

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



Facultad de Derecho Incorporada a la
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

Clave 8793-09

12
2ej.

" PROPUESTA PARA MODIFICAR EL ARTICULO 290 DEL CODIGO
PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO "

TESIS

Que para obtener el titulo de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

Humberto Contreras Martinez

Celaya, Gto.
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

258513

Febrero de 1998



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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.

I N D I C E

	Pág.
CAPITULO I.- EL TIPO PENAL	
1.- Concepto de tipo penal.....	1
2.- Elementos del tipo penal.....	17
3.- La il.citud en el tipo	23
4.- La ley y la norma	27
5.-El patrimonio como bien jurídico tutelado.....	31
CAPITULO II.- DE LA ACCION PENAL	
1.- Titularidad de la acción penal.....	43
2.- Características de la acción penal.....	50
3.- Requisitos de persecución de los delitos y sus efectos.....	53
4.- Formas de extinción de la acción penal.....	58
CAPITULO III.- PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA	
1.-Concepto de prescripción.....	68
2.- Naturaleza jurídica de la prescripción.....	75
3.- La prescripción de la acción o el derecho a querellarse.....	79
4.- El perdón del ofendido.....	95
CAPITULO IV.- A PROPOSITO DE LA REFORMA	
1.- La sanción.....	98
2.- La estructura penal de la culpa.....	102
3.- Peligrosidad del delincuente culposos.....	107
4.- La culpa y el fundamento jurídico social.....	119
5.- Lo social en la idea del delito.....	112
CONCLUSIONES.....	130
BIBLIOGRAFIA.....	135

INTRODUCCION

El concepto de culpa tradicionalmente es la inobservancia de un deber de cuidado exigible al autor de la omisión penalmente relevante, sin embargo; la imposición de una pena privativa de libertad para el caso de los delitos culposos ha sido ya prevista por el legislador en el artículo 42 del Código Punitivo Estatal, dejando al juez en absoluta libertad para decidir el cuántum de la misma.

Esto significa que la sanción queda al prudente arbitrio del juzgador, sin otro límite más que su propia libertad, habida cuenta que tienen un amplio margen de movilidad entre el límite inferior y el límite superior del precepto líneas arriba apuntado, a mi juicio habrían de establecerse condiciones y requisitos que debieran ser observados para fijar la pena, dado que la culpa también tiene grados

Bajo esta premisa, la pena en los delitos culposos debe estar en plena concordancia con el grado de culpabilidad del autor, la razón principal por la que el estudio del presente trabajo se cierra en torno a la idea de incrementar la represión judicial para las conductas ilícitas derivadas de la culpa .

Así, en el capítulo primero al que llamo "El tipo penal", se aboca al estudio de este nuevo concepto en el mundo del derecho penal, para entender la integración de una figura penalmente relevante, su relación con la ley y la norma y, por supuesto atendiendo al patrimonio como el bien jurídico tutelado, puesto que ordinariamente los delitos culposos provocan una disminución a la esfera de haberes del pasivo.

En tanto, el segundo capítulo llamado "De la acción penal", se dedica al estudio procesal de la pretensión punitiva del Ministerio Público, pero advirtiendo sus características y

los requisitos para la persecución del delito, sobretodo cuando en nuestro Estado los delitos culposos son de persecución, por regla general, de querrela, para terminar con el análisis de las formas de extinción de la acción penal. En esta unidad nos adentramos a un estudio procesal de esta figura.

Mientras, en el capítulo tercero "Prescripción de la acción persecutoria", se realiza el análisis del fenómeno jurídico que parece premiar la capacidad del sujeto activo para evadir la acción de la justicia, es decir que cuando el autor del hecho delictivo huye, el derecho se encuentra imposibilitado para perseguir indefinidamente esa actitud criminal, por eso aquí, hablé de conocerse la naturaleza jurídica de la persecución, su efecto en relación con el derecho a querellarse y por último, el instituto del perdón del ofendido.

En el último capítulo llamado "A propósito de la reforma", han de ser materia de análisis conceptos tales como la sanción, la estructura penal de la culpa y la peligrosidad que representa el delincuente culposo. En este punto la culpa será vista como un fenómeno jurídico social en donde la sociedad misma no reprime mayormente a quien incurre en culpa como a quien delinque dolosamente, porque lo social también forma una idea en el delito.

De este modo se arriba a una conclusión necesaria imperativamente como lo es el regular jurídicamente la prudencia judicial, o más bien exigir requisitos de punibilidad para el que el juzgador pueda calificar la gravedad de la culpa y en consecuencia fijar la pena o la medida de seguridad, considerando tanto los aspectos objetivos como subjetivos del delito realizado, es decir, de aquellas circunstancias que hayan determinado la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto, ideas que van a reflejarse al final de la investigación que describo.

Estas fueron las condiciones que motivaron la idea central en que realizo este trabajo de tesis, asumo la responsabilidad de mis ideas que aquí dejo a su consideración.

CAPITULO PRIMERO.

CAPITULO I.- EL TIPO PENAL

SUMARIO:-1.- *Concepto de tipo penal* 2.- *Elementos del tipo penal*
3.- *La Illicitud en el tipo* 4.- *La Ley y la norma* 5.-*El Patrimonio como bien jurídico tutelado*

1.- CONCEPTO DE TIPO PENAL

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sanciona con pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos.

Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo -según el acreedor de la teoría-, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Errados andan los que piensan que puede distinguirse un "tipo de hecho" de un "tipo legal". No hay tipos de hecho. Se trata de una conducta del hombre que subsume en el tipo legal.

Como después veremos, hay auténticos tipos de mera descripción objetiva, otros más detallados en que se dan modalidades de la acción referentes al sujeto activo, al pasivo y al objeto; y numerosos más en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo injusto. Estos elementos del tipo, y sobre todo, su valor funcional, han cambiado, o mejor dicho, se han discutido apasionadamente en estos últimos años.

Hay grande anarquía para vertir esa expresión. Los italianos hablan de "hecho especie", y Juan P. Ramos, en la Argentina, trata del "caso penal" o "caso legal". Me parecen

estas expresiones sobre manera expuestas a equívocos. El "hecho especie" se confundiría con el tipo de hecho que acabo de rechazar, y el "caso legal" más bien parece aludir a los casos prácticos que se ponen en los seminarios y a los que juzgan los tribunales y que luego se coleccionan en revistas o libros de jurisprudencia.

Pedro Ortiz, en Chile, traduce esta característica con el inelegante término "encuadrabilidad". Y Sebastián Soler denomina la parte en que se ocupa de este tema con el epígrafe "Teoría de la subordinación". Estas versiones del concepto de tipicidad también me parecen expuestas a error. Más bien aluden a la adecuación típica (Tatbestanmassigkeit), de la que luego se hablará, y que en el sentir de Beling nada tiene que ver con el Tatbestand o imagen rectora.

La jurisprudencia chilena y la doctrina mexicana parecen preferir la expresión "cuerpo del delito", que tampoco acepto por la fuerte confusión que se engendra sobre lo que debe entenderse por tal. A mi modo de ver, el cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra.

Ahora bien, destacados tratadistas afirman y sostienen que el antecedente inmediato de la noción del tipo, es el concepto de corpus delicti, posteriormente desarrollado en forma prodigiosa por Ernest Von Beling.

El corpus delicti tuvo su aparición en el campo procesal, identificándosele con la prueba material del delito; posteriormente se le confundió con el objeto material del delito, y, por último, con el hecho descrito en la ley, por lo cual, el corpus delicti se fundía con el concepto de tipicidad.

En el derecho penal contemporáneo, principalmente entre los tratadistas mexicanos, que siguen el criterio del extinto maestro Don Carlos Franco Sodi, están acordes en

considerar al corpus delicti, como el conjunto de elementos materiales que integran cada evento delictivo, descrito por la ley penal.

La paternidad de la moderna teoría del tipo es atribuida a Ernest Von Beling, que al decir de Don Mario Jiménez Huerta, "primero materialista y después espiritualiza el concepto de tipo penal." (1).

Para este ilustre penalista Alemán, que en 1906, publicó su obra "Die Lehre vom Verbrechen", el "Tabestand" que en la doctrina anterior a él no era sino la suma de la totalidad de los elementos del delito, o sea, el delito mismo, incluyendo el factor subjetivo de culpabilidad, es la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, es decir, de la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; más claramente, la acción delictuosa con las notas que caracterizan y la realización del resultado que con ésta ligado. Quedan por tanto, fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad. (2).

En 1930, Beling amplía su doctrina introduciendo nuevos términos, como: tipo de delito, tipicidad y adversión típica, Mariano Jiménez Huerta, al estudiar la teoría Beligniana, expresa que con las ampliaciones hechas a su doctrina (Beling), el tipo, "es la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regem que norma y preside cada especie delictiva".

La adecuación de la conducta al tipo -idea ésta incita en el concepto de tipicidad- no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es "imagen o figura rectora" o "cuadro dominante" de cada una de ellas. De lo anterior se deduce que el tipo legal se perfila como descripción objetiva y no valorativa.

A partir del insigne tratadista Alemán en referencia, ha derivado toda una estructura jurídica, tendiente a establecer el concepto o noción del tipo, en que cada autor lo defina de acuerdo con su personal punto de vista.

Para Edmundo Mezger el tipo, en el sentido de la teoría general del derecho, es el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; por lo tanto, como puede advertirse, Mezger identifica el tipo con el delito y lo estudia o sitúa dentro de la antijuridicidad, agregando que sólo es punible el que actúa típicamente.

Posteriormente, esboza una nueva definición diciendo que el tipo en el propio sentido jurídico penal, significa más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada la sanción penal; de esta segunda definición manifestada por Mezger, se deduce que para él, la culpabilidad no se encuentra dentro del tipo, el tipo asociado a la culpabilidad, da vida u origina al delito.

Guillermo Sauer define al tipo como "una reunión típica de los elementos desvalorizados jurídicamente relevantes y socialmente perjudiciales." (3).

Por su parte Hans Welzel afirma. El concepto del tipo es múltiple. En su sentido más amplio significa el tipo total, es decir, la totalidad de los presupuestos de la punibilidad, y a continuación agrega, con ella se elimina de él, desde un principio, todos los presupuestos de persecución -como acusación- que reglamentan solamente la perseguibilidad procesal de la acción punible; si faltan, tiene lugar la finalización del procedimiento, no absolución como cuando falta una característica de la punibilidad. Las características de punibilidad del tipo total pueden separarse en grupos, a saber:

a).- El núcleo de lo injusto de todo delito, o tipo, en el sentido más estricto, es decir, la totalidad de las características conceptuales de lo injusto que caracteriza determinado delito, y que diferencia, por tanto, ese delito, de todos los demás.

Contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de un hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas de autor, tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. Abarca la mayor parte del tipo total.

b).- La culpabilidad (capacidad de imputación y conciencia de lo injusto) es una característica general de todos los delitos, y por eso no aparece mencionada expresamente en los tipos particulares.

c).- Las condiciones de punibilidad (únicamente en pocos delitos). Las más de las veces ya el tipo de lo injusto y la culpabilidad fundamentan la punibilidad del delito. Sin embargo, en algunos casos, depende la punibilidad de otras condiciones exteriores a la acción culpable antijurídica". (4).

Para Welzel tipo "es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma)." (5).

El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas). Luego, conviene ver algunas precisiones:-

a). El tipo es un instrumento legal, o sea que es un dispositivo que se halla en la ley y no en el delito. Mediante el juicio de tipicidad se establece la tipicidad de una conducta, siendo ésta la característica del delito. Con la pertenencia del tipo a la ley, no quiero afirmar que el tipo se agota en la formulación legal aislada que lo contiene, sino que, como luego veremos, la formulación legal en sí misma es el tipo legal, pero el mismo está requerido de una rectificación conglobante (tipo conglobante), dando ambos lugar al tipo y a la consiguiente tipicidad penal. De cualquier manera, el tipo

conglobante también surge de la ley, por lo que es correcto calificar en general al tipo como instrumento "legal".

b). El tipo es lógicamente necesario. Cualquiera sea el sistema legal que exista, el tipo es imprescindible para averiguar qué es un delito. En su contenido el legislador puede prohibir las más diversas conductas, lo puede hacer con la mayor precisión posible (sistema de tipos legales) o proporcionando al juez una pauta (o sistema de pautas) general de elaboración (sistema de tipos judiciales), pero de cualquier modo no se puede llegar a un concepto sistemático del delito prescindido del tipo, porque no se puede averiguar la delictuosidad de una conducta prescindiendo de su tipicidad.

c). El tipo tiene por naturaleza predominantemente descriptiva. Estas características que requiere algunas aclaraciones.

1).- En principio, si bien el tipo siempre describe conductas o acciones, no siempre describe conductas prohibidas, puesto que, ocasionalmente, describe la conducta debida (tipos omisivos). En consecuencia, si bien el tipo reconoce un carácter descriptivo, no siempre las conductas que describe son las prohibidas.

2).- Por otra parte, en ningún caso la descripción legal es completa. Ello es imposible en general, porque se trata de conductas humanas y la ciencia desconoce múltiples aspectos de la mismas. Más aún prescindiendo de las limitaciones científicas, el tipo se limita a describir aspectos diferenciales de la acción, con lo que resulta ser un esbozo torpe de conducta en el que cabe una infinita variedad de conductas humanas. Esta descripción en general grosera es la que permite valerse del tipo para individualizar conductas.

3).- El tipo está redactado en un lenguaje humano, y éste ha menester de un símbolo para connotar la conducta: el verbo. Consecuentemente, es ineludible que el tipo contenga un verbo. La circunstancia de que el verbo no esté bien precisado en el tipo legal es sólo una deficiencia o una modalidad de la técnica legislativa, que obliga al órgano jurisdiccional a precisarlo, a buscarlo, a desentrañarlo.

4).- La circunstancia de que el tipo penal individualize conductas mediante descripciones no implica que describa conductas y sólo conductas. El tipo además de la conducta del autor, puede abarcar conductas de terceros, objetos, horas, lugares, resultados, etc. En consecuencia, esas conductas que aisladamente son indiferentes al derecho, no resultan indiferentes cuando se dan los otros elementos requeridos en la descripción típica.

5).- La naturaleza descriptiva del tipo penal no implica que éste describa una pura "exterioridad", un escenario de autómatas que causan resultados. Cuando el tipo describe conductas lo hace en su totalidad, o sea, como tales conductas son. El legislador se acerca más a un narrador que a un esquizofrénico retratista -como parece entenderlo el casualismo; usa la descripción para individualizar conductas humanas y el hecho de que en la descripción se refiera a la exteriorización de la voluntad -aspecto imprescindible no implica que prescinda de la voluntad misma tan imprescindible como la anterior-. Hasta hay claras referencias a lo subjetivo.

6).- De la naturaleza predominante descriptiva del tipo no puede deducirse su total acromaticidad valorativa: el tipo le otorga relevancia penal a conductas que son presumibles antijurídicas.

7).- El tipo puede valerse ocasionalmente de otro método que acompañe a la descripción, que es la remisión valorativa (los elementos normativos). Esta remisión, en razón del

sistema político de tipos legales, será restrictiva, en general, pues lo contrario implicaría una quiebra del sistema.

d). El tipo otorga relevancia penal a las conductas que individualiza. Con la mera afirmación de la antijuridicidad de una conducta, nada podemos afirmar sobre su delictuosidad, y no solamente porque no conocemos aún si es o no culpable, sino porque la antijuridicidad es independiente de la delictuosidad en el sentido de que las conductas que interesan al derecho penal son unas pocas conductas antijurídicas.

Es contraria a una norma una infracción administrativa o el incumplimiento de un contrato, pero estas conductas antijurídicas por sí mismas, no interesan al derecho penal. Le interesarían cuando con la infracción administrativa se viola por ejemplo un deber de cuidado y se causa una lesión física o cuando en el incumplimiento del contrato se reporta a su autor por ese ardid un beneficio indebido.

Con mucha razón la culpabilidad del autor no nos interesa penalmente, porque tampoco sabemos si tiene alguna relevancia penal, podemos averiguar la antijuridicidad de todas las conductas que violan normas jurídicas de cualquier índole y la culpabilidad de su autor, o lo que es lo mismo la reprochabilidad de su conducta, para averiguar después si interesa al derecho penal. El tipo penal es el dispositivo legal auténticamente penal que individualiza las conductas que nos interesan. Por eso decimos que es el que otorga relevancia penal a la conducta.

Cabe advertir aquí que la circunstancia de que se le otorgue relevancia penal no significa que le otorgue "relevancia social" es una cuestión de hecho que nada tiene que ver con la tipicidad y cuya indagación corresponde al campo de la sociología y no al terreno dogmático, salvo que el tipo nos remita a ello para cerrarlo. (6) .

Destacados tratadistas afirman y sostienen que el antecedente inmediato de la noción del tipo, es el concepto del *corpus delicti*, posteriormente desarrollado en forma prodigiosa por Ernest Von Beling.

El *corpus delicti* tuvo su aparición en el campo procesal, identificándolo con la prueba material del delito; posteriormente se le confundió con el objeto material del delito, y, por último, con el hecho descrito en la ley, por lo cual, el *corpus delicti* se confundía con el precepto de tipicidad.

En el derecho penal contemporáneo, principalmente entre los tratadistas mexicanos, que siguen el criterio del extinto maestro Franco Sodi, están acordes en considerar al *corpus delicti*, como el conjunto de elementos materiales que integran cada evento delictivo, descrito por la ley penal.

La paternidad de la moderna teoría del tipo es atribuida a Ernest Von Beling, que al decir de Don Mariano Jiménez Huerta, primero materializa y después espiritualiza el concepto de tipo penal (7).

Para este ilustre penalista Alemán, que en 1906 publicó su obra *Die Lehre vom Verbrechen*, el "tatbestand" que en la doctrina anterior a él no era sino la suma de la totalidad de los elementos del delito, o sea, el delito mismo, incluyendo el factor subjetivo de culpabilidad, es la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, es decir, de la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; más claramente, la acción delictuosa con las notas que le caracterizan y la realización del resultado que con ésta está ligado. Quedan por tanto, fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad (8).

En 1930, Belling amplia su doctrina introduciendo nuevos términos, como: tipo de delito, tipicidad y adversión típica. Mariano Jiménez Huerta al estudiar la teoría de Beling, expresa que con las ampliaciones hechas a su doctrina, el tipo es la imagen rectora. cuadro dominante o tipo regem que norma y preside cada especie delictiva.

De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una representación conceptual que no debe ser confundida con su realización anterior, una categoría un contenido: un concepto puramente funcional que sólo ejerce una función orientadora; un libro de imágenes en el cual las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas, un concepto troncal de ordenación metódica que domina al derecho penal en toda su extensión y profundidad.

La adecuación de la conducta al tipo -idea ésta insita en el concepto de tipicidad- no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es imagen o figura rectora o cuadro dominante de cada una de ellas, de lo anterior se colige que el tipo penal se perfila como descripción objetiva y no valorativa.

A partir del insigne tratadista alemán en referencia, ha derivado toda una estructura jurídica tendiente a establecer el concepto o noción de tipo, en que cada autor lo define de acuerdo con su personal punto de vista.

Así por ejemplo, algunos años después, para Edmundo Mezger el tipo, es el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; por lo tanto, como puede advertirse, Mezger identifica al tipo con el delito y lo estudia o sitúa dentro de la antijuridicidad, agregando que sólo es punible el que actúa típicamente.

Posteriormente, esboza una nueva definición diciendo que el tipo es el propio sentido jurídico penal, significa más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal; de esta segunda definición manifestada por Mezger, se deduce que para él, la culpabilidad no se encuentra dentro del tipo; el tipo asociado a la culpabilidad, da vida u origina al delito.

"Guillermo Saurer define al tipo como:- una reunión típica de los elementos desvalorizados jurídicamente relevantes y socialmente perjudiciales" (9).

Por su parte, ya adentrados en los 30's, Hans Welzel sostiene que el concepto de tipo es múltiple. En su sentido más amplio significa el tipo total, es decir, la totalidad de los presupuestos de la punibilidad, con ella se elimina de él, desde un principio, todos los presupuestos de persecución que reglamentan solamente la perseguibilidad procesal de la acción punible; si faltan, tiene lugar la finalización del procedimiento, no absolución como cuando falta una característica de la punibilidad.

Las características de punibilidad del tipo total pueden separarse en dos grandes grupos, a saber:-

a) el núcleo de lo injusto de todo delito, o tipo, en el sentido más estricto, es decir, la totalidad de las características conceptuales de lo injusto que caracteriza determinado delito, y que diferencia, por tanto, ese delito de todos los demás.

b) la culpabilidad es como la capacidad de imputación y conciencia de lo injusto, es una característica general de todos los delitos y por eso no aparece mencionada expresamente en los tipos particulares.

c) las condiciones de punibilidad, las más de las veces ya el tipo de lo injusto y la culpabilidad fundamentan la punibilidad del delito, sin embargo, en algunos casos, depende de la punibilidad de otras condiciones exteriores a la acción culpable." (10).

Entonces queda claro que, contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas del autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. Abarca la mayor parte del tipo total.

Para Welzel tipo "es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura meramente conceptual". (11).

Este es por cierto, el concepto adoptado en nuestra legislación a partir de 1993, con la reforma a la Constitución y posterior adecuación de las leyes secundarias.

Ahora bien, uno de los más caros anhelos de todos los hombres, a través del tiempo y del espacio, ha sido el hecho de que los individuos, al ser castigados por el Estado, por la comisión de un hecho delictuoso, tal delito se encuentre previsto dentro del ordenamiento jurídico respectivo, para evitar el abuso del poder, principalmente dentro de regímenes totalitarios.

De ahí la necesidad, no sólo de formar catálogos que incluyan hechos y conductas, cuya comisión merezca el reproche de la sociedad, mediante la imposición de la pena, sino de consagrar en forma expresa e inequívoca el principio que riga la actividad jurisdiccional en los casos concretos que se den o se produzcan en el mundo fáctico.

En efecto, la legislación penal del mundo, adopta el principio de Feuerbach, como una garantía para los ciudadanos de ser juzgados por una ley exactamente aplicable al

hecho que se les imputa, expedida con anterioridad al momento en que lo cometieron y cuya sanción que se les aplica, como un reproche a esa conducta antisocial e ilícita, se encuentra, igualmente, consagrada en la ley.

De lo expuesto con antelación, es fácil concluir que ello constituye la función específica del tipo penal.

Que no hay delito sin tipicidad; que la tipicidad es la simple descripción objetiva del hecho abstracto, y, que el juzgador, en holocausto a los principios liberales, no podrá actuar, sino cuando el hecho que tiene conocimiento, reúne todos los elementos del tipo delictivo descrito en la ley.

La idea del principio en referencia, presupone la adecuación al tipo, del hecho concreto sometido al conocimiento del juzgador, es decir, exige que el comportamiento declarado punible, esté descrito ampliamente en la ley misma. Sólo que esta previsto en un tipo de ley penal como delito, puede ser declarado como tal.

Todos esos conceptos hicieron que la doctrina del finalismo en la teoría del delito tuviese que arribar necesariamente a las conclusiones que a continuación se enlistan:-

El tipo pasa a desempeñar una triple función:-

a) una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);

b) una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionadas (principios de nullum crimen sine lege);

c) una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada". (12).

Estas funciones que se desprenden de la teoría expuesta por el fundador de la teoría del tipo, son reconocidas por el sistema causalista y el finalista. Sin embargo, la función descriptiva que Beling, asignaba al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el causalismo no son aceptadas por el sistema finalista.

Para los finalistas, son elementos del tipo los componentes no solo objetivos, sino también subjetivos.

La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo), como subjetiva (el llamado tipo subjetivo)". (13).

Elementos objetivos:- los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que solo califican, agravan, privilegian, atenúan, al tipo autónomo (la premeditación, como calificativa del homicidio o la riña como atenuante).

De esta manera, un principio básico del derecho penal exige que la materia de la prohibición contenida en su normas (tipos) debe ser precisa, es decir, no debe ser ambigua, de tal

suerte que el ciudadano y el propio juez conozcan con exactitud la conducta prohibida; de no ser así el orden jurídico propicia el abuso, y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va aplicar. Esa precisión queda plasmada en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Como elementos objetivos del tipo podemos señalar:-

- 1.-El sujeto activo, su autoría y participación.
- 2.- El sujeto pasivo;
- 3.-El bien jurídico tutelado;
- 4.-La acción u omisión;
- 5.-El resultado típico de los delitos de resultado;
- 6.-Los elementos normativos, en los que cabe mencionar que Welzel no está del todo de acuerdo en su cita, pero lo cierto, es que reconoce su existencia.
- 7.-Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en

el tipo.

Elementos subjetivos:- los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea, al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo. Entonces se pueden considerar como tales:-

- 1.- Dolo o la culpa.
- 2.- Otros elementos distintos del dolo y la culpa como son:- el ánimo, los propósitos, las intenciones, etc.

De esta manera la teoría finalista coloca al dolo, y a la culpa, como elementos del tipo, y no como elementos o especies de la culpabilidad como lo hace el sistema causalista.

Simplemente en un afán didáctico, habrá de sostenerse una premisa como la que enseguida se enuncia:- son elementos objetivos, aquellos que describen la conducta o el hecho y que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento, por lo general este elemento constituye el núcleo del tipo, cuando por medio del verbo, describe una acción o una omisión, pero también forman parte de él todos los procesos, estados o referencias conectados a la conducta.

Son elementos subjetivos las referencias especiales conectadas con el dolo y dirigidas a la realización de la parte objetiva del tipo, que están vinculadas con el propósito y el fin del agente.

Son también, elementos normativos, las características implícitas en el tipo y que determinan una especial valoración jurídica o cultural por parte del juzgador.

Luego entonces, el finalismo no es sólo una doctrina que introdujera cambios semánticos, sino también, en una nueva regulación de la estructura del delito con una mejor técnica.

En tanto para el causalismo, el tipo es:-

- a) el tipo es objetivo;
- b) el dolo es voluntad del fin, conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad,
- c) el dolo es la culpabilidad;
- d) el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo;
- e) no hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y prohibición.

En tanto para el finalismo, el tipo es:-

- a) el tipo es mixto: subjetivo y objetivo;

- b) el dolo es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo;
- c) el dolo esta en el tipo objetivo;
- d) el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo;
- e) la incongruencia entre tipo objetivo y subjetivo genera el error de tipo.

2.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, divide los elementos del tipo en

- 1.- Objetivos; y
- 2.- Normativos; y
- 3.- Subjetivos.

A los primeros, los entiende como "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que puede ser materia de la imputación y de responsabilidad penal." (14).

De los elementos normativos afirma que forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración continua diciendo se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídico, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico. De ahí que para Pavón Vasconcelos, los elementos normativos del tipo, impliquen una valoración, por parte del juzgador, y que tal valoración sea jurídica o cultural, según el ámbito en el cual opere dicha valoración.

Por último expresa que los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos, por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita, y que tales elementos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad.

Luis Jiménez de Asúa acepta que el tipo está integrado por tres clases de elementos, que son:

- a).- Objetivos
- b).- Subjetivos
- c).- Normativos.

Agrega que los primeros son aquellos que hacen referencia al acto y modalidades del tipo, precisa que "el núcleo del tipo, las referencias al sujeto activo y al objeto, y las restantes modalidades, pertenecen a este grupo" De los elementos subjetivos siguiendo a Leopoldo Zimmeri, afirma que son estados o procesos -impresión en el sujeto pasivo- que causan en la víctima; y de los elementos normativos expresa "a veces, en los tipos se han hecho incrustaciones demandadas por la actual imperfección de la técnica e incluso innecesarias referencias a otros caracteres, como cuando se involucra en la descripción del objetiva un elemento de la culpabilidad; en otros se ha hecho preciso determinar el fin del agente, o su ulterior propósito, en ciertos tipos legales era indispensable fijar el elemento subjetivo de lo injusto y, por último, la impaciencia del legislador ha enclavado en la mera descripción objetiva, para la que basta el proceso de conocimiento, una referencia normativa, que obliga al juez a valorar." (15).

Welzel afirma que el tipo contiene un aspecto objetivo y otro subjetivo, manifestando "que tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas del autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría.

De donde resulta que para Welzel existen los elementos objetivos y subjetivos del tipo, pero no así los normativos. Conviene hacer notar que aún cuando para este tratadista alemán, existen los elementos objetivos y subjetivos, como integradores del tipo, no hace diferencia precisa y concreta respecto de unos y otros, pues afirma que el elemento objetivo del tipo, no es de ninguna manera nada "exterior", puramente objetivo, que aparezca completamente libre de elementos psíquicos-subjetivos, "ya las acciones -dice- de hecho, objetivas, de "apoderarse", de "engañar" como también de "coaccionar" de "sustraer" y, en general, todas las acciones de hecho de los tipos delictuosos dolosos, no se dejan comprender sin la tendencia de voluntad que las impulsa y las anima." (16).

Por su parte Welzel, es omiso en hablar de, los elementos normativos, pero admite, reconoce y sostiene la existencia, en el tipo, de los elementos objetivos y subjetivos.

Estudiando las obras de tratadistas, encontré que entre ellos, existe gran paralelismo en el campo jurídico; la exposición de sus ideas, es semejante, y hay afinidad en sus conclusiones; lo que no es raro, si se toma en cuenta que sus compatriotas, contemporáneos y principales sostenedores de la teoría finalista de la acción.

Elementos Normativos. El primero en referirse a estos elementos fue Mayer, quien manifestó que: "son aquellas partes esenciales de un resultado típico que no tienen más que importancia valorativa determinada". Posteriormente Mezger se refirió a ellos, llamándolos "elementos típicos normativos" y agregando que elemento normativo del tipo, es todo aquél que para ser determinado requiere una previa valoración.

Jiménez de Asúa, al hablar de los elementos normativos del tipo, dice que están vinculados a la antijuridicidad, que constan en la descripción típica y que obligan al juez instructor

a sobrepasar su función propia meramente cognoscitiva, para entrar en valoraciones de carácter normativo." (17).

Posteriormente, salvo algunas excepciones, todos los tratadistas aceptan y sostienen la existencia de elementos subjetivos y normativos, en la estructuración del tipo, con lo cual comienza la decadencia de la teoría causalista de la acción, para dar paso a la corriente que actualmente se encuentra en boga principalmente en Alemania, la teoría finalista de la acción, de las que son principales expositores Reinhart Maurach y Hans Welzel. Acordes con esta teoría, le asignamos al tipo un carácter indiciario de la antijuridicidad. Si el autor ha realizado, objetiva y subjetivamente, la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado de este modo contrario a la norma. La tipicidad y la consiguiente contradicción con la norma, es un indicio de la antijuridicidad, pero no es idéntica a ella.

El tipo penal es la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada en una ley. Se ha considerado al tipo penal, como instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva.

Es importante señalar que el tipo penal, también se conforma de las modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como de los medios empleados, que de no darse, tampoco será posible se dé la tipicidad.

Se ha dicho que la conducta del hombre en la realización de un delito, representa una cantidad infinita de datos, es imposible captar todos ellos en una descripción legislativa, por lo tanto la sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica recogida en el tipo penal, le da forma íntegra a sus elementos.

No existe una técnica legislativa única, para la tipificación penal de conductas antijurídicas, ya que siempre va a influir la complejidad o sencillez de la conducta que se

quiera moldear en un tipo penal. De esta manera será muy diverso el tipo penal y tangible, como en el caso de presentarse conductas normadas por alguna especial situación del sujeto que actúa.

Por lo tanto, el comportamiento antijurídico descrito por el legislador en el tipo penal será puntualizado en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos de la conducta, otras, será haciendo referencia a la valoración normativa de la misma y algunas más lo hará mediante el especial aprecio del fondo mismo de la intención o ánimo del autor.

Para concluir, señalare los elementos del tipo penal:

- a) El presupuesto
- b) El sujeto activo
- c) El sujeto pasivo
- d) El orden jurídico
- e) El objeto material.
 - 1. Referencias temporales
 - 2. Referencias espaciales
- f) Las modalidades de la conducta--
 - 3. Referencia a otro hecho punible
 - 4. De referencia de otra índole
 - 5. Medios empleados
- g) Elementos normativos.
- f) Elemento subjetivo del injusto." (18).

Al referirme al elemento objetivo del tipo penal, estoy hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo; como he dicho con anterioridad, el tipo penal tiene un carácter descriptivo; pero esto no quiere decir que sea únicamente una descripción externa, ya que siempre que se este describiendo una conducta humana habrá de tomarse en cuenta el elemento subjetivo, de él me ocupara en el siguiente punto.

El elemento subjetivo, se identificará con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida por el tipo penal. Es un concepto tomado del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real.

Asimismo se encuentra dentro del elemento objetivo, algunas veces se presenta de modo transitivo las figuras típicas, haciéndose mención de la persona o cosa donde recae la conducta, de manera que se considera como objeto de la conducta o de la acción, por ejemplo, la persona privada de la vida, en el homicidio; la cosa sustraída en el robo, entre otros.

Los elementos normativos ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valoración para ser completados en un contenido capaz de ser aplicado. En este caso, el legislador no espera que el juez justiprecie, según su criterio, sino debe exponer en sus sentencias, las evaluaciones que existen en la sociedad.

En la aplicación de estos elementos normativos del tipo, el legislador ha introducido conceptos jurídicos indeterminados, en los cuales puede salvaguardarse el requisito de la vinculación del juez a la ley, basando la apreciación en conceptos valorativos generalmente admitidos. Con estos antecedentes, los elementos normativos del tipo se refieren a hechos que únicamente pueden pensarse.

Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir atiende a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.

Se dice que cuando se describe una conducta humana, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos, asimismo el legislador penal, tampoco procede a la descripción de lo

"externo" únicamente. Como ejemplo tenemos el tipo doloso, que implica siempre la causación de un resultado, que sería el aspecto externo, pero también requiere de la voluntad de causar ese resultado, lo que sería el aspecto o elemento subjetivo del tipo penal.

Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la misma naturaleza del hombre, ya que éste es un ser esencialmente pensante, que ante la realización de la mayoría de sus aspectos, siempre va a participar su psique, elemento subjetivo del tipo penal.

El elemento subjetivo puede radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de las cosas. Otras veces, este elemento estará en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica.

3.- LA ILICITUD EN EL TIPO

Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere esclarecimiento a fondo, porque tanto lo justo como lo injusto han sido enturbiados por pretendidas exigencias de moral y de política. El desprecio que tuvieron los positivistas por el derecho hizo que esta piedra angular de todo edificio de dogmática punitiva haya quedado sin pulimento en los países que bebieron su sabiduría jurídica en fuentes italianas.

Tendría que comenzar por esclarecer si el prius lógico es lo jurídico (justo) o lo antijurídico (injusto). Se afirma que el prius era lo injusto y que a él sucede lo jurídico. Acaso ocurriera así desde el punto de vista de la evolución histórica. Quizá el ordenamiento jurídico, que es un orden de paz, haya nacido de los ataques injustos a los intereses. Pero, si en vez, de la prioridad histórica se tratare de averiguar el prius lógico, se tendrá que reconocer que primero es lo justo, y lo injusto su contrario. Esta es la opinión común.

Otro problema previo es destacar si lo injusto y lo antijurídico tienen distintos significados o pueden emplearse como sinónimos. Guillermo Sauer, después de decir que son lo mismo, afirma que lo injusto abarca la valoración y el concepto, y lo antijurídico sólo la valoración.

En cambio, Binding que trata del asunto más profundamente, dice que injusto es sólo no derecho, y que lo antijurídico es ya un anti. Creo, que si bien es exacta la observación de Binding, se debe emplear indistintamente y con carácter sinónimo tanto la vez (injusto como antijurídico).

Provisionalmente puede decirse que la antijuricidad es lo contrario al derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. Pero esto nos expresa, y es una de tantas definiciones tautológicas.

Esta definición provisional de lo antijurídico sólo sirve de punto de partida. Pero nada nos dice, porque seguimos sin saber lo que es contrario al derecho.

En síntesis, me atrevo afirmar: 1o). No existen dos conceptos de antijuridicidad siempre es material, en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de conducta. La antijuridicidad siempre es formal, porque su fundamento no puede partir más que del texto legal.

2o). Como lógica consecuencia, tampoco existe un injusto legal y un injusto supralegal, sino que todos son "injustos legales" (aunque a veces su determinación, en razón de que la ley está limitada por la naturaleza de las cosas, deba buscarse en criterios o datos extralegales).

3o). De la inexistencia de un injusto supralegal se deriva la inexistencia de "causas supralegales de justificación" que ocasionalmente para la determinación de los permisos (contenido del ejercicio de un derecho) la ley necesite remitirse a las pautas sociales no significa que éstas sean "causas supralegales" de justificación: siguen siendo legales por imperio de la remisión misma.

4o). Estas "necesidades" de remisión de la ley son estructuras lógico-objetivas que vinculan al legislador con la naturaleza de la conducta que quiere prohibir o permitir, la que no le posibilita otro camino.

5o). La validez de las normas y de los preceptos dependerá de que llene todos los requisitos de validez la ley que los contiene: a). Que sea constitucional (además de espacio-temporalmente válida), lo que implica el reconocimiento de la estructura lógica que obliga al legislador a respetar la naturaleza de persona del ser humano; b). Que respete la naturaleza del orden jurídico, esto es, que no se halle en contradicción irreductible con otra norma o normas.

De este modo quedan superadas las consecuencias prácticas del viejo problema de la duplicidad de la antijuridicidad y la par se evita el riesgo de que se trate de introducir la ética social en el derecho. La llamada "etización del derecho penal" en la medida en que puede y debe admitirla un Estado de derecho, no puede ser más que el reconocimiento de las estructuras lógicas que vinculan al legislador con las pautas sociales, por un lado, y de la aspiración ética del derecho por otro. Esta última debe mantenerse en el nivel mínimo exigible, o sea con el respetuoso reconocimiento de la pluralidad de órdenes valorativos de nuestra sociedad."(19).

La antijuridicidad como uno de los elementos del delito, ha despertado siempre un especial interés en la mente de los investigadores del derecho penal, particularmente dentro

de la escuela alemana. Aún cuando es ya un trillado tema de la dogmática jurídico-penal, he de expresar en unas cuantas líneas su concepto, contenido y a modo de ensayo, una particular opinión.

Los autores alemanes han utilizado diversos términos para distinguir el concepto en estudio, así conocemos las voces antijurídico, contrariedad al derecho o ilegalidad y todas estas señalan una de las características del delito puesta de relieve, como elemento independiente de todos los demás, siguiendo el método analítico, recomendado por las nuevas corrientes jurídico-penales.

Dentro de las diversas Escuelas de Derecho Penal, se ha criticado a aquellos autores que buscando una definición apropiada a la antijuricidad y siguiendo un camino simplista, nos han dado una noción negativa del tercer elemento del delito (antijuricidad), afirmando que, existirá la antijuricidad en cuanto se reúnan dos requisitos: a) La violación de una norma penal y b) La ausencia de una Causa de Justificación.⁷⁽²⁰⁾.

Es por ello que toda vez que invoco a otro estudioso alemán, Franz Von List al hablarnos de su concepto dualista de la antijuricidad, hablándonos en primer lugar de una antijuricidad formal, que es aquella que constituye una trasgresión a la norma dictada por el Estado, y en segundo de una antijuricidad material integrada por aquella acción contraria a la sociedad.

Pienso que la antijuricidad tal y como se entendió esta integrada únicamente por la antijuricidad material, puesto que, la antijuricidad formal no es más que, como expresa Jiménez de Asua, la tipicidad.

Se dará más veracidad a lo anteriormente afirmado si vuelve al contenido material de lo antijurídico. Creo que siguiendo un criterio ya adoptado, que el contenido material del concepto radica, en la violación de un deber jurídico. Siendo que la norma, al dirigirse a nosotros lo hace en forma de obligación y no como un derecho. Tenemos el deber jurídico de abstenernos, en unos casos,

y de obrar en otros, para no caer sobre el campo tipificado y sancionado de la norma penal, mediante una conducta activa o inactiva respectivamente.

Luego entonces, si nos situamos desde el punto de vista jurídico, ¿no será la conducta reprochable perfectamente jurídica!, creo en la terminología de antijuricidad, puesto que lo que he venido llamando, hecho antijurídico o ilícito o violatorio de la ley penal, se adecúa, a está para convertirse en delito, tomando así un carácter evidentemente jurídico, es decir relevante al derecho, lo antijurídico es irrelevante a éste y un delito no podrá ser estudiado por la jurisprudencia.

La mayoría de los tratadistas emplean los términos antijurídico, ilícito e injusto, para referirse a aquello que es contrario al derecho, pero creo se equivocan al pensar que un hecho antisocial, sea antijurídico siendo que es precisamente la realización del supuesto jurídico (la tipicidad es la correcta adecuación del hecho jurídico al supuesto legal o sea es una identificación de lo concreto, hecho jurídico, con lo abstracto, descripción legal) adecuación que trae como consecuencia la erección del hecho mencionado en delito, merecedor de una sanción penal proporcionada.

Dicen los autores que la antijuricidad, es un disvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y la norma jurídica. Queriendo con ello hacemos entender que el delito consiste en esa contradicción para con la norma penal.

4.- LA LEY Y LA NORMA

Todas las normas prohibitivas se traducen en una sanción a su contraventor (civiles, mercantiles, administrativas, laborales, etc.). No obstante el legislador considera que determinadas conductas que afectan bienes jurídicos, merecen una sanción de naturaleza particular, es decir, una sanción penal, una pena, o sea, una ingerencia en los bienes jurídicos del autor de la conducta con el propósito resocializador.

Para ello individualiza en la ley penal la conducta prohibida (tipo penal) y le asocia una pena.

No obstante, el interés jurídico positivo, el bien jurídico, no se manifiesta recién a través de la norma penal. Siempre lo podemos reconocer antes, con las normas prohibidas de otras conductas que le afectan y que se hallan en cualquier parte del orden jurídico. Lo que la ley penal no hace es poner de manifiesto bienes jurídicos, lo único que pone de manifiesto es su tutela penal.

"Al bien jurídico lo conocemos por la norma y a la norma por la ley (el tipo penal). Osea que estamos siguiendo el camino exactamente inverso al seguido por el legislador: El juez debe desandar la senda legislativa para llegar al bien jurídico. El legislador parte de la valoración de un ente (bien jurídico) y lo pone de manifiesto en la norma que lo tutela (norma prohibitiva) que se efectiviza a través de una ley (tipo); el juez (o el dogmático) parte de una ley para averiguar la norma y a través de ella el bien jurídico." (21).

El tipo penal pertenece a la ley, está en la ley y es ley, pero ni el bien jurídico ni la norma pertenecen a la ley y por consiguiente tampoco al tipo. El tipo penal (que es la ley penal, aunque, por su puesto no toda ley penal es tipo penal) nos revela una norma que ésta prohibiendo una conducta que afecta de determinada manera a un bien jurídico.

El tipo permite "ver a través de" él la norma y el bien jurídico, pero este "ver a través de" es sólo la manifestación de que el tipo es el ente que nos posibilita el conocimiento de otros objetos, pero esos objetos son ajenos al tipo mismo, al ente que nos permite "ver a través de" él.

Hasta aquí parecería que con la mera afirmación de la tipicidad se deduce la violación de una norma y con ello la contrariedad de una conducta con el orden jurídico (antijuridicidad). Ello sería exacto si el derecho se manejara sólo con normas prohibitivas, pero lo cierto es que en el derecho hay normas prohibitivas y preceptos permisivos.

El tipo no nos permite el acceso al conocimiento de los preceptos permisivos, porque su función es proporcionarnos el conocimiento de la prohibición. Del tipo no podemos deducir los permisos y, consecuentemente, tampoco nos permite el conocimiento de la afectación contrariedad de la conducta individualizada con el orden jurídico.

El tipo nos permite conocer la norma prohibitiva, y si todo precepto permisivo presupone una prohibición (proposición analítica), la averiguación del permiso (presencia de causa de justificación) debe ser necesariamente posterior a la de la norma prohibitiva. La circunstancia de que, eventualmente, el conocimiento de la norma prohibitiva lo logremos a través de dos o más preceptos legales, no implica que nos hallamos en presencia de ninguna causa de justificación si ninguno de ellos es un permiso.

En síntesis, con la averiguación de la tipicidad ni conocemos aun la contrariedad de esta conducta con el orden jurídico, sino con una norma prohibitiva, es decir, la antinormatividad de la conducta, que no debe confundirse con la antijuridicidad. "Antinormatividad es la contradicción de una conducta con una norma prohibitiva y antijuridicidad es la contrariedad de esa conducta con el orden jurídico en que armónicamente se complementan normas prohibitivas con preceptos permisivos). La antinormatividad se conoce a nivel de la tipicidad, pero la antijuridicidad no."(22).

Que la norma permanezca antepuesta a la ley es una necesidad lógica, un imperativo de sana regla del buen pensar, pero esta anteposición no significa en modo alguno una necesaria prioridad temporal.

Las normas se anteponen lógicamente al tipo y éste es la única fuente a través de la cual las podemos conocer, son previas a la ley. Estén o no expresamente formuladas en otra

rama del derecho o de la ley, no tiene esto mayor importancia, porque si no lo están, de cualquier manera a través del tipo penal las conocemos y ello nos basta para nuestro menester.

El derecho penal no crea ningún bien jurídico sino que les da tutela penal, pues éstos se deducen de la totalidad del orden jurídico y aquí si que, aunque precindamos del derecho penal, los bienes jurídicos restarían intocados, sólo que dejarían de estar penalmente tutelados.

Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo "contrario a la ley". Así Carrara lo definía como "la infracción de la ley del Estado". Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal; en efecto: ¿Que es lo que hace un hombre cuando mata a otro?. Estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código penal. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley.

El Decálogo es un libro de normas: mas no la ley. Por eso Binding decía: la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe. Esta constituye la disposición penal que se compone del "precepto", en que se describe y define el acto o la omisión, y la "sanción", en que se determina la pena con que el hecho está conminado.

Nos encontramos, entonces, con que en la vida del Derecho existen normas referidas a intereses vitales que la protección jurista eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y de aquí que el delito, que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por eso, en vez de hablar de antijuridicidad, sería preferible decir, lo contrario a la norma.

A pesar del avance que supone esta primera conquista técnica, no era bastante. La curiosidad científica inquiera al punto: ¿qué es la norma? Binding dice que para definir la norma no pueden tenerse en cuenta consideraciones de orden moral, de sentido común, etc., pues no

tienen carácter jurista, y mientras no exista un precepto del ordenamiento jurídico no puede declararse el concepto de antijuridicidad.

5.- EL PATRIMONIO COMO BIEN JURIDICO TUTELADO

El concepto de "patrimonio" tiene su cuna en el derecho civil. El ordenamiento positivo ni define ni contiene concepto general alguno de "patrimonio"; pero la reconstrucción dogmática de sus preceptos permite conectar al mismo los principios científicos elaborados por los juscivilistas.

Se entiende por "patrimonio" en derecho privado, la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria, pertenecientes a una persona. El concepto se forma, pues, con elementos activos y pasivos; y se denomina patrimonio neto lo que resta de un activo cuando se ha reducido el pasivo.

El término "patrimonio" tiene penalísticamente un sentido distinto y una mayor amplitud que en derecho privado. Un sentido distinto, pues la tutela penal contenida en los artículos del Título denominado "delitos contra el patrimonio", se proyecta rectilíneamente sobre las cosas y derechos que integran el activo de la concepción civilista, sin que deje huella en la tutela penal aquel plexo de relaciones jurídicas activas y pasivas que constituye, según derecho privado, la idea de patrimonio.

Una mayor amplitud, pues en tanto que la común doctrina privatista considera que en la noción de patrimonio entran sólo las cosas o derechos susceptibles de ser valorados en dinero, la tutela penal del patrimonio se extiende también a aquellas cosas que no tienen valor económico.

El patrimonio, penalísticamente concebido, está, pues, constituido por aquel plexo de cosas y de derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular. Integran el patrimonio todas aquellas cosas que, pueden ser objeto de apropiación. Cuando esta posibilidad deviene en realidad, se muta la cualidad del objeto, pues las cosas y los derechos que constituyen el patrimonio de las personas, son, por tanto, los bienes patrimoniales.

Y al interés jurídico sobre estos bienes hace clara referencia el Título del Código Penal cuando adopta la denominación de "Delitos contra el patrimonio". En ella, al propio tiempo que se especifica objetivamente el bien tutelado -el patrimonio- se subraya el interés del titular de dicho bien jurídico, esto es, se individualiza el sujeto en cuyo interés el bien jurídico es plenamente tutelado. Y si conectamos los objetivos que constituyen los bienes patrimoniales con el interés que en su conservación tiene su titular, se pone en relieve que lo que se protege en el Título del Código Penal en examen, son las pertenencias de las personas, incluso aquellas que no tienen valor estimable en dinero.

En los delitos patrimoniales -escribe Peco- "no sólo se ataca el derecho de propiedad, en la aceptación del derecho civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y aun la mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico. Todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son efecto de la tutela".

Titular de un bien patrimonial tutelado plenamente tanto puede ser la persona física como la persona moral de derecho privado o de derecho público. Se exceptúan empero aquellas situaciones en que una cualidad personal del sujeto activo -"... funcionario, empleado o encargado de un servicio público, del Estado o descentralizado ..."- engendra una modalidad típica sui generis, como cuando acontece en el delito de peculado que describe el Código Penal. En este delito la circunstancia citada transforma en peculado una conducta antijurídica que sin su concurrencia sería tan sólo delito de abuso de confianza. Pues aunque es evidente que dicha conducta lesiona también un bien

patrimonial, es voluntad de la ley asignar a la misma una objetividad jurídica diversa, habida cuenta de que considera como valor jurídico preponderante el deber de fidelidad que vincula al sujeto activo con el Estado o el organismo descentralizado en el que desempeña su función.

"Los bienes patrimoniales tutelados penalmente pueden consistir en cosas -bienes patrimoniales reales- o en derechos a determinadas acciones u omisiones humanas -bienes patrimoniales personales-. Estos bienes patrimoniales están protegidos penalísticamente en su calidad de derechos subjetivos, esto es, en cuanto a la conducta antijurídica que los lesiona se efectúa sin la voluntad de su titular". (23)

Y los derechos subjetivos que engendran se diferencian de los inherentes a la personalidad, en que, como bien dice Rocco, no son manifestaciones esenciales de la personalidad humana y no están inseparablemente ligados al individuo -como la libertad personal- sino que consisten en un señorío sobre una cosa o la exigencia de una prestación, las cuales pueden ser disgregadas de los sujetos de los derechos, transferidas a otros por actos inter vivos y mortis causa y susceptibles de valoración pecuniaria.

Es diverso el sentido y alcance de la tutela penal en los bienes patrimoniales reales y en los bienes patrimoniales personales. Los primeros son tutelados con mayor amplitud que los segundos, los cuales sólo excepcionalmente son protegidos.

La tutela penal del patrimonio adquiere cada vez mayor importancia y alcance a causa del desenvolvimiento de la moderna economía. Por muchos siglos el patrimonio estuvo formado principalmente por objetos reales: monedas de oro y de plata, joyas, casas y presidios, para cuya protección surgieron los delitos clásicos contra el patrimonio -robo, abuso de confianza, daños, despojo, etc.-, los que conservan sustancialmente su estructura tradicional. Empero, como actualmente el patrimonio está asimismo formado por créditos y por derechos intelectuales e industriales, han surgido

también nuevas formas fraudulentas de enriquecimiento en perjuicio de la ajena actividad patrimonial. Esto ha producido, como secuela lógica, la amplitud operada modernamente en el delito de fraude y el nacimiento de nuevos tipos penales, como los de usurpación de bienes materiales y de infidelidad patrimonial.

El daño al patrimonio es nota conceptual que caracteriza todos los delitos patrimoniales. El concepto, empero, no aparece pacífica y suficientemente esclarecido, , pues en tanto que existen quienes equiparan e identifican los conceptos de daño patrimonial y daño económico, existan otros que concluyen que el concepto de daño patrimonial tiene mayor extensión y no puede siempre identificarse con el daño económico, cuenta habida de que dentro de aquél entran también las lesiones a las cosas desprovistas de valor de cambio, como lo son las que sólo tienen un puro valor de afección.

La solución correcta del problema no es susceptible de encerrarse en una fórmula general valedera para todos los delitos patrimoniales. Sólo puede encontrarse teniendo en cuenta, en cada particular delito, la cosa o interés patrimonial que concretamente se tutela. En aquellos delitos que, como en el de robo, se tutela la posesión de las cosas muebles, la acción antijurídica lesiva de dicho bien jurídico, esto es, el daño patrimonial que la conducta produce, para recaer no sólo sobre las cosas que tienen un valor de cambio o económico, sino también sobre las que únicamente lo tiene de pura afección, pues tanto en un caso como en otro se ha lesionado el bien jurídico del patrimonio en la forma concreta que en el delito de robo es protegido.

El daño patrimonial puede ser efectivo o potencial y, por ende, configurar delitos patrimoniales de lesión y delitos patrimoniales de peligro. Por lo que a estos últimos se refiere, no puede desconocerse, en primer término, que también las conductas directamente encaminadas a apoderarse o a hacerse de alguna cosa o a ocuparla o destituirla, aun cuando no causen ningún daño patrimonial efectivo, son punibles a título de tentativa, pues implican un peligro para el bien jurídico

tutelado; y, en segundo lugar, tampoco puede negarse sin pretender oscurecer la luz solar, que en los ordenamientos vigentes existen tipos patrimoniales de peligro.

Clasifica Carrara los delitos contra el patrimonio en dos grupos según los diversos fines del culpable. En el primero incluye todas aquellas ofensas que proceden de avaricia de lucro; en el segundo, aquellas otras cosas que son oriundas del ánimo de venganza. Conforme a esta clasificación, entrarían en el primer grupo todos los delitos patrimoniales -robo, abuso de confianza, despojo de cosas inmuebles o de aguas, fraude, quiebra, usurpación de derechos de autor y de inventor- existentes en nuestro ordenamiento positivo, excepto el de daño en propiedad ajena, que sería encuadrable en el segundo. Y aunque esta clasificación trata de fundarse en las referencias subjetivas que *expressis verbis* o subintelligenda yacen en las vivencias de los tipos penales, es inoperante en nuestro ordenamiento positivo, pues, por un lado, nada obstaculiza que un sujeto se apodere de una cosa ajena con el fin de apropiación y ánimo de venganza; y, por otro, también es posible que se destruya la cosa ajena sin ánimo de venganza y con el único fin de lucrarse al dañador al eliminar una comercial competencia.

Por otra parte, tampoco tienen trascendencia en nuestro ordenamiento positivo las consideraciones en que Carrara fundaba su distinción, consistentes en que los delitos de lucro ofenden más intensamente que los delitos de daño los ideales valorativos de la comunidad, pues el delito de daño en propiedad ajena es sancionado en el artículo 287 con las mismas penas que las fijaba en el artículo 265 para el robo simple.

En sustancial afinidad con la anterior distinción, hállese el criterio propuesto por Soler, el cual adopta por base clasificadora la forma en que se produce el desplazamiento del bien jurídico. "Una persona -escribe- puede perder el bien que se encuentra bajo su dominio sólo dos maneras fundamentales: sin consentimiento y con consentimiento viciado. Cuando el desplazamiento patrimonial se produce sin el consentimiento, la lesión sólo puede resultar del hecho de que el autor

despliegue una actividad que importe una material invasión positiva dentro de la esfera de dominio de la víctima y que concluya cuando sea necesario, en el empleo de violencia o fuerza ante las resistencias eventuales de la víctima.

Pero no solamente por ese procedimiento puede producirse un desplazamiento patrimonial injusto. A veces, el reo logra su objeto sirviéndose precisamente de la voluntad del propietario mismo, y para ello, en vez de actuar directamente sobre la cosa, actúa sobre la voluntad, de manera que alcanza el fin delictivo por una vía indirecta y torcida. Este criterio Divisorio, si bien envuelve menos ficción y encierra más realidad que el imperante en el Código Italiano, no puede, empero, ser aceptado, pues aunque su autor lo considera sistemático, adolece precisamente del defecto de no abarcar todos los delitos patrimoniales que integra el sistema penal, habida cuenta de que existe delitos de esta naturaleza en los que, como en el dafío en propiedad ajena, el desplazamiento de la cosa no es propuesto conceptualmente.

En el primero incluye aquellas conductas que se dirige contra determinados derechos particulares o que presupone una ofensa localizada, como acontece en el robo, en el que es complicado el derecho patrimonial singular que se tiene sobre una cosa mueble. En el segundo se contemplan aquellas otras acciones que se dirigen contra el patrimonio en conjunto, esto es, contra cualquier elemento del mismo no especificado en el tipo penal, como, por ejemplo, acaece en el fraude, en cuyo delito la disminución del patrimonio es el punto básico que singulariza la conducta criminal.

El fracaso de cuantos criterios clasificatorios se han intentado tiene su origen en que los diversos delitos patrimoniales se diferencian por una serie de elementos y circunstancias y susceptibles ontológicamente de ser encuadrados en una clasificación general.

La clasificación de estos delitos -ha escrito Antolisei- encuentra un obstáculo probablemente insuperable, pues si bien tiene el mismo objeto jurídico en cuanto ofende el

patrimonio, las diferencias existen entre unos y otros dependen de un notable número de elementos de variada índole, como la modalidad de la acción criminal, la naturaleza y especie del objeto material, la intención de la gente, etc., elementos que por añadidura frecuentemente se enlazan entre sí.

La pluralidad de flujos delictivos arbitrados para la tutela del patrimonio responde a aquél imperativo constitucional que exige exista la debida congruencia entre las peculiaridades y circunstancias de la conducta antijurídica y el correspondiente tipo penal, así como también a la humana y social conveniencia de atemperar la gravedad de la pena a la intensidad antijurídica de cada conducta. El problema no es, pues, de clasificación o sistematización, sino de delimitación y fijación de los perfiles y contornos típicos de cada delito patrimonial. Cuando esto se logra, queda al descubierto el elemento activo del patrimonio que cada tipo autónomo protege, la forma específica de lesionar dicho elemento activo y el fin, alcance y sentido de la tutela penal.

Todos los tipos legales regulados por el Derecho Penal se configuran exclusivamente para la protección de Bienes Jurídicos y no de ideologías políticas, ni valores meramente éticos, culturales o morales, que no implican una nocividad social.

Para dar completo contenido al principio garantista, de que la misión exclusiva del Derecho Penal es la de proteger Bienes Jurídicos, se requiere no de una concepción formal del tipo legal sino de una de tipo material, en la que describa el ámbito situacional en donde se manifieste el comportamiento que lesione o ponga en peligro los Bienes Jurídicos.

"En otras palabras, para que se dé el injusto penal no basta que el tipo penal prevea el mero incumplimiento de lo dispuesto por la norma legal, ya que ello no es suficiente garantía al principio del Bien Jurídico. Sino además este principio impone, para que se considere como injusto penal y por lo tanto merecer de sanción, la realización de un comportamiento externo y final que produzca un resultado consistente en la lesión o la puesta en peligro de un Bien Jurídico".(24)

Los elementos del injusto (comportamiento y lesión de Bienes Jurídicos) son los que se valoran en sentido negativo por el ordenamiento jurídico. Así, el comportamiento que se considera injusto se debe expresar en una lesión o en una puesta en peligro de un Bien Jurídico. De un Bien Jurídico que la sociedad quiera que sea protegido en contra del comportamiento realizado.

Para que pueda plantearse la antijuricidad de un hecho típico no basta con la concreción desvalorativa de un acto (desvalor de la acción), sino además es necesario que ese acto (comportamiento) se le pueda imputar el resultado producido, esto es, que se haya producido una afectación real o que se haya puesto en peligro un Bien Jurídico.

No solamente a través del incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas en el ordenamiento jurídico infringido, se podrá valorar el contenido del injusto del comportamiento realizado, sino que se deberá, para determinