muy variadas atribuciones, ya sea de índole administrativa o dentro del proceso penal como representante social en el ejercicio

de la acción penal, así como fiel guardián de la legalidad, velando por los intereses de la sociedad en los casos y por los medios que le asignan las leyes.<sup>82</sup>

## 2. PRINCIPIOS CARACTERIZADORES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Diversos autores concuerdan en que son cuatro los principios que distinguen al Ministerio Público y que son los siguientes: jerarquía, indivisibilidad, indiferencia e irrecusabilidad.<sup>83</sup>

**JERARQUÍA.** Este principio significa que el Ministerio Público se encuentra organizado jerárquicamente, bajo la dirección y mando del Procurador General de Justicia.

En México, el titular de la Institución es el llamado Procurador de Justicia, quien por razón de trabajo es auxiliado por agentes que lo representan y actúan bajo esa dependencia funcional, es decir, jerarquía.

**INDIVISIBILIDAD.** Como se ha dicho, el Ministerio Público se hace representar por múltiples agentes, quienes no actúan por derecho propio, sino que actúan a n nombre de la Institución que representan, además cabe agregar que en los asuntos en que tenga que intervenir el Ministerio Público pueden participar varios agentes, así como también pueden ser sustituidos, sin que se tenga que pensar que lo actuado por el agente sustituido ya no tenga validez; por el contrario, dichas actuaciones siguen teniendo la misma fuerza, ya que no se toma en cuenta la característica personal de quien actúa, sino la investidura y facultades con que la hace, de tal suerte que las actuaciones tienen validez jurídica.

<sup>82</sup> CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. UNAM Segunda Edición. México, 1993. pag. 14.

<sup>83</sup> Cf. CASTILLO SOBERANES. Ob cit. pag. 28-29. ORONÓZ SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Penal, Ed. Limusa Noriega Tercera Edición. México 1990. pag. 54. SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, Ed. Harla. México. 1990. pags. 165-167.



**INDEPENDENCIA.** Consiste en que se puede analizar tanto frente al poder judicial como ante el ejecutivo, siendo partidarios de la independencia de quienes se inclinan por la inmovilidad y selección de los funcionarios.

Aunque dentro de la institución sus agentes o miembros dependen unos de otros de manera jerárquica, ha de diferenciarse la independencia de la Institución.

**IRRECUSABILIDAD.** La irrecusabilidad del Ministerio Público se manifiesta en el hecho de que tal órgano no puede dejar de conocer los hechos que se sometan a su consideración, sin que ello signifique que sus agentes no deban excusarse en los mismos términos que los juzgadores.

### **3. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO**

En México, al Ministerio Público se le han dado múltiples funciones, ya que es persecutor de los delitos, en la averiguación previa y en el procedimiento penal, consejero jurídico del gobierno, representante jurídico de la federación, vigilante de la legalidad, interviene en asuntos civiles y familiares, en la nacionalización de bienes, extradición, etc.

Sin embargo, las principales funciones del Ministerio Público en materia penal son las consagradas en el artículo 21 de la Constitución política, en el cual se manifiesta que le corresponde la investigación de los delitos y el correspondiente ejercicio de la acción penal; y una vez iniciada la instrucción ante el juzgador, precisar su acusación.

Por otra parte también se concede una facultad de gran importancia al Ministerio Público, y es la concerniente a poder decretar la libertad provisional de los indiciados que se encuentren a su disposición durante la averiguación previa y que hayan sido detenidos en delito flagrante, siempre y cuando reúnan los indiciados los requisitos exigidos por el artículo 20 constitucional en su fracción Y, además de que el Ministerio Público, por el contrario,

también puede ordenar la detención y retención de los inculpados cuando se trate de delitos graves o casos urgentes, esto bajo su más estricta responsabilidad.

## C COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

### 1. AVERIGUACIÓN PREVIA

Considerando al proceso penal como una relación jurídica, podemos advertir que existen diversos actos que desarrollan los sujetos que participan en su preparación, consecuentemente, estos actos provienen de mandatos expuestos por la ley, los que además se ajustan a formas, formalidades y, en algunos casos, a solemnidades.

Siendo acusatorio el sistema adoptado por nuestras leyes, será el Ministerio Público quien, por medio del ejercicio de la acción penal, provoque al órgano jurisdiccional a fin de que emita las resoluciones correspondientes al caso y, a su vez, origine actos defensivos a cargo del acusado y su defensor.

El periodo de preparación del ejercicio de la acción penal se inicia con la denuncia o la querrela y concluye cuando el Ministerio Público está en aptitud de ejercitarla, una vez que a su criterio han quedado demostrados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, de tal manera que con la consignación de los hechos al órgano jurisdiccional se inicia el procedimiento, y con ello su institución.<sup>84</sup>

La averiguación previa, según Colín Sánchez, es la etapa procedimental en la que el Estado, por conducto del Procurador de Justicia y los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan

---

<sup>84</sup>QUINTANA VALTIERRA JESÚS y Alfonso Cabrera Morales. Manual de Procedimientos Penales. Ed Trillas. México. 1995. pags. 27-28.

estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del justiciable.<sup>85</sup>

La naturaleza jurídica de la averiguación previa, y en su caso, el ejercicio de la acción penal se desprende del artículo 16 constitucional, puesto que para que pueda librarse una orden de aprehensión se deben cubrir ciertos requisitos como lo son: que sea librada por una autoridad competente (el juez penal que corresponda); que exista denuncia o querrela respecto de un hecho que la ley señale como delito; que al menos esté sancionado con pena privativa de libertad; asimismo deben existir datos suficientes que tiendan a acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Así pues, toda averiguación previa se inicia con una denuncia o querrela<sup>86</sup>; por lo tanto pasamos a tratar de explicar en que consiste cada uno de estos conceptos.

#### a) denuncia o querrela

**DENUNCIA.** La palabra denuncia o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical significa aviso, poner en conocimiento de alguien un hecho o situación. En nuestra materia debemos entender que la denuncia consiste en hacer del conocimiento de la autoridad competente un hecho o situación que puede constituir algún delito, a efecto de que el Ministerio Público, inicie las diligencias necesarias para comprobar tal comunicado y en su oportunidad pueda ejercer la acción penal.

Es importante resaltar que la denuncia puede ser formulada por cualquier persona, aún cuando no sea el afectado, e incluso, no haya presenciado los hechos.

---

<sup>85</sup>COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo Quinta Edición. Ed. Porrúa, México 1995, pág. 311.

<sup>86</sup>Dejamos aparte lo relativo a la acusación puesto que dicho término, en la práctica únicamente se utiliza cuando el Ministerio Público formula conclusiones de culpabilidad en contra del justiciable y esto se hace una vez cerrada la instrucción del procedimiento

Así, la denuncia es la relación de hechos que se consideran delictuosos, ante el organo investigador, quien inicia las diligencias que integran la averiguación previa, presentando las siguientes características:

- 1. una narración de hechos presumiblemente delictuosos;
- 2. debe presentares ante el órgano investigador (Ministerio Público);
- 3. puede ser hecha por cualquier persona.<sup>87</sup>

En cuanto al primer elemento, éste consiste en exponer de forma sencilla los hechos presuntamente delictuosos que integran la posible comisión de un delito.

La segunda característica se refiere a que tal narración de hechos debe hacerse ante la autoridad competente que en este caso lo es el Ministerio Público, según lo establece el artículo 21 de la constitución, y excepcionalmente ante la policía judicial federal, ya que en materia federal, "los integrantes de la policía judicial", en ejercicio de sus facultades, deben "...recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquellas que no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la policía judicial federal informará de inmediato a las mismas y de las diligencias practicadas..." (artículo 3º fracción I del código federal de procedimientos penales).<sup>88</sup>

Y por lo que hace al tercer elemento, quien entera al Ministerio Público del hecho posiblemente delictuoso es cualquier persona, sin importar edad, estado civil, sexo, religión o nacionalidad;; ya que es un deber civico el denunciar cualquier acto que atente contra los bienes tutelados por el Estado, que por ser realmente importantes para la armonía de la sociedad, al ser transgredidos por un particular deben serle repudiados sus actos.

---

<sup>87</sup>ORONoz SANTANA, Carlos. Ob cit. pág. 66.  
<sup>88</sup>COLIN SANCHEZ, Ob cit pag. 311-312.

## LA QUERRELLA

La *querrela* se define, según Manuel Rivera Silva, como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Órgano Investigador, con el deseo manifiesto de que se le persiga al autor del delito. El análisis de la definición arroja los siguientes elementos.

1. Una relación de hechos;
2. Que esta relación de hechos sea hecha por parte del ofendido; y
3. Que se manifieste la queja, el deseo que se persiga al autor del delito.<sup>99</sup>

Al igual que la denuncia, la relación de hechos que se haga ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita debe versar sobre algo que puede constituir un delito; además no basta con señalar a una persona determinada como el autor del acto.

También en la querrela, es requisito indispensable que el ofendido o la persona que resintió la afectación del bien jurídico en forma directa, sea quien haga del conocimiento del Ministerio Público tal situación. Según el autor antes mencionado, estima que los delitos que se persiguen por querrela necesaria, en estos entra en juego un interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de estos delitos especiales. En otras palabras, se estima que en los delitos de querrela no sería eficaz actuar oficiosamente porque con tal proceder se podrían ocasionar a un particular daños mayores a los que experimenta la sociedad con el mismo delito.

El tercer elemento de la querrela surge por la necesidad que tiene el ofendido del delito de que se castigue a su autor, es decir, una vez que el ofendido acude ante el órgano ministerial para hacer del conocimiento de éste el hecho delictuoso que vulneró su esfera jurídica es lógico pensar que acude ante la representación social para que se castigue al culpable, es su deseo llegar hasta esta consecuencia; independientemente que sabemos que

---

<sup>99</sup>RIVERA SILVA Manuel. El Procedimiento Penal. Décimo primera edición. Ed. Porrúa. México. 1980. pág. 120.

en los delitos perseguibles por querrela procede el perdón de la víctima, y por lo tanto puede no llegar a ejercer la acción penal, o una vez ejercida ésta, da cabida a la extinción de la pretensión punitiva del Estado y al sobreseimiento correspondiente de la causa penal ante la institución jurisdiccional.

Así, el artículo 263 del código de procedimientos penales nos establece que: Solo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;

II. Difamación y calumnia, y

III. Los demás que determine el código penal

Entre los que determina el código penal son los siguientes: violación de correspondencia (art. 173), del peligro de contagio (artículo 199bis); el ejercicio indebido de un derecho (art. 226); adulterio (art. 274); amenaza (art.282); lesiones (art. 289); injurias, calumnias y difamación (art. 360), el llamado robo defamélico o por estado de necesidad (art. 380), abuso de confianza (art. 382), fraude (art. 386), despojo (art. 395) y daño en propiedad ajena (art. 397), estos últimos cinco delitos encuentran su fundamento en el artículo 399 bis, todos ellos del código penal.

#### EFFECTOS DE LA DENUNCIA Y QUERRELA

Los efectos de la denuncia o querrela es motivar la actuación del Ministerio Público y la policía judicial para que se aboquen a la investigación de lo que se les narró, con la única finalidad de verificar en realidad si se acreditan los elementos del tipo penal así como la probable responsabilidad de un sujeto determinado en la comisión de un delito y que finalmente se consignen estos hechos ante el Juez correspondiente.

**b. flagrancia**

La flagrancia consiste en la detención que se hace del autor del posible delito el momento en que éste se está llevando a cabo. Se señala a un sujeto como responsable, encontrándose en su poder el objeto del delito, el instrumento con que lo cometió o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad. Se detiene al sujeto por cualquier persona, al momento en que ocurre el acto delictivo o al momento que le sigue a éste y que era conocido como cuasiflagrancia, que es cuando se detiene al sujeto después de que realizó el acto delictivo, ya bien consumándolo, ya bien poniendo en peligro el bien jurídicamente protegido.

Además, no hay que pasar por alto la detención que ordena el Ministerio Público, y bajo su responsabilidad, respecto de un sujeto cuando se trata de caso urgente referido a un delito grave así considerado por la ley, en atención a lo que dispone el numeral 268 del código de procedimientos penales.

**c) la acción penal**

La acción penal o el ejercicio de la acción penal no es otra cosa que poner a disposición del Juez penal, por parte del Ministerio Público, los hechos que estima como delictuosos, una vez que ha agotado la averiguación previa(habiendo practicado todas las diligencias necesarias, por medio de las cuales obtuvo los datos suficientes para considerar que se acreditaron los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de un sujeto determinado en la comisión del delito).

Así, una vez que el Ministerio Público considera que ya se han satisfecho los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del o los indiciados, ejerce la acción penal,

consignando los hechos y, en su caso, al detenido, ante la autoridad judicial, o lo que es lo mismo, exista al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto, y es en este acto cuando concluye la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y surge el ejercicio de ella (sic)<sup>90</sup>

Como se ha venido diciendo, y conforme al artículo 21 constitucional, el ejercicio de la acción penal se encomienda al Ministerio Público, en efecto, y a fin de corroborar lo antes mencionado procedemos a señalar las características de la acción penal<sup>91</sup>:

#### **Carácter público de la acción penal.**

La acción siempre es pública, debido a que se dirige a poner del conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, el acontecimiento de un ilícito, a fin de que se pueda aplicar una pena a quien ha cometido un delito, y aún cuando dicho ilícito cause un daño privado, la acción siempre seguirá siendo pública porque se encamina a hacer valer un derecho público del Estado.

Además, en las leyes se establece el carácter público de la acción penal, puesto que su ejercicio está a cargo del Estado, por conducto de uno de sus subórganos para provocar la intervención del juez que resolverá la situación jurídica planteada.<sup>92</sup>

#### **La acción penal es única**

Se señala que es única para todos los delitos ya que no hay una acción especial, sino que envuelve en su conjunto a todos ellos; no puede haber una acción para cada delito que hubiere cometido un sujeto determinado.

---

<sup>90</sup> Ibidem, pág. 59

<sup>91</sup> CASTILLO SOBERANES, Ob. cit., págs. 47-50.

<sup>92</sup> cf. COLIN SANCHEZ, Guillermo, Ob. cit., pág. 305



consignando los hechos y, en su caso, al detenido, ante la autoridad judicial, o lo que es lo mismo, exista al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto, y es en este acto cuando concluye la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y surge el ejercicio de ella (sic)<sup>90</sup>

Como se ha venido diciendo, y conforme al artículo 21 constitucional, el ejercicio de la acción penal se encomienda al Ministerio Público, en efecto, y a fin de corroborar lo antes mencionado procedemos a señalar las características de la acción penal<sup>91</sup>:

#### **Carácter público de la acción penal.**

La acción siempre es pública, debido a que se dirige a poner del conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, el acontecimiento de un ilícito, a fin de que se pueda aplicar una pena a quien ha cometido un delito, y aún cuando dicho ilícito cause un daño privado, la acción siempre seguirá siendo pública porque se encamina a hacer valer un derecho público del Estado.

Además, en las leyes se establece el carácter público de la acción penal, puesto que su ejercicio está a cargo del Estado, por conducto de uno de sus subórganos para provocar la intervención del juez que resolverá la situación jurídica planteada.<sup>92</sup>

#### **La acción penal es única**

Se señala que es única para todos los delitos ya que no hay una acción especial, sino que envuelve en su conjunto a todos ellos; no puede haber una acción para cada delito que hubiere cometido un sujeto determinado.

---

<sup>90</sup> Ibidem, pág. 59.

<sup>91</sup> CASTILLO SOBERANES, Ob cit. págs. 47-50.

<sup>92</sup> cf. COLIN SANCHEZ, Guillermo, Ob cit. pág. 305

#### **La acción penal es indivisible**

Asimismo se señala que tiene un carácter indivisible, porque produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de lo delitos o para quienes los auxilian.

#### **Es irrevocable**

La acción penal es irrevocable, con lo que se quiere decir que si ésta se ejerce poniendo en conocimiento del órgano jurisdiccional, no se tiene más que un fin, el Ministerio Público no puede disponer de ella, ni desistirse como si fuera un derecho particular, se tiene que llegar hasta las últimas consecuencias, tal como lo es el obtener una sentencia definitiva.

Por otra parte, una vez que se ejerce la acción penal por parte del órgano investigador se pasa a otra etapa del procedimiento penal, la llamada *preinstrucción o instrucción*, misma que se desarrollará ante el juez.

Asimismo, podemos decir que cuando se lleva a cabo el ejercicio de la acción penal se hace de dos formas, la primera es la llamada "consignación con detenido", que se presenta cuando el inculcado es detenido en delito flagrante o caso urgente y se encuentra a disposición del Ministerio Público, quien ordena su retención para poder integrar la averiguación previa; en estos supuestos el Ministerio Público pone a disposición del juez tanto las constancias que integran la averiguación previa como al mismo inculcado. Además, una vez que se ha hecho la consignación con detenido, el juez que va a conocer de la causa tiene la obligación de ratificar la legalidad d la detención, y en caso de que esta no lo haya sido, debe poner en inmediata libertad al indiciado con las reservas de ley.<sup>93</sup>

El otro supuesto es la consignación sin detenido, que como su nombre lo indica, sólo se remiten las constancias de la averiguación previa al juez, haciéndole el pedimento correspondiente respecto del inculcado, como a continuación veremos.

---

<sup>93</sup> Artículo 16 constitucional párrafo sexto.

## **2. PEDIMENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO AL EJERCER ACCIÓN PENAL SIN DETENIDO.**

Siguiendo los lineamientos que preceden, hace notorio que el Ministerio Público, al ejercer la acción penal con el fin de activar la actitud del juez, es decir, solicita que el juez lleve a cabo las diligencias necesarias para que en su momento llegue a dictar una sentencia en la cual resuelva en definitiva si se comprueban plenamente o no los elementos del tipo penal así como la responsabilidad del acusado, respecto del delito que se le imputa.

Así, al ejercerse la acción penal, en este caso, sin detenido, el Ministerio Público, toda vez que solo consigna los hechos y no al probable responsable, debe necesariamente solicitar del juez, libre una orden determinada, a fin de que el indiciado esté frente a él para tomarle la declaración preparatoria.

En efecto, el Ministerio Público tiene la obligación de solicitar al juez una orden, ya sea de aprehensión, comparecencia o incluso una cita, a fin de que el probable responsable rinda la declaración correspondiente respecto a los hechos que se le imputa.

Así es como trataremos de explicar en que consisten las diferencias entre una y otra, y porque se debe de solicitar la orden de aprehensión, de comparecencia o cita.

### **a) ORDEN DE APREHENSIÓN.**

Tomando en cuenta lo que establece el artículo 16 constitucional en su segundo párrafo, que señala que "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, 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."<sup>94</sup>

<sup>94</sup>Artículo reformado el 03 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación.

Antes de la reforma este mismo precepto establecía: ... no podrá librarse orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia acusación o querrela de un hecho que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado”.

Así, el texto vigente es más claro y preciso, aún cuando deja subsistente el error relativo a la “acusación”, ya que como bien sabemos dicho término se utiliza una vez que formula conclusiones con carácter precisamente “acusatorio”, al momento en que ya señala y manifiesta que el enjuiciado sí es penalmente responsable del delito que se le imputa; vicio que no pudo subsanar el constituyente actual, pues hubiera sido preferible que el precepto en cita quedara únicamente con el requisito de procedibilidad consistente en la denuncia o querrela y deja a la acusación hasta el momento de formular las conclusiones, una vez cerrada la instrucción.

Por otra parte y atendiendo a lo que realmente nos ocupa en este apartado hemos de señalar que, para que el juez pueda librar una orden de aprehensión es necesario que tenga por satisfechos ciertos requisitos, mismos que a continuación se señalan:

- 1.- Que la solicite el Ministerio Público;
- 2.- Que la libre la autoridad judicial;
- 3.- Que exista denuncia o querrela respecto de un hecho determinado que la ley señale como delito;
- 4.- Que el delito de que se trate se encuentre sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad;
- 5.- Que existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado.

1.- Entonces tenemos que por lo que hace al primer requisito es que la orden de aprehensión la solicite el Ministerio Público, que como hemos señalado en reiteradas ocasiones, dicho órgano es quien tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y en tal virtud es el único que puede dirigirse al juez para que en su caso haga el obsequiamiento de la orden solicitada.

2.- En segundo lugar tenemos que quien debe librar la orden de aprehensión lo es el juez penal, como autoridad judicial y no cualquier otra autoridad, ya que por lo delicado de la materia es obvio que solo quien tiene competencia para librar dicha orden sólo lo es un juez penal, ya sea en materia federal o local, según el tipo de delito de que se trate, y tampoco omitimos señalar que se asignan las averiguaciones a los juzgadores mediante riguroso turno.

3.- El tercer requisito lo encontramos en que es necesario la previa existencia de una denuncia o querrela, formas en que se puede hacer del conocimiento del órgano investigador los hechos que pueden constituir un delito y con la finalidad de que se señale a un responsable y en su oportunidad se le pueda castigar.

4.- Enseguida y el requisito más importante para el libramiento de esta orden es que, el delito de que se trate se encuentre sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, es decir, bien sabemos que los delitos se pueden sancionar de diversas maneras, pues las penas se enuncian en el artículo 24 del código penal. Por esto, lo más importante es, que el delito de que se trate esté sancionado por lo menos con pena privativa de libertad, pues además de ella también puede imponerse la multa, la reparación del daño, etc.

Aunado a lo anterior es procedente señalar que el artículo 18 de la carta magna señala que sólo habrá lugar a la prisión preventiva cuando se encuentre sustentado por un auto de "formal prisión". Así, si un delito se encuentra sancionado con una pena que no sea privativa de libertad, es obvio que no puede librarse la orden de aprehensión, además existen delitos

que se sancionan con pena alternativa, que puede ser al de prisión o cualquier otra pena como lo es la multa.

En estos casos se debe tener bien presente la disyuntiva "o" a que se refiere el tipo de sanción, ya que el delito, por poner un ejemplo puede sancionarse con pena de prisión o multa, en estos casos y toda vez que solo se pretende lograr la presencia del inculpaado ante el juez que conoce de la causa para efecto de tomarle la declaración preparatoria y en este sentido se obliga al juez a aplicar el principio que señala "deberá estarse a lo más favorable al reo". en este caso la orden de aprehensión no será lo más favorable a aquél.

5.- Finalmente tenemos que al juez se obliga a tener por acreditados los elementos del tipo penal de que se trate, así como la probable responsabilidad del inculpaado. Por lo que hace a este punto lo retomaremos más adelante, al hablar de la comprobación de los elementos del tipo penal. (infra) Y sólo por adelantar diremos que por lo que hace a los elementos del tipo, se trata de los elementos objetivos y subjetivos, mientras que la responsabilidad se refiere a la culpabilidad.

#### **b) ORDEN DE COMPARECENCIA**

Por lo que hace a este apartado hemos de decir que sigue los mismos parámetros que la orden de aprehensión, a excepción de que lo que aquí lo que se solicita es la comparecencia del inculpaado ante el juez que la libra.

Así es, para librar la orden de comparecencia es necesario:

- 1.- Que la solicite el Ministerio Público;
- 2.- Que la libre la autoridad judicial;
- 3.- Que exista denuncia o querrela de un hecho determinado por la ley como delito;
- 4.- que no sea sancionado necesariamente con pena privativa de libertad;

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

5.- Que se tengan por acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trata y que hayan datos que acrediten al probable responsable del inculcado.

Como ya habíamos señalado, aquí el único punto que difiere de la orden de aprehensión lo es el que se refiere a la sanción del delito, pues ya dijimos que cuando el delito tenga pena alternativa, en el que exista la pena de prisión o alguna otra sanción, en el que deba aplicarse una u otra sanción, no se debe librar la orden de aprehensión, sino que debe ser la orden de comparecencia, puesto que al sujeto no se le puede privar de su libertad, ya que de ser así se violarían sus garantías individuales; además este criterio se debe aplicar también cuando el delito ni siquiera tenga prevista la prisión como pena, ya que se puede referir a la multa o a cualquier otra.

#### **c) CITA AL INculpADO**

El tercer supuesto de pedimento por parte del Ministerio Público lo es la cita al inculcado, la cual procede cuando, tratándose de un delito que sí se sanciona necesariamente con pena privativa de libertad, el inculcado ya obtuvo su libertad provisional bajo caución desde la misma etapa de indagatoria, es decir, desde que fue consignado ante el Ministerio Público, siendo éste quien le otorgó dicho beneficio, ello con apoyo en el artículo 20 constitucional ya reformado; por lo que una vez que el inculcado se encuentra en libertad provisional, el Ministerio Público, al ejercer la acción penal, sin detenido, solicita al Juez libre una cita al inculcado, a fin de que éste se presente ante el órgano jurisdiccional y se esté en posibilidades de tomarle su declaración preparatoria y con ello no violar su derecho de libertad, esto es sin perjuicio de que una vez que el inculcado esté frente al Juez que conozca de la causa se haga de su conocimiento que las garantías que exhibió ante el Ministerio Público son insuficientes, a criterio del Juez, para que siga gozando de su libertad provisional o que en

realidad la caución exhibida no cubra las garantías mínimas que exige la ley, pudiendo revocarle en ese momento su libertad.

Por otra parte, el Ministerio Público, al ejercer la acción penal y consignar los hechos ante el Juez, aparte de solicitar se cite al indiciado también solicita se aperciba a dicho sujeto para que comparezca en día y hora determinados que señale el juez y en caso de que no lo haga asó, se le revoque la libertad provisional de la cual goza y se ordene su aprehensión conforme al artículo 16 de nuestra Carta Magna, en relación al 132 del código adjetivo penal.

Lo anterior deriva de la facultad constitucional que prevé el artículo 20 constitucional en su penúltimo párrafo, pues el mismo señala que "Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas en la averiguación previa en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estarán sujetas a condición alguna". Con ello se entiende que el inculpado puede solicitar su libertad provisional desde el inicio de la averiguación previa. Obviamente, también se refiere a los casos en que el inculpado ha sido detenido en delito flagrante y que el delito que se le impute no sea considerado como grave por la ley, debiendo reunir los requisitos señalados en la fracción Y del citado artículo constitucional, en relación al artículo 133 bis del código de procedimientos penales.

Así, una vez que el Ministerio Público otorgó la libertad provisional del indiciado y llevadas a cabo todas las diligencias necesarias para tener por acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de dicho sujeto se ejerce la acción penal, solicitando al juez gire la cita correspondiente a dicho sujeto a efecto de que se le tome la declaración preparatoria respecto de los hechos que se le imputan, debiéndolo apercibir que en caso de no comparecer el día y hora que se señale, se le revocará dicha libertad y en consecuencia se ordenará su aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público, conforme a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 271 del código adjetivo de la materia



### **3 AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL**

Una vez que se ha ejercido la acción penal ante el Juez, éste tiene la obligación de radicar la averiguación previa y asignarle un número de partida; asimismo, en caso de que la consignación haya sido con detenido, el Juez debe de calificar la legalidad de la detención de manera inmediata y en caso de que no lo haya sido deberá de ordenar la inmediata libertad del inculcado con las reservas de ley.

Por otra parte si la consignación se hizo sin detenido, el juez tiene la obligación de hacer el estudio de la consignación para verificar que hasta ese momento se hayan satisfecho los requisitos exigidos por el artículo 16 de la constitución, y en caso positivo deberá librar la orden de aprehensión, de comparecencia o la cita en contra del inculcado, según corresponda.

Así, una vez que el inculcado ya se encuentra físicamente a disposición del juez, por cualquiera de los supuestos antes mencionados, el juez a partir de que tenga conocimiento de que el inculcado ya se encuentra a su disposición, cuenta con un término de cuarenta y ocho horas para tomarle su declaración preparatoria respecto de los hechos que se le imputan, procediendo a llevar a cabo la audiencia a que se refiere la fracción III del artículo 20 constitucional.

#### **a) Declaración preparatoria.**

Una vez que el inculcado es puesto a disposición del juez, bien porque el Ministerio Público hizo la consignación con detenido, o bien, porque habiéndolo hecho sin detenido se dio cumplimiento a la orden de aprehensión, de comparecencia, o el inculcado acudió ante él por la cita que se le hizo llegar; dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la puesta a disposición del inculcado, el juez deberá hacerle saber en audiencia pública el

nombre de su "acusador" y la naturaleza de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.<sup>95</sup>

Asimismo, y conforme al artículo 290 del código de procedimientos penales la declaración preparatoria deberá iniciar con las generales del indiciado, incluidos los apodosos si los tuviere, el grupo étnico al que pertenezca (esto para el caso de que no hable o no entienda el idioma español se le nombre a un intérprete o traductor); enseguida se le hará saber que tiene derecho a una defensa, ya sea por sí, por un abogado o por persona de su confianza, en el caso de que no tenga abogado o persona de confianza o se niegue a designarlo se le nombrará al defensor de oficio, a fin de no dejarlo en estado de indefensión.

A continuación se le hará saber si tiene o no derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución, así como los montos que deberá exhibir para el caso de que esta proceda; acto seguido se le hará saber en que consiste la denuncia, acusación o querrela, así como los nombres de las personas que deponen en su contra a efecto de que pueda contestar el cargo, preguntándosele si es su deseo declarar o no al respecto. Finalmente, se le harán saber todas las garantías consagradas en el artículo 20 constitucional y con ello finalizará la declaración preparatoria; obviamente, una vez que se le lea y la firmen quienes en ella intervengan.

Esta situación, según nos dice Julio Hernández Pliego, puede equipararse al fenómeno procesal denominado emplazamiento a juicio en materia civil, pues al poner el juez en conocimiento del indiciado, tanto los hechos que posiblemente constituyen un delito, así como las pruebas que obran en su contra, al igual que las garantías que le asisten, con lo que se puede concluir que realmente se le está llamando a juicio para que conozca bien el hecho punible y puede defenderse del cargo, con lo que vale decir, para que oponga excepciones y defensas.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup>HERNANDEZ PLIEGO, Julio A. Programa de derecho penal, Ed. Porrúa, México, 1996, pág. 155.

<sup>96</sup>Ibidem pág. 156

Por último, hemos de señalar que la declaración preparatoria es el primer acto procesal llevado a cabo por el procesado ante el juez que conoce de la causa, es el primer acto que tienen entre sí, respecto de los hechos que dan motivo al procedimiento.

**b) Término para resolver la situación jurídica del inculpado**

El llamado auto de término constitucional o auto de plazo constitucional es aquél acto jurídico al que está obligado el juez, y por medio del cual deberá resolver la situación jurídica de una persona determinada respecto de los hechos que le fueron consignados por parte del Ministerio Público; a través del cual necesariamente determinará si el sujeto que está a su disposición quedará en libertad o se le seguirá formal procedimiento por el delito que se le atribuye.

Al respecto, el artículo 19 constitucional se refiere en esencial auto de procesamiento que determina el tema del proceso, misma que consagra a la vez un plazo para la emisión del auto citado, con la finalidad de evitar detenciones excesivas ante la propia autoridad jurisdiccional.<sup>97</sup>

En efecto, el artículo en cita hace referencia con especial énfasis a que "ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable su responsabilidad de éste...".

Entonces, una vez que el inculpado es puesto a disposición del juez, éste, además de las obligaciones que tiene para tomar la declaración preparatoria (que debe ser dentro de las

---

<sup>97</sup>GARCIA RAMIREZ, Sergio El nuevo procedimiento penal mexicano. Ed Porrúa. México. 1994. págs. 41-42

cuarenta y ocho horas siguientes), debe también resolver la situación jurídica del inculpado en un plazo no mayor a 72 horas a partir del momento en que quedó a su disposición.

Ahora bien, el juez, dentro de dicho lapso, puede resolver de diversas formas, entre las que podemos encontrar la libertad por falta de elementos para procesar, con las reservas de ley; la formal prisión la formal prisión y la sujeción a proceso, en estas dos últimas hipótesis por haberse acreditado los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado.

- **Auto de libertad por falta de elementos para procesar.** Esta resolución se dicta por el juez cuando de las actuaciones no se comprueban los requisitos que exige el artículo 19 constitucional, es decir, cuando a criterio del juez no se comprueban los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, y en consecuencia, el juez debe ordenar la inmediata libertad del indiciado, esto con las reservas de ley, que en relación al artículo 36 del código adjetivo penal, otorga al Ministerio público 60 días para que aporte mayores elementos de prueba que satisfagan los requisitos antes mencionados y el juez pueda emitir una nueva resolución al respecto.

Asimismo, procederá la libertad del inculpado cuando su conducta, a pesar de ser típica, ésta se encuentra amparada por alguna causa de justificación que excluyan el delito y que se encuentran previstas en el artículo 15 del código penal.

- **Auto de formal prisión.** En contrario a la determinación que se señala en el punto que precede, si el juzgador encuentra acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del inculpado respecto de dicho ilícito, y el cual deberá encontrarse sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, se emitirá el correspondiente auto de formal prisión o prisión preventiva.

Los efectos de la formal prisión son los siguientes:

- a) sirve de base al procedimiento;

b) fija el tema del proceso, se señala el delito por el que debe de seguirse el proceso.

incluyendo sus modalidades (calificativas, siendo estas agravantes o atenuantes); y

c) justifica la prisión preventiva.<sup>66</sup>

- **Auto de sujeción a proceso.** El auto de sujeción a proceso surge al igual que la orden de comparecencia, es decir, el juez considera que se han acreditado los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado; sin embargo, el delito que dio motivo a dicha resolución no se encuentra sancionado necesariamente con pena privativa de libertad, es decir, su sanción puede ser alternativa o cualquier otra de las que establece el código respectivo, cualquiera que sea distinta a la prisión, y por lo tanto no se puede dictar la formal prisión ante esta imposibilidad jurídica de privar de la libertad, hasta ese momento, sino únicamente se decreta el formal procesamiento, la llamada sujeción a proceso sin restricción de la libertad personal, ya que el mismo artículo 18 de la Constitución establece que sólo habrá lugar a la prisión preventiva cuando se trate de delito que se sancione con pena privativa de libertad.

#### **4 COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.**

De acuerdo con la reforma constitucional del 03 de septiembre de 1993, así como a las leyes secundarias de la materia del 10 de enero de 1994, las cuales fueron con el objetivo de aplicar la doctrina finalista, y más que aplicar, el adecuar la doctrina finalista al procedimiento penal mexicano y con ello plasmar el pensamiento de Hans Welzel y sus seguidores.

---

<sup>66</sup>QUINTANA VALTIERRA, Jesús. Ob cit. pág 65

Asimismo, podemos decir que con las reformas antes mencionadas se ha transitado de un derecho penal causalista a un derecho penal finalista.

En consecuencia de la reforma que se está planteando, surgió la nueva estructura del artículo 122 del código de procedimientos penales, artículo que será analizado en el capítulo siguiente con un mayor abundamiento, y en este apartado sólo se mencionarán los elementos de que consta dicho artículo.

Como dijimos en párrafos anteriores, en el causalismo advertimos tres puntos fundamentales:

a) el proceso material causal;

b) la relación de causalidad entre la acción, en sentido amplio, y los efectos dimanantes de la misma; y

c) el contenido objetivo de la voluntad.

En el sistema finalista la cosa cambia, ya que la dirección objetiva del acontecimiento causal, determinada por la voluntad final, se extiende a todas las actividades que el autor debe llevar a cabo para la obtención del propósito, es decir, a:

a) el objeto que se pretende;

b) los medios a emplear para ello; y

c) las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas al empleo de los medios.<sup>99</sup>

#### **a) Elementos del tipo penal**

Siguiendo este orden de ideas hemos de decir que para la comprobación de los elementos del tipo penal, en materia común, debemos remitirnos a lo que requiere el artículo

<sup>99</sup> MARRQUEZ PIÑERO, Rafael. "REVISTA JURÍDICA PEMEX" La Responsabilidad Penal a la Luz de la Reforma de 1994. Núm. 85-86. julio-agosto 1995, págs. 42-46

122 del código de procedimientos penales, y en dicha disposición concretamente se explica cuáles son los elementos integrantes del tipo penal, mismos que se clasifican de la siguiente manera:

- 1.- elementos esenciales; y
- 2.- elementos aleatorios o eventuales del tipo.

Debe advertirse que la distinción no se refiere a que algunos elementos deban probarse y otros no, sino que obedecen a que los esenciales son constantes, se dan en todos los tipos penales, y en cambio, solo algunos contienen los otros, pero si el tipo penal se integra con ambas especies de elementos, entonces deberán probarse colmadamente todos y cada unos de ellos.

#### 1.- Elementos esenciales del tipo.

Dentro de los elementos esenciales del tipo encontramos la existencia de la correspondiente acción u omisión y la lesión, o en su caso la puesta en peligro, al bien jurídicamente tutelado.

Así es, este primer requisito se refiere a la demostración de la conducta voluntaria del indiciado, que no tiene más forma para exteriorizarse que a través de un hacer o no hacer.

De igual manera, una vez que se ha demostrado esta conducta (acción u omisión), toca el turno a la comprobación del resultado, mismo que puede ser de dos clases:

- resultado material, que se traduce en la mutación del mundo fáctico, es el cambio en el entorno físico que puede ser perceptible por los sentidos.

- la puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados, aquí no hay mutación en el mundo material, solo se pone en riesgo a los bienes; también se llama delito de resultado formal.

Otro de los elementos esenciales lo es la forma de intervención de los sujetos, es la llamada *autoría o participación en el hecho delictivo*, a fin de que se encuadre dentro de alguna de las fracciones contempladas en el artículo 13 del código penal, y que en última instancia, cuando el sujeto resulte penalmente responsable, el juez deberá individualizarle la pena, "la cual será en la medida de su propia culpabilidad".

Por último, tenemos al elemento subjetivo del tipo, ya sea a título de dolo o de culpa, y su fundamento lo encontramos en los artículos 8º y 9º del código penal, y que refieren "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley". El párrafo primero del artículo 9º del código sustantivo, admite al dolo en sus modalidades de ser directo o eventual. (supra cap. primero, B, 10, pág. 22)

## **2.- Elementos eventuales**

Como elementos eventuales tenemos a las calidades en los sujetos, activo o pasivo; esto es, algunos tipos penales requiere que los que intervienen en el delito, ya sea activo o pasivo, revistan alguna característica en especial, con lo cual se tratará de un delito especial, en la mayoría de las veces; es decir, el delito sólo puede ser cometido por un sujeto determinado por esa característica, por ejemplo, delitos cometidos por servidores públicos, para que pueda existir este delito, forzosamente debe de intervenir en él, y en ejercicio de sus funciones, una persona que tenga la calidad de servidor público, ya que si el sujeto activo no lo es, entonces no se puede hablar de este delito; o los delitos cometidos en razón al parentesco, necesariamente los sujetos activo y pasivo deben de tener ese vínculo familiar por consanguinidad y que también conozcan este supuesto, para que se hable de este delito.

El resultado y su atribuidad, refiriéndose a lo que entendemos como el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado obtenido, es decir, la relación existente entre la



conducta desplegada por el sujeto activo y el resultado que se llegue a obtener, es la relación causa-efecto.

En los casos en que se trate de delitos con resultado material, habrá que determinar cuál fue el objeto material que sufrió el daño, la cosa sobre la que recae la conducta delictiva.

Los medios de comisión, hay algunos tipos penales que se integran siempre y cuando se acredite el medio empleado con el cual se obtiene el resultado, este tipo de delitos son de los que doctrinariamente se denominan abiertos, en los que el legislador prevé diversos medios de comisión para allegarse al resultado y que es obligación del juzgador determinar cuál fue ese medio empleado, por ejemplo tenemos el delito de allanamiento de morada, mismo que establece que se impondrá tal sanción "al que se introduzca sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos que la ley lo permita, se introduzca de manera furtiva o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada". Aquí el juez debe de determinar cual supuesto es en el que encuadra el sujeto activo, si el medio empleado para obtener el resultado fue el engaño, la violencia, etc.

También tenemos las referencias de tiempo, lugar, modo u ocasión, en los que hay que determinar si el delito se cometió en un lugar determinado (robo en lugar cerrado); en un momento determinado (el aborto se da con la muerte del producto en cualquier momento de la preñez), etc.

Los elementos normativos, que son aquellos en que resulta indispensable una valoración del juez, ya sea esta valoración de naturaleza jurídica o cultural; por ejemplo la cosa mueble, debe de determinarse que se entiende por "mueble", "ajena", "casta", etc.

Los elementos subjetivos específicos, distintos del dolo, tenemos como ejemplo el ánimo de apropiación, al que haga abortar a una mujer, etc.

Las demás circunstancias que la ley prevea: esto se refiere cada uno de los elementos que se encuentran plasmados en cada tipo penal específico y sobre todo a las calificativas que matizan al tipo básico, ya sean atenuantes o agravantes y las cuáles deben estudiarse desde el mismo auto de término constitucional.<sup>100</sup>

**b) La probable responsabilidad penal.**

La probable responsabilidad penal consiste en la existencia de indicios que permitan fundadamente, suponer que alguien tuvo intervención culpable en el acontecer delictivo.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado es necesario que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad; así es como se advierte que el legislador hace sinónimos a la probable responsabilidad y probable culpabilidad; sin embargo para su acreditación se debe observar lo relativo a la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigencia de otra conducta.<sup>101</sup>

Así tenemos que el primer elemento de la responsabilidad (culpabilidad), lo es la imputabilidad, que como también ya hemos señalado es la comprensión del carácter ilícito del hecho y el poder conducirse de acuerdo con esa comprensión.

La conciencia de la antijuridicidad se refiere a que el sujeto sabe que lo que hace es contrario a la norma, que su conducta no está apegada a derecho y que tampoco se encuentra bajo el amparo de alguna causa de justificación que torne lícito su actuar.

Finalmente, el sujeto puede disponer de varias opciones para desplegar su conducta, tiene alternativas para no violar la norma, y aún con ese conocimiento y con las posibilidades que se le presentan, de mutuo propio decide ejecutar el acto delictivo, lleva a cabo el

<sup>100</sup> HERNANDEZ PLIEGO. Ob. cit. págs. 156-157.

<sup>101</sup> GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano Ob cit pag: 158

rompimiento de la norma penal, y en consecuencia se le reprocha su conducta y es cuando se está en posibilidades de imponerle la sanción que se establece para el caso concreto, debiendo el juez de individualizar la pena de acuerdo a la forma y circunstancias en que se ejecutó el delito, respetando en todo momento los límites mínimo y máximo que se señala en la ley correspondiente.

Por otra parte, se advierte que en el penúltimo párrafo del artículo 122 del código procesal penal, señala que "para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y ...". En efecto, el juez, también debe de verificar que no exista ninguna causa excluyente del delito, de las previstas en el artículo 15 del código penal, entre las que destacan el consentimiento del sujeto pasivo, la defensa legítima, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

El párrafo en cita, al no ubicar de manera determinada a la antijuricidad, de manera sistemática, ha creado que entre los jueces haya diversos criterios por lo que hace a la ubicación de ésta, ya que algunos al emitir sus resoluciones, ya sea a nivel de orden de aprehensión o comparecencia y autos de formal procesamiento, que a la antijuricidad la ubiquen como un elemento más del tipo penal, otros que no están de acuerdo y se basan en la teoría del delito, la ubican en un apartado independiente, y, finalmente, hay quienes la ubican como un elemento de la responsabilidad, argumentando que la constitución sólo establece los requisitos de la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, resultando obvio que las causas de licitud no encuadran en lo relativo a los elementos del tipo

Respecto a lo que señalamos en el párrafo que precede, sobre el mismo haremos un estudio más amplio en el capítulo siguiente, en donde nos avocaremos a tratar de dar solución al problema planteado y que es el de determinar la ubicación sistemática de la antijuridicidad en las resoluciones judiciales, tomando como referencia tanto la teoría del delito en su sentido actual, como los puntos de vista particular que utilizan los jueces de primera instancia en materia penal para utilizar uno u otro criterio.

## CAPITULO CUARTO

### LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

#### A EL TIPO PENAL

Con respecto al tipo penal ya se han hecho diversos comentarios, puesto que ya vimos cómo era conceptualizado en el sistema causalista, qué valor le daban los finalistas y, finalmente, como se ha llevado dicho tipo penal a nuestro ordenamiento procesal, ello, como también ya expusimos, desembocó en lo plasmado en los artículos 16 y 19 constitucionales, ya que el primero dice que para que pueda librarse una orden de aprehensión o de comparecencia, es necesario que "se acrediten los elementos del tipo penal del delito que se trate así como la probable responsabilidad del inculpado", y el segundo numeral establece que "ninguna detención ante autoridad judicial no podrá exceder del término de setenta y dos horas ..., sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito ...".

De igual manera podemos decir que el objeto sobre el que recae la frase "acreditar los elementos del tipo penal", es en el sentido de dar crédito o de dar seguridad de que la persona o cosa es lo que representa o parece, son los datos o elementos arrojados en la investigación, esto es, sobre las pruebas reunidas por el Ministerio Público, y sobre las cuales el juez penal finalmente decidirá si se pueden vincular con la norma penal, es decir, para

reducir así, en el juicio de tipicidad, si está acreditado el tipo penal, y decidir entonces si se restringe la libertad del inculpaado.<sup>102</sup>

## 1 ASPECTO SUSTANTIVO DEL TIPO PENAL

El tipo suele definirse en sentido amplio, como el conjunto de todos los presupuestos de la punibilidad, debiendo destacar que bajo este concepto de tipo, se señalan no solo los elementos del tipo de injusto (tipicidad), sino que además se hace referencia a la antijuridicidad y a la culpabilidad. En este orden de ideas, también se llama a este tipo, tipo de garantía, porque es precisamente de donde se extrae la garantía de la ley penal.

De igual modo el tipo ha de abarcar no sólo las circunstancias típicas del tipo, sino todas aquellas que afecten a la antijuridicidad. Los presupuestos de causas de justificación se extienden y se entienden como los elementos negativos del tipo. Se incluyen en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. Elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación se reúnen por ésta vía, en un tipo total y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel. Se supone además que la distinción de elementos del tipo y causas de justificación no responde a una razón material, sino a exigencias estilísticas de la redacción legal, por lo que los elementos del tipo podrían haber sido considerados siempre como causas de justificación y viceversa, las causas de justificación como elementos del tipo.<sup>103</sup>

Una vez más hemos de señalar que el tipo se refiere a la descripción legal de una conducta que el legislador considera contraria a derecho.

---

<sup>102</sup>GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. Anales de Jurisprudencia "El Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad", por las de acreditarlos elementos del tipo penal y la probable responsabilidad", Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Tomo 223-Año 6 tercera época Abril-Junio. México, 1995, pág. 162

<sup>103</sup>AVALOS SANDOVAL, Salvador. Anales de Jurisprudencia "Elementos del tipo" Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tomo 223- año 6, tercera época Abril-Junio 1995 págs 194-196.

Para los causalistas, los elementos del tipo, son solamente objetivos, esto es, aquellos que demuestran la existencia del hecho (delito), desde un plano meramente externo; mientras que los elementos subjetivos del delito (dolo y culpa) se debían analizar en lo relativo a la culpabilidad.

Por el contrario, en la estructura del finalismo se establece que los elementos del tipo penal se integran tanto de elementos objetivos como subjetivos y en este sentido también se admite el llamado injusto personal como elemento del tipo penal, refiriéndose a que el sujeto activo es uno de los elementos del tipo penal, pues se acredita que realizó el comportamiento típico.<sup>104</sup>

## 2 ASPECTO PROCESAL

Por tipo penal debemos entender la descripción de la conducta prevista en la norma jurídica 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, mismos que aparecen protegidos, en los términos del contenido preceptivo o prohibitivo, de la misma ley.

En este apartado, los elementos del tipo penal a que se refiere el código adjetivo de la materia utiliza un contenido conceptual distinto, que traduce en sentido y contenido social del derecho, en cuanto orden de regulación de la conducta, y, en función de esto supone un contenido eminentemente dinámico, bajo una metodología inductiva que parte de la conducta típica al estudio de su atribuidad del tipo penal.

El aspecto procesal de los llamados elementos del tipo penal los encontramos en el artículo 122 del código de procedimientos penales, en el cual se establece que:

---

<sup>104</sup>GONZALEZ-SALAS CAMPOS Ob cit. pag. 170-172.

Art. 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes.

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos, y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades de los sujetos activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio que señale la ley. Primero que nada, debemos advertir que el artículo en cita se refiere inicialmente a la comprobación de los elementos del tipo penal del delito que se trate, específicamente a la tipicidad, ya que como hemos manifestado el tipo es el contenido medular de la norma; es la descripción de la conducta prohibida u ordenada, prevista en todo su ámbito situacional por el legislador; para la protección de los bienes jurídicos y que aparecen recogidas en los artículos del código penal.

Por lo que hace a la fracción I del artículo 122 del código adjetivo de la materia, en la misma se puede apreciar que deben de comprobarse: la correspondiente acción u omisión; la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la norma penal.

Así es, este primer requisito se refiere a la demostración de la conducta, voluntaria del inculpado, que no tiene más forma para exteriorizarse que a través de un hacer o no hacer (artículo 7º del código penal).



De igual manera, una vez que se ha demostrado esta conducta (acción u omisión), toca el turno a la comprobación del resultado o la lesión al bien jurídico tutelado por la norma, mismo que puede ser de resultado material (mutación en el mundo físico), y de resultado formal (sólo se pone en peligro el bien jurídico).

Primero podemos decir que los bienes jurídicos son aquellos que van en relación al orden social, en función de la regulación de la conducta desplegada por el individuo en el ámbito de la relevancia político social del derecho y cuyo contenido implica la prohibición o mandato de las conductas recogidas precisamente en los tipos penales; los bienes jurídicos son entes a los cuales se les da un valor y una relevancia a luz de todo el orden jurídico, en razón a derechos que le asisten al individuo y que necesariamente deben de tutelarse jurídicamente a fin de protegerlos, es un interés, individual o social, que es protegido por la ley, dentro del ámbito situacional en que la propia ley lo recoge. Así, la lesión al bien jurídico consiste en el hacer lo que la norma prohíbe o no hacer lo que la norma exige, se viola ese interés, con lo que se produce un resultado o una puesta en peligro de dicho bien. En consecuencia el resultado de la violación del bien jurídico puede ser:

- el resultado material, que se traduce en la mutación del mundo fáctico, es el cambio en el entorno físico que puede ser perceptible por los sentidos.

- la puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados, aquí no hay mutación en el mundo material, solo se pone en riesgo a los bienes; también se llama delito de resultado formal.

- asimismo, la puesta en peligro del bien jurídico se puede apreciar en los delitos cometidos en grado de tentativa.

La fracción II del artículo en cita se refiere a la forma de intervención de los sujetos, es la llamada autoría o participación en el hecho delictivo, a fin de que se encuadre en alguna de las fracciones contempladas en el artículo 13 del código penal, y que en última instancia,

cuando el sujeto resulte penalmente responsable, el juez deberá individualizarle la pena. "la cual será en la medida de su propia culpabilidad".

El problema de la participación es un fenómeno de las relaciones que se manifiestan en la vida social y a partir de esto es que aparece reconocido y regulado por la ley penal, mientras que la autoría es la producción de un acto propio, el que le puede ser imputado sólo a una persona determinada.

Siguiendo el planteamiento de la teoría finalista, para definir quién es el autor, es indispensable tener presente la real aportación al hecho de quien interviene en la comisión del ilícito.

Así, el artículo 13 del código penal establece:

**Art. 13. Son autores o partícipes del delito:**

**I. Los que acuerden o preparen su realización.**

En esta primera fracción podemos advertir que se considera como autor al sujeto que, aún cuando no sea él quien llegue a desplegar la conducta típica, quizo que se produjera el resultado prohibido por la norma, es decir, que se vale de otras personas con quienes previamente acordó la forma de ejecución del evento típico para producir el resultado, es el llamado autor intelectual.

**II. Los que lo realicen por sí.**

En esta fracción no se reviste ningún problema, toda vez que hay una concordancia directa entre el resultado y la conducta desplegada por el sujeto activo: el individuo es quien planea y ejecuta el acto por sí mismo, se trata del autor material.

**III. Los que lo realicen conjuntamente**

Aquí nos encontramos ante el supuesto de la coautoría, en donde participan dos o más sujetos, mismos que acuerdan y preparan la ejecución del delito, así como también llevan a cabo la ejecución del mismo.

**IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.**

Aquí el autor se vale para cometer el injusto de una tercera persona, misma que no tiene el conocimiento de las verdaderas intenciones del autor, se encuentra bajo un supuesto de error, ya que cree que la conducta a desplegar es lícita, el sujeto utilizado sólo sirve como instrumento del delito.

**V. Los que determinen a otro a cometerlo**

En este supuesto también el autor se vale de otro para ejecutar el acto típico, sin embargo, el autor obliga al tercero a ejecutar el acto típico, es cuando el sujeto que despliega la conducta típica la realiza bajo la amenaza de sufrir algún mal en su persona o en sus bienes. También se puede considerar como instigación y autoría intelectual.

VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.

En este sentido ya no se trata de una autoría, sino de la participación del sujeto. Se habla del cómplice, que es la persona que auxilia o coopera con el autor del injusto una vez que éste ha desarrollado la conducta típica, son personas que no tienen dominio del hecho pero sí intervienen en él.

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito.

En esta fracción se trata de una característica particular de la complicidad, ya que la manifestación de auxilio que se hace al autor del delito es en base a una promesa hecha anterior a la ejecución del acto típico, pero el que presta el auxilio, por lógica, tiene conocimiento de que se va a realizar una conducta contraria al derecho.

VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros sujetos en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produce.

Finalmente podemos decir que la fracción en cita se refiere a la "complicidad correspectiva" o autoría indeterminada, donde aparece la intervención de varios sujetos en el evento delictivo, sin embargo no se puede determinar con precisión el resultado producido por cada uno de ellos.<sup>105</sup>

Por último, en la fracción III del artículo 122 del código procesal, tenemos al elemento subjetivo del tipo, ya sea a título de dolo o de culpa, y su fundamento lo encontramos en los artículos 8º y 9º del código penal, y que refieren "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley". El párrafo primero del artículo 9º del código sustantivo, admite al dolo en sus modalidades de ser directo o eventual.

El dolo de la tipicidad, aparece referido como la parte de la conducta típica y, aquí, supone la específica valoración de la antinormatividad, con lo que se define el contenido y el sentido social del derecho.

Como elementos eventuales tenemos a las calidades en los sujetos, activo o pasivo: esto es, algunos tipos penales requiere que los que intervienen en el delito, ya sea activo o

---

<sup>105</sup> Cf. MALO CANTACHO. Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1997. págs. 489-496.

pasivo, revistan alguna característica en especial, con lo cual se tratará de un delito especial, en la mayoría de las veces.

El resultado y su atribuibilidad, refiriéndose a lo que entendemos como el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado obtenido, es decir, la relación existente entre la conducta desplegada por el sujeto activo y el resultado que se llegue a obtener, es la relación causa-efecto.

En los casos en que se trate de delitos con resultado material, habrá que determinar cuál fue el objeto material que sufrió el daño, la cosa sobre la que recae la conducta delictiva.

Los medios de comisión, hay algunos tipos penales que se integran siempre y cuando se acredite el medio empleado con el cual se obtiene el resultado, este tipo de delitos son de los que doctrinariamente se denominan abiertos, en los que el legislador prevé diversos medios de comisión para allegarse al resultado y que es obligación del juzgador determinar cuál fue ese medio empleado, por ejemplo tenemos el delito de allanamiento de morada, mismo que establece que se impondrá tal sanción "al que se introduzca sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos que la ley lo permita, se introduzca de manera furtiva o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada". Aquí el juez debe de determinar cual supuesto es en el que encuadra el sujeto activo, si el medio empleado para obtener el resultado fue el engaño, la violencia, etc.

También tenemos las referencias de tiempo, lugar, modo u ocasión, en los que hay que determinar si el delito se cometió en un lugar determinado (robo en lugar cerrado); en un momento determinado (el aborto se da con la muerte del producto en cualquier momento de la preñez), etc.

Los elementos normativos, que son aquellos en que resulta indispensable una valoración del juez, ya sea esta valoración de naturaleza jurídica o cultural; por ejemplo la cosa mueble, debe de determinarse que se entiende por "mueble", "ajena", "casta", etc.

Los elementos subjetivos específicos, distintos del dolo, tenemos como ejemplo el ánimo de apropiación, al que haga abortar a una mujer, etc.

Las demás circunstancias que la ley prevea; esto se refiere cada uno de los elementos que se encuentran plasmados en cada tipo penal específico y sobre todo a las calificativas que matizan al tipo básico, ya sean atenuantes o agravantes y las cuáles deben estudiarse desde el mismo auto de término constitucional.<sup>106</sup>

La probable responsabilidad penal consiste en la existencia de que permitan fundadamente, suponer que alguien tuvo intervención culpable en el acontecer delictivo. La culpabilidad es el reproche hecho a una persona por haber cometido una conducta típica y antijurídica

Así tenemos que el primer elemento de la responsabilidad (culpabilidad), lo es la imputabilidad, que como también ya hemos señalado es la comprensión del carácter ilícito del hecho y el poder conducirse de acuerdo con esa comprensión. En este sentido podremos decir que las circunstancias en que actuó el sujeto no le haya reducido su ámbito de determinación por debajo de un mínimo de capacidad, o sea, que tenga la posibilidad de motivarse conforme a la norma.

En caso de que el sujeto tenga una minoría de edad, que padezca algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito de sus actuar o que le impida conducirse de acuerdo con esa comprensión, entonces el sujeto será inimputable y por consiguiente no se le puede seguir proceso alguno.

---

<sup>106</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Ob. cit. págs. 156-147.

Los elementos normativos, que son aquellos en que resulta indispensable una valoración del juez, ya sea esta valoración de naturaleza jurídica o cultural; por ejemplo la cosa mueble, debe de determinarse que se entiende por "mueble", "ajena", "casta", etc.

Los elementos subjetivos específicos, distintos del dolo, tenemos como ejemplo el ánimo de apropiación, al que haga abortar a una mujer, etc.

Las demás circunstancias que la ley prevea; esto se refiere cada uno de los elementos que se encuentran plasmados en cada tipo penal específico y sobre todo a las calificativas que matizan al tipo básico, ya sean atenuantes o agravantes y las cuáles deben estudiarse desde el mismo auto de término constitucional.<sup>106</sup>

La probable responsabilidad penal consiste en la existencia de que permitan fundadamente, suponer que alguien tuvo intervención culpable en el acontecer delictivo. La culpabilidad es el reproche hecho a una persona por haber cometido una conducta típica y antijurídica

Así tenemos que el primer elemento de la responsabilidad (culpabilidad), lo es la imputabilidad, que como también ya hemos señalado es la comprensión del carácter ilícito del hecho y el poder conducirse de acuerdo con esa comprensión. En este sentido podremos decir que las circunstancias en que actuó el sujeto no le haya reducido su ámbito de determinación por debajo de un mínimo de capacidad, o sea, que tenga la posibilidad de motivarse conforme a la norma.

En caso de que el sujeto tenga una minoría de edad, que padezca algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito de sus actuar o que le impida conducirse de acuerdo con esa comprensión, entonces el sujeto será inimputable y por consiguiente no se le puede seguir proceso alguno.

---

<sup>106</sup> HERNANDEZ PLIEGO, Ob. cit. pags. 136-147.

La conciencia de la antijuridicidad se refiere a que el sujeto sabe que su actuar es contrario a la norma, es decir, lo que la ley exige no es tanto la comprensión de la antijuridicidad, sino la posibilidad de su comprensión, el sujeto debe estar plenamente consciente de que su actuar es contrario al derecho, que no se encuentra amparado por alguna causa de justificación, ya que al encontrarse ante un error de prohibición, ya sea directo o indirecto, puede dar lugar a la inculpabilidad, sea porque el activo creyó que su conducta se encontraba apegada a derecho o porque la creyó justificada por estar amparada por alguna norma (art. 15 fracción VIII inciso b del código penal).

La exigencia del conocimiento de la antijuridicidad se refiere a que debemos distinguir entre el dolo y el conocimiento del alcance de este dolo; por lo que hace al dolo tenemos que el mismo implica el aspecto cognoscitivo, e intelectual del elemento típico, se reduce a la voluntad del agente para lograr un objetivo determinado; mientras que la conciencia de la antijuridicidad e refiere al conocimiento del alcance y contenido del valor social con que se ejecuta la conducta.

La exigibilidad de la conducta supone que, sobre la base de la posible exigibilidad de la comprensión del injusto, se observe también, si a la persona se le puede exigir una conducta determinada, atento a las circunstancias y condiciones concretas en que se encontraba al momento de acontecer el hecho y que lo motivaron a actuar, el sujeto puede disponer de varias opciones para desplegar su conducta, tiene alternativas para no violar la norma, y aún con ese conocimiento y con las posibilidades que se le presentan, de mutuo propio decide ejecutar el acto delictivo, lleva a cabo el quebrantamiento de la norma penal, y en consecuencia se le reprocha su conducta, esto debido a que si retomamos la teoría formulada por Carrara, en el sentido de que el individuo rige su vida haciendo uso ilimitado de su libre albedrío., concepto que fue perfeccionado por Welzel, quien señala que se trata de la

capacidad de determinarse conforme al sentido de la voluntad, se trata de la libertad del hombre, que le permite escoger entre lo que es el bien y lo que es el mal.

Por otra parte, se advierte que en el penúltimo párrafo del artículo 122 del código procesal penal, señala que "para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpaado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y ...". En efecto, el juez, también debe de verificar que no exista ninguna causa excluyente del delito, de las previstas en el artículo 15 del código penal, entre las que destacan la defensa legítima, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. Sabemos que el estudio de la antijuridicidad debe hacerse después de del juicio de tipicidad y antes de entrar al estudio de la culpabilidad, o en este caso, de responsabilidad.

Por otra parte, en el último párrafo del artículo en estudio podemos observar que la comprobación de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio que señala la ley.

Al respecto podemos manifestar que el artículo 135 del mismo código señala cuáles son los elementos de prueba que reconoce nuestra legislación, entre los que están:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos y privados;
- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección ministerial y la judicial;
- V. La declaración de testigos, y
- VI. Las presunciones.

Se admitirán como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del Ministerio Público, juez o tribunal. Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial lo estimen necesario, podrán, por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

La prueba suele distinguirse de acuerdo al concepto con que se identifique: es decir, a la prueba se le conoce como objeto, órgano y medio de prueba:



Objeto de la prueba es la cuestión a demostrar, puede ser cualquier hecho que trate de evidenciarse, pues sólo los hechos están sujetos a prueba.

El medio de prueba es todo aquello que es útil al juez para formar su convicción, es el instrumento que le permite alcanzar el conocimiento acerca del objeto de la prueba.

Órgano de prueba se denomina a la persona que aporta los datos de que se vale el juez para formar su convicción.

Los sistemas de valoración de la prueba son el conjunto de normas conforme a las cuales se regulan las pruebas en el enjuiciamiento y su forma de evaluarlas. Los sistemas probatorios son los siguientes: tasado, libre, mixto y de sana crítica.

El primero se refiere a que el legislador es quien determina los medios de prueba válidos en el proceso y les preestablece un valor demostrativo.

El sistema libre consiste en que las pruebas no están sujetas a restricción alguna; las partes pueden aportar cualquier elemento que consideren como prueba un ejemplo de esto lo sería el que utiliza el sistema judicial de Estado Unidos de Norte América, en el que se aportan elementos de prueba, aún cuando no tengan relación directa a los hechos, y los que son valorados por el Jurado Popular).

En el sistema mixto, algunos medios probatorios y su valor, aparecen señalados en la ley, al paso que otros dejan a la libertad de las partes y son evaluados libremente por la autoridad.

Finalmente apareció el sistema de la sana crítica, que tiene semejanzas con el sistema libre, pero la autoridad tiene la obligación de expresar en sus resoluciones los motivos por los cuales atribuyó o negó valor a las pruebas. El procedimiento penal mexicano utiliza este último sistema, sin abandonar el sistema de la prueba tasada, pues como ya expusimos, el artículo 135 del ordenamiento adjetivo señala los elementos de prueba y en su último párrafo refiere que todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del

Ministerio Público, juez o tribunal, y con esto se establece que el juzgador debe hacer mención el porqué acepta o no admite prueba determinada.

## **B LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.**

Al finalizar el tercer capítulo del presente trabajo, señalamos que con lo establecido en el artículo 122 del código de procedimientos penales, en su penúltimo párrafo dice que para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, la autoridad (en este caso el juez), deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Asimismo, hemos señalado que en este párrafo, parece que el toma como sinónimos a la probable responsabilidad y a la probable culpabilidad, toda vez que ambas se integran con la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigencia de otra conducta a la desplegada por el sujeto activo, a fin de que se le pueda reprochar el acto cometido.

Sin embargo, por otro lado y de la redacción del artículo en comento surgen algunas interrogantes en la práctica profesional, ya que como observamos, dicho precepto establece que deberán comprobarse los elementos del tipo penal del delito que se trate, así como la probable responsabilidad (culpabilidad) del inculcado, y finalmente, señala que para resolver la probable culpabilidad, la autoridad debe constatar que no exista en favor del indiciado, alguna causa de licitud que excluyan al delito (en concreto a la tipicidad).

En efecto, ante esta situación hemos podido observar que los jueces del Distrito Federal, en materia penal, han adoptado, según su forma de interpretar a la ley y de acuerdo a

la teoría del delito que siguen, tres diversas formas para emitir sus resoluciones, tales como los órdenes de aprehensión y comparecencia así como los autos de formal procesamiento.

De las formas que se está interpretando el citado artículo 122 del código adjetivo penal, es que algunos jueces al emitir sus resoluciones señalan y hacen sus considerandos de la forma siguiente:

1. En el apartado de los elementos del tipo pena se ubica a la antijuridicidad, y el segundo apartado corresponde a la probable responsabilidad (culpabilidad);

2. La segunda hipótesis es de aquellos que consideran que la antijuridicidad se debe de estudiar en un considerando independiente a los elementos del tipo pena y de la probable responsabilidad (culpabilidad); y

3. Finalmente hay quienes señalan que la primera parte de las resoluciones judiciales lo es la tipicidad y luego la antijuridicidad y culpabilidad, se deben de estudiar en un mismo apartado.

#### 1. La antijuridicidad como elemento del tipo penal.

Siguiendo lo relativo a la ubicación sistemática de la antijuridicidad en las resoluciones judiciales, primeramente podemos decir que hay quienes piensan (y así lo hacen en la práctica), que con la nueva forma que establece el artículo 122 del código de procedimientos penales, las causas de lícitud o ausencia de éstas, se deben de estudiar en el apartado relativo a la comprobación de los elementos del tipo penal.

Así es, hay quienes afirman que se debe de englobar a la tipicidad y la antijuridicidad en una sola figura, denominar ambas con un solo concepto, el cual sería "los elementos negativos del tipo" o teoría del tipo de injusto.

Por lo que hace al primero de los conceptos, diremos que la teoría de los elementos negativos del tipo es la que señala que "el tipo ha de abarcar no sólo las circunstancias típicas

del delito, sino todas aquellas que afecten a la antijuridicidad". Los presupuestos de las causas de justificación se entienden, así, como elementos negativos del tipo, se incluyen, por tanto, en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. Elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación se reúnen por esta vía, en un tipo total y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel".<sup>107</sup>

Los partidarios de esta teoría sostienen que la misma se basa en el supuesto de que no se contiene sólo la valoración abstracta de una acción que menoscaba bienes jurídicos, sino que hace un verdadero juicio de disvalor o valora negativamente la conducta desplegada por el sujeto activo. Desde este momento llega a afirmar la existencia del delito a nivel de tipicidad y antijuridicidad de la conducta.

De igual manera si se acepta la teoría de los elementos negativos del tipo, toda causa de justificación o de licitud se ven como un elemento negativo del tipo, de tal manera que la aparición de cualquiera de estas causas serian consideradas como un elemento que hace que no se tengan por acreditados los elementos del tipo penal.

Por lo que hace a la teoría del tipo de injusto, al igual que los elementos negativos del tipo, engloba a la tipicidad y antijuridicidad; sin embargo, esta señala que al presentarse una causa de licitud no tiene como consecuencia el desvanecimiento de los elementos del tipo penal, los deja subsistentes y lo único que no se actualiza es la antijuridicidad de la conducta, afirmándose entonces que la conducta resultó ser típica pero apegada a derecho por encontrarse amparada por alguna de las causas de justificación que se encuentran establecidas en el artículo 15 del código penal.

---

<sup>107</sup> AVALOS SANDOVAL, Salvador. Ob cit. pág. 195.

## 2. La antijuridicidad como elemento independiente.

El segundo supuesto de la ubicación de la antijuridicidad en las resoluciones judiciales lo encontramos, en quienes, siguiendo la teoría del delito de manera doctrinaria, menciona que éste se integra de: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Los que siguen rigurosamente las bases doctrinarias, señalan que para toda orden de aprehensión o auto de formal procesamiento, el Juez debe tener por satisfechos estos tres requisitos, que son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y cada uno de ellos debe ser estudiado de manera independiente.

Aquí es importante resaltar que el artículo 122 del código de procedimientos penales, en su penúltimo párrafo, hace referencia a que antes de determinar sobre la probable responsabilidad del inculcado, el juez tiene la obligación de constatar que no existe en favor de aquél alguna causa de licitud que excluya al delito, es decir, que la conducta no se encuentre plenamente comprobada una causa de justificación que torne lícita la conducta, aún cuando ésta sea considerada como típica; con esta redacción del artículo en cita es como se da cabida a que tanto las órdenes de aprehensión o autos de formal procesamiento cuenten con tres considerandos o apartados, en los que deberá analizarse la tipicidad, la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad o responsabilidad.

Así es, quienes aceptan esta forma de ubicar a la antijuridicidad como un elemento intermedio en las resoluciones judiciales, afirman que el injusto penal se constituye únicamente con los elementos del tipo, que hay que hacer un análisis independiente para determinar que no hay en favor del inculcado alguna causa de justificación, y que la probable responsabilidad deberá constatarse con la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigencia de una conducta diversa a la desplegada por el sujeto activo, a fin de estar en posibilidades de reprocharle su actuar y se le considere culpable, aún cuando sea a nivel de probabilidad.

La situación que estamos analizando también se encuentra plasmada en lo ordenado por el artículo 297 del código procesal de la materia en sus fracciones III, V y VI, puesto que en ellos se señala que: todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. ...
- II. ...
- III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse proceso;
- IV. ...
- V. Que no esté comprobada alguna causa de licitud;
- VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y
- VII. ...

Asimismo, podemos decir que los que sostienen esta forma de ubicar a la antijuridicidad lo hacen con bases más sólidas, pues como ya lo expusimos, se apoyan en preceptos legales y no de simple interpretación, además de que mezclan en ello la dogmática de la teoría del delito, en el sentido de diferenciar a la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, reforzando con ello lo establecido en los artículos 122 y 297 del código procesal penal.

### 3. La antijuridicidad como elemento de la culpabilidad.

La tercera hipótesis para ubicar a la antijuridicidad en aquella que por razones de interpretación, básicamente, la ubican como un presupuesto de la culpabilidad, o en este caso de la probable responsabilidad, es decir, inicialmente hacen el análisis de lo que son los elementos del tipo y posteriormente se abocan al estudio de la responsabilidad, y es en este apartado donde ubican a la antijuridicidad para que inmediatamente después y en caso de la ausencia de alguna causa de licitud se analice lo relativo a la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigencia de otra conducta, mismas que al ser comprobadas entonces se concluirá que el sujeto es probable responsable del delito que se le imputa.

Los seguidores de esta corriente, basan su postura en que los artículos 16 y 19 de la constitución, ya que el primer numeral señala que para llevar a cabo el acto de molestia es necesario que se hayan acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, sin que se haga mención alguna sobre la antijuridicidad o de las llamadas causas de justificación.

A la vez, el artículo 19 señala que ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, sin que se encuentre justificado con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

Como hemos podido observar, ninguno de los preceptos arriba mencionados hace referencia alguna a la antijuridicidad o a las causas de licitud, y es por esto que consideran pertinente esta apreciación en cuanto a las resoluciones que el juez debe emitir, en el sentido de que sólo deben hacer dos análisis de los elementos del tipo, entendiendo estos como los que se establecen en las fracciones I a III y párrafo siguiente del artículo 122 y la responsabilidad consta de la antijuridicidad, imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigencia de otra conducta.

Podemos ver también que esta hipótesis no es la más adecuada con respecto de las que ya hemos analizado, puesto que va no se adecua ni a la doctrina ni a la ley, aún cuando sigue la misma estructura de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Esto es, no hay doctrinariamente ninguna justificación para que se pueda ubicar a la antijuridicidad dentro del apartado concerniente a la responsabilidad, pues nada tiene que ver la antijuridicidad con la culpabilidad, salvo que la primera pueda ser tomada como indicio de la segunda, toda vez que ya hemos dicho en reiteradas ocasiones que la antijuridicidad es el juicio de disvalor o la valoración que se hace en sentido negativo a la conducta desplegada por el sujeto pasivo, mientras que la culpabilidad, únicamente se refiere a los elementos subjetivos del individuo, se

va a la psique del autor del delito, no en el sentido de que si quería o no el resultado, puesto que este elemento forma parte de la tipicidad, sino que se analiza al sujeto en sí mismo. se determina si tiene o no la capacidad de comprensión de su actuar, si comprendía o no que su conducta era contraria a la norma penal por no encontrarse ante un supuesto de error de prohibición que le hiciera pensar que su conducta era conforme a derecho o que en su caso se encontrara amparada por alguna causa de justificación, así como que le era exigible haber actuado de manera diversa a la en que lo hizo, que de entre todas las posibilidades que tenía para desplegar la conducta, ante su libre autodeterminación, optó por aquella con la que violó el orden jurídico, y con ello es que se le puede reprocha su acto, a título de culpabilidad, pero de ninguna medida. la antijuridicidad debe ser estudiada en este apartado relativo a la culpabilidad

### C. EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

Antes que nada, podemos decir que al parecer incidente deriva del latín *incido*, *incidens*, que se refiere a lo que es accesorio respecto de lo principal. Entonces, por incidente debemos entender como una cuestión accesorio que ingresa al juicio y que teniendo íntima relación con el asunto principal, reclama, no obstante, una resolución destacada.

El concepto de incidente lo podemos señalar de la siguiente manera: es una cuestión promovida en un procedimiento, que en relación con el tema principal, reviste un carácter accesorio y que, encontrándose fuera de las etapas normales, exige una tramitación especial el cual debe de resolverse mediante una sentencia de las denominadas interlocutorias, puesto que no es la definitiva, al no agotarse el procedimiento que se estableció desde el principio

Las características del incidente son las que a continuación mencionaremos.



I. La cuestión planteada en el incidente tiene relación con el negocio principal, pero esta relación es de carácter accesorio.

II. La secuela del incidente no tiene acomodo necesario en alguna de las etapas del procedimiento; es un pequeño procedimiento que se tramita en el procedimiento principal; y

III. El incidente, en cuanto algo especial, tiene un procedimiento distinto del juicio principal.<sup>108</sup>

#### 1. El incidente de libertad por desvanecimiento de datos. Concepto.

Para el caso de que durante la secuela procesal surjan elementos probatorios que desvanezcan plenamente las pruebas tomadas en cuenta en el término constitucional, para comprobar los elementos del tipo o la probable responsabilidad del inculpado, los códigos procesales de la materia, con el carácter de incidente, reglamentan la libertad por desvanecimiento de datos.

El incidente de libertad por desvanecimiento de datos es aquél que se promueve, generalmente por defensor o procesado, mediante el cual se pretende una resolución judicial en la que el juez instructor ordene la libertad cuando, basado en prueba indubitable, considere que se han desvanecido los elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal procesamiento.

Artículo 547.- La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

I. Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal; y

II. Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable.

---

<sup>108</sup>RIVERA SILVA, Manuel. Ob. cit. pág. 339

I. La cuestión planteada en el incidente tiene relación con el negocio principal, pero ésta relación es de carácter accesorio

II. La secuela del incidente no tiene acomodo necesario en alguna de las etapas del procedimiento; es un pequeño procedimiento que se tramita en el procedimiento principal; y

III. El incidente, en cuanto algo especial, tiene un procedimiento distinto del juicio principal.<sup>108</sup>

#### 1. El incidente de libertad por desvanecimiento de datos. Concepto.

Para el caso de que durante la secuela procesal surjan elementos probatorios que desvanzcan plenamente las pruebas tomadas en cuenta en el término constitucional, para comprobar los elementos del tipo o la probable responsabilidad del inculpado, los códigos procesales de la materia, con el carácter de incidente, reglamentan la libertad por desvanecimiento de datos.

El incidente de libertad por desvanecimiento de datos es aquél que se promueve, generalmente por defensor o procesado, mediante el cual se pretende una resolución judicial en la que el juez instructor ordene la libertad cuando, basado en prueba indubitable, considere que se han desvanecido los elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal procesamiento.

Artículo 547.- La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

I. Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal; y

II. Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable.

<sup>108</sup>RIVERA SILVA, Manuel. Ob cit. pág. 349.

Así podemos decir que para que pueda proceder la libertad por desvanecimiento de datos es necesario que durante la instrucción hayan aparecido elementos probatorios que tengan carácter de indubitables, es decir, que se trate de pruebas con valor pleno y que no se estimen favorables en menor o mayor grado en favor del justiciable, sino que destruyan por completo las pruebas consideradas por el juzgador al momento en que se determinó la formal prisión o sujeción a proceso, ya que si tales probanzas únicamente contrarían aquellas otras que apoyan el formal procesamiento o se traduce en un mejoramiento de la situación jurídica del justiciable, pero no las desvanecen cabalmente a juicio del juez, no serán aptas para que se conceda la libertad por desvanecimiento de datos, sin perjuicio de que las mismas pruebas se valoren al momento de dictarse la sentencia definitiva, en la cual se puede absolver al procesado.<sup>109</sup>

## 2. Momento en que se promueve.

El incidente de libertad por desvanecimiento de datos se puede promover en cualquier momento de la instrucción, desde que se notificó del auto de formal prisión hasta antes de dictar la sentencia definitiva, siempre que a consideración del defensor, procesado, e inclusive, del Ministerio Público, en donde se aprecie que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, pudiendo decretarse la libertad del procesado, por parte del juez, a petición de parte (art. 546 del código procesal penal).

En efecto, el artículo mencionado refiere que el incidente se puede promover en cualquier momento del proceso, una vez que se ha dictado el auto de formal procesamiento y de las pruebas rendidas posteriormente a éste, que desvanecen los datos en que se apoya el

---

<sup>109</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO Ob.cit. pág. 306.

procesamiento y que acreditaron los elementos del tipo penal así como la probable responsabilidad del procesado, siendo factible en esos momentos la libertad por desvanecimiento de datos.<sup>110</sup>

Las personas que están facultadas para solicitar la libertad por desvanecimiento de datos los son el defensor, procesado, e incluso, el Ministerio Público, como ya se había citado con anterioridad.

Por lo que hace a los dos primeros, resulta obvio que son los principales interesados en que al de la existencia de datos que destruyen totalmente los elementos que sirvieron de base al juez para dictar el auto de formal procesamiento, solicitan la libertad por desvanecimiento de esos datos.

Lo que es de resaltarse es que también el Ministerio Público puede solicitar dicha libertad al percatarse de esta situación, circunstancia que se encuentra fundamentada en los artículos 3 fracción VII y 550 del código de procedimientos penales.

El primer numeral se refiere a las atribuciones del Ministerio Público, señalándose también que dentro de tales facultades se puede solicitar la libertad del detenido (procesado) cuando esta proceda, y si estamos hablando que a su consideración (artículo 550), existen datos suficientes para desvanecer las pruebas que sirvieron al juez para dictar la formal prisión, entonces debemos entender que también se encuentra facultado para solicitar dicha libertad, y aunado a ello se encuentra lo señalado en el artículo 546, al referirse a "... podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte..." y si bien sabemos que durante el proceso el Ministerio Público "parte", concluimos que "donde la ley no distingue, uno no tiene que distinguir", y por lo tanto el Ministerio Público sí puede promover el multireferido incidente.

---

<sup>110</sup>GARCIA RAMÍREZ, Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano Sexta edición. Ed. Porrúa. México. 1995. pag. 615.

Ahora bien, la libertad por desvanecimiento de datos debe tramitarse a manera de incidente, en donde una vez hecha la petición por cualquiera de las partes, el juez, para sustanciarlo, citará a los interesados a una audiencia, misma que se desarrollará dentro de los cinco días siguientes a la petición, en donde se expresarán los motivos por los cuales se considera que se han desvanecido los datos que fueron valorados y que sustentaron el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Como a toda audiencia, el Ministerio Público no puede dejar de asistir.

El incidente se promueve para obtener la libertad procesal, en cualquier estado del proceso y siempre y cuando se estimen desvanecidos los datos que sirvieron de base al auto de formal procesamiento; los que fueron utilizados para tener por acreditados los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del justiciable

Dicho incidente de libertad también encuentra su fundamento en el artículo 17 del código penal, mismo que señala que: las causas de exclusión se investigaran y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.

Las causas de exclusión del delito son las previstas por el artículo 15 del código sustantivo de la materia, en este precepto se encuentran contenidas todas las causas que pueden excluir al delito, ya sea que determine una atipicidad (fracciones I, II y III), que se de alguna causa de justificación (fracciones IV, V y VI) o que se de la inculpabilidad (fracciones VII, VIII y IX).

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;<sup>111</sup>

En este sentido el delito se excluye por atipicidad en la conducta, es decir, aún cuando exista el movimiento corporal del agente, o con ausencia de éste; en la actualidad podemos decir que esta ausencia de voluntad se presenta cuando el sujeto activo no tiene un fin

<sup>111</sup> En esta redacción podemos apreciar que la conducta está ubicada como un presupuesto de la tipicidad y no como un elemento del tipo penal

determinado al desplegar el movimiento corporal o al no ejecutar éste, no ha seleccionado medio alguno para lograr un fin determinado, y se produce un resultado que no es querido por el agente e incluso ni siquiera lo ha previsto como posible.

Como causas de ausencia de voluntad en la conducta, podemos enunciar a la fuerza física exterior irresistible (bis absoluta), los movimientos reflejos, y los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, hipnosis<sup>112</sup>).

II. Falta alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate.

Aquí resulta muy obvio que la fracción que se comenta se refiere básicamente al contenido de las fracciones I a III del artículo 122 del código de procedimientos penales y demás elementos eventuales que se señalan en el segundo párrafo, mismos que ya fueron analizados en líneas anteriores.

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

- a) ...
- b)...
- c)...

Si se acredita que el activo actuó con el consentimiento del titular del bien jurídico, entonces podemos hablar de que también se da una atipicidad, al no acreditarse los elementos objetivos del tipo penal y estaremos en el supuesto de las dos primeras fracciones.

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

---

<sup>112</sup>En la hipnosis puede que se llegue a dar la acción libre en su causa, dependiendo si el sujeto tuvo la voluntad para ser hipnotizado y a sabiendas de que bajo estos efectos desplegaría la conducta que se traduce en típica.

La defensa legítima se funda en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Supone situaciones en las que la persona que actúa en ella no tiene otra forma de salvaguardar sus bienes o derechos.

V. Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente.

A contrario de la legítima defensa, el estado de necesidad encuentra su fundamento en el principio que establece que nadie está obligado a soportar lo imposible. Para que se puede establecer que en verdad hubo un estado de necesidad, los bienes salvaguardados deben ser de igual o mayor jerarquía a los afectados, por ese peligro en que se encuentran.

VI. La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho.

Como en toda controversia incidental, no puede en esta tramitación debatirse más que la cuestión accesoria que la motiva, pero nunca el fondo del negocio, es decir, de ninguna manera la culpabilidad o inculpabilidad definitiva del procesado; además, en este incidente únicamente se substanciarán los datos que se han desahogado hasta ese momento procesal y con los que se pretende tener por destruidos los que sirvieron de base al auto de formal procesamiento.

Desvanecer significa borrar, deshacer, disolver, borrar y en el caso que nos ocupa debe dejar destruidos totalmente los fundamentos de la formal prisión, no bastando el dejarlos en duda únicamente.

### 3. Efectos

El principal efecto por el cual se promueve el incidente de libertad por desvanecimiento de datos es el pretender que el procesado obtenga su libertad absoluta, respecto del delito

que se le imputa, antes o sin la necesidad de desahogar todas las diligencias, que se realizan durante un procedimiento común, y que se resuelve con una sentencia principal y definitiva.

Ahora bien, el artículo 551 del código procesal señala que si bien la libertad se obtiene por haberse desvanecido los datos que sirvieron para determinar probable responsable al inculpado(fracción II), entonces dicha resolución tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar, y en este sentido, el Ministerio Público aún tendrá la facultad de continuar el ejercicio de la acción penal en contra del inculpado dentro del término de sesenta días posteriores a que se notifique la resolución del juez a quo, siempre y cuando se reúnan nuevos elementos de prueba que conlleven a determinar la probable responsabilidad de aquél, en el delito que se le imputa y una vez reunidos los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional, podrá solicitar la orden de comparecencia u orden de aprehensión, según corresponda. Así como nueva formal prisión o sujeción a proceso.

En caso de que la libertad se conceda en términos de la fracción I del artículo 547, es decir, si los datos que se desvanecen son los relativos a los elementos del tipo penal, entonces producirá efectos definitivos, es decir, ante la atipicidad, el juez deberá conceder la libertad absoluta y sobreseer el asunto y por lo tanto el Ministerio Público ya no contará con la posibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, ya no se le concede el término del artículo 36 del ordenamiento adjetivo.

Finalmente, la resolución que llegue a dictar el juez podrá ser apelada por las partes, misma que será admitida en ambos efectos, es decir, admitida la apelación se suspenderá el procedimiento hasta en tanto en incidente sea resuelto por el tribunal de alzada.



**D RELACIÓN ENTRE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.**

En primer lugar, hemos dicho qué es la antijuridicidad, que no es otra cosa que el actuar del individuo de manera contraria a lo que establecen las leyes, es la violación del orden jurídico, ya que esa conducta o actuar no se encuentra bajo el amparo de alguna causa de justificación o precepto permisivo que torne lícito su actuar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del código penal en sus fracciones III a VI.

Asimismo hemos advertido que ya en la práctica profesional, los jueces penales ubican a la antijuridicidad de acuerdo a su criterio o interpretación tanto de la doctrina como de la ley, puesto que algunos ubican a la antijuridicidad en el apartado correspondiente a los elementos del tipo penal (obviamente nos referimos a la estructura del artículo 122 del código de procedimientos penales en su redacción actual), ya que según ellos es adecuado manejar la llamada teoría del injusto penal o la de los elementos negativos del tipo, en donde se engloba tanto a la tipicidad como a la antijuridicidad.

Otros más señalan que la antijuridicidad, por su especial naturaleza no debe entenderse ni en el apartado de los elementos del tipo ni en el de la probable responsabilidad (culpabilidad), sino que su análisis debe ser independiente (se sigue el dogma: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Finalmente comentamos quienes se apoyan en lo establecido en los artículos 16 y 19 constitucional, que la antijuridicidad debe ser estudiada dentro de la culpabilidad, aún cuando sea a nivel de antecedente, puesto que los numerales en cita se refieren a que para poder librar una orden de aprehensión, orden de comparecencia o dictar un auto de formal procesamiento, el juez debe tener por acreditados los elementos del tipo penal y la probable

responsabilidad y como consecuencia de que la antijuridicidad no forma parte de los elementos del tipo, su ubicación debe ser en la probable responsabilidad.

Por otra parte también tenemos que el incidente de libertad por desvanecimiento de datos se promueve en cualquier momento después de haber iniciado la instrucción y que en caso de que la libertad proceda, lo será únicamente en razón a que quedaron destruidos los elementos que sirvieron de base para haber decretado la formal prisión o la sujeción a proceso, ya porque se desacreditaron los elementos del tipo penal o bien, los relativos a la probable responsabilidad y que los efectos de la libertad por desvanecimiento de datos produce efectos distintos, ya que puede sobreseer de plano el asunto, o bien puede tener los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar, teniendo la opción el Ministerio Público de aportar nuevos elementos de prueba en contra del inculpaado.

Sin embargo, el artículo 547 del código de procedimientos penales no hace mención alguna respecto al desvanecimiento de la antijuridicidad, o dicho de otro modo, cuando lo que se comprueba fehacientemente es la causa de justificación con que actuó el procesado, que si bien su conducta es típica, la misma no le resulta antijurídica por haber sido desplegada conforme a una causa que justifica su actuar ante la ley, ya sea porque lo hizo con el consentimiento del ofendido o de quien pudo disponer del bien jurídico, porque lo hizo en legítima defensa, actuó en estado de necesidad, cumplió con un deber jurídico o ejerció algún derecho.

En sí, la ley adjetiva no reconoce que también puede proceder la libertad del procesado, sin necesidad de llegar a una sentencia definitiva, cuando aparezcan datos que comprueben plenamente que el inculpaado actuó bajo el amparo de alguna de las causas de justificación que ya mencionamos, omitiendo lo señalado en el artículo 17 de la ley sustantiva, mismo que establece que las causas de exclusión del delito deben ser estudiadas por el juez en cualquier momento.

Por otra parte, si tomamos en cuenta las apreciaciones hechas por los jueces penales en razón a la forma en que ubican a la antijuridicidad en sus autos de formal procesamiento, tendríamos que ver si en realidad aceptan que la antijuridicidad es parte del injusto penal, o de la llamada teoría de los elementos negativos del tipo y en consecuencia decretar la absoluta libertad y sobreseer la causa.

Si debe analizarse a la antijuridicidad dentro de la culpabilidad, entonces el juez debe dictar la libertad bajo los efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar, con las reservas de ley y dejar la causa para los efectos del artículo 36 del código adjetivo.

Pero mayor problema reviste este incidente y su concesión con respecto a aquellos que hacen el estudio de la antijuridicidad de manera independiente, quienes siguen el esquema de "tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad", puesto que hasta el momento se desconoce que efectos produciría la libertad bajo este supuesto, es decir, si se acredita la causa de justificación, ¿el juez deberá sobreseer el asunto o deberá conceder la libertad como si fuera un auto de libertad con las reservas de ley?

## CONCLUSIONES

La teoría del delito, por su función misma, es dinámica, cada vez tiene nuevos enfoques y grandes avances, busca siempre un perfeccionamiento a fin de poder adecuar y aplicar con mayor precisión, la pena que corresponda a aquél que ha violado la norma penal, lo hemos podido observar desde la etapa de la venganza privada hasta el llamado periodo humanitario, incluso, en el periodo científico y donde el Estado se hace titular del *ius puniendi*.

En la llamada *Escuela Clásica*, periodo que se desarrolló poco más de un siglo y medio, y sin menos preciar a alguno de sus seguidores, tuvo gran importancia y lo más rescatable fue el analizar al delito de una manera sistemática, el hacer el estudio del delito en un orden determinado, distinguir un elemento de otro, concluyendo que el delito se integra del tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, independientemente del criterio de cada uno para hacer su análisis, es decir, de si consta de tres o hasta siete elementos.

En nuestra opinión estamos de acuerdo con la teoría finalista de la acción, puesto que con dicha doctrina se hace un estudio más preciso del delito y del grado de participación del sujeto en el mismo, se da solución a diversos problemas que el causalismo no podía resolver y originaba constantes contradicciones entre quienes aplicaban la norma penal; su forma de ubicar el elemento subjetivo, hacer el análisis del dolo o la culpa desde la misma tipicidad de la conducta a favorecido a resolver las interrogantes que tenía el causalismo.

Es muy importante la reforma de las leyes penales en México, desde la carta magna hasta las leyes secundarias que se venían buscando desde hace más de una década y que por fin fueron admitidas en los años de 1993 y 1994, respectivamente, sin olvidar que aún se

sigue transformando el procedimiento penal y la ley sustantiva de la materia, se adecuó por fin la doctrina al procedimiento, ya hay una similitud de lo que vemos en las aulas de las escuelas de derecho y lo que tenemos que estudiar en un caso concreto ante los tribunales penales.

Este cambio en materia penal, lo podemos considerar como positivo, pues ahora se precisa cuáles son los elementos que el juzgador debe tener por acreditados para emitir un acto de molestia, ya sea orden de aprehensión o de comparecencia, hasta el auto de término constitucional y la sentencia definitiva que debe de emitir, debe apearse a tener por comprobados los elementos del tipo penal del delito de que se trate así como la probable o plena responsabilidad del justiciable, contando para ello con cualquier medio de prueba que la ley admita con tal carácter.

Por lo que hace a la fase de investigación, también podemos decir que también se dieron importantes disposiciones, tales como la facultad que se le concede para emitir una orden de detención, por tratarse de delito grave o caso urgente, incluso es importante su facultad para poder decidir, desde la misma averiguación previa, sobre la libertad provisional del inculpado, siempre que se cumpla con los requisitos señalados en la fracción I del artículo 20 constitucional, y que estas atribuciones pueden ser motivo de estudio en otro trabajo para dedicarle más espacio y recabar más comentarios al respecto.

Respecto a la ubicación sistemática de la antijuridicidad en las resoluciones judiciales, señalamos que la misma puede ser distinguida en tres diversos apartados, atendiendo a cada interpretación de los jueces penales, sin embargo, consideramos pertinente que al respecto debe haber un sólo criterio, debe existir uniformidad en las resoluciones, no debe ser a la interpretación de los jueces su ubicación, pues nuestro criterio se adhiere a que la

antijuridicidad en las resoluciones judiciales (órdenes de aprehensión, comparecencia y autos de término constitucional), debe señalarse como el injusto penal, es decir, se debe englobar a la tipicidad y antijuridicidad en un solo apartado para así poder determinar que efectivamente se violó la norma jurídica mediante una conducta, ya sea a manera de dolo o de culpa, pero que esa conducta no se encontraba bajo el amparo de alguna causa de justificación o precepto permisivo que tornara lícito el actuar del inculpado.

Se propone la reforma del artículo 122 del código de procedimientos penales, ya que a nuestro criterio se debe modificar el penúltimo párrafo del numeral antes invocado y ubicar de manera específica que no exista en favor del inculpado una causa de licitud, ya sea que lo señalen como una fracción IV o bien que se maneje como un párrafo independiente y en un párrafo posterior hacer referencia a la probable culpabilidad o responsabilidad, con la finalidad de que exista un criterio uniforme en cuanto al tema que tratamos.

Siguiendo este orden de ideas, el artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal debe ser reformado para quedar de la manera siguiente:

**Art. 122.-** El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes.

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos, y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades de los sujetos activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

**IV. Que no exista acreditada en favor del inculpado alguna causa de licitud.**

**Finalmente se deberá determinar la probable culpabilidad del indiciado, acreditando la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigencia de otra conducta para reprocharle su actuar y con ello determinar su probable responsabilidad.**

**Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio que señale la ley.**

Asimismo, el artículo 547 del código adjetivo debe ser modificado, agregándose una fracción más en la que se establezca que también procede la libertad por desvanecimiento de la antijuridicidad, o porque existió y se comprobó plenamente una causa de justificación en favor del procesado.

Los efectos de la libertad que se conceda por el motivo antes mencionado debe tener los mismos efectos que la libertad por desvanecimiento en términos de la fracción I del artículo antes mencionado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, Francisco. Trad. Jorge Guerrero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. octava edición. Temis. Colombia. 1988.
- BAUMMAN, Jürgen. Trad. Conrado A. Finz. Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistemas. cuarta edición. Palmas. Argentina. 1981.
- BUSCH, Richard. Modernas transformaciones de la teoría del delito. Temis. Colombia. 1969.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. trigésimo segunda edición. Porrúa. México. 1993.
- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. segunda edición. U.N.A.M. México. 1993.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de procedimientos penales. décimo quinta edición. Porrúa. México. 1995.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I décimo octava edición. Bosch. España 1980.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Penal. U.N.A.M. México. 1990.
- El Nuevo Procedimiento Penal en México. Porrúa. México. 1994.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal en México. sexta edición. Porrúa México. 1991.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José A. Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México. 1991.
- HERNANDEZ PLIEGO, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal. Porrúa. México. 1996.



- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. "Colección Clásicos el Derecho". Pedagógica Iberoamericana. México, 1995.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad. Porrúa, México, 1993.
- MAGGIORE, Giuseppe. Traductor José J. Ortega Torres. Derecho Penal. Vol. I. reimpresión de la segunda edición. Temis. Colombia. 1989.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo. U.N.A.M. México. 1992.
- REVISTA JURÍDICA PEMEX. "La responsabilidad penal a la luz de la reforma de 1994". num. 85-86. junio-agosto. 1995.
- Derecho Penal. Parte general tercera edición. Trillas. México. 1994.
- NOVOA MONRRREAL, Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho Penal. Juricentro. Costa Rica. 1980.
- ORELLANA WIARCO, Octavio A. Teoría del Delito. Sistemas causalista y finalista. segunda edición. Porrúa. México. 1995.
- ORONoz SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal, tercera edición. Limusa. México. 1990.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, décimo sexta edición. Porrúa. México. 1994.
- QUINTANA VALTIERRA, Jesús y Alfonso Cabrera Morales. Manual de Procedimientos Penales. Trillas. México. 1995.
- RANIERI, Silvio. Traductor Jorge Guerrero. Manual de Derecho Penal. Parte general. Tomo I. cuarta edición. Temis. Colombia. 1975.
- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, décimo primera edición. México. 1980.

**SAINZ CANTERO**, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte general, Tomo I, tercera edición. Bosch, España. 1990.

**WELZEL**, Hans. Traductor Juan Bustos Ramírez. Derecho Penal Alemán. Parte general, cuarta edición castellana. Editorial jurídica de Chile. Chile. 1993.

-Traductor José Cerezo Mir. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, cuarta edición castellana. Ariel, España. 1984.

**WESSELS**, Johannes. Traductor Conrado A. Finzi. Derecho Penal. Parte general, sexta edición alemana. De Palma, Argentina. 1980.

**ZAFFARONI**, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, segunda reimpresión. Cárdenas editor y distribuidor. México. 1994.

**ZUGALDIA ESPINAR**, osé Miguel. Fundamentos de Derecho Penal. Tirant lo Blanch. España. 1993.

ANALES DE JURISPRUDENCIA, "Estudios Jurídicos". GONZALEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. AVALOS SANDOVAL, Salvador. número 22, año 6, tercera época, abril junio. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 1995.

LA IMPORTANCIA Y PERSPECTIVAS DE LAS REFORMAS PENALES, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México. 1994.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Penal.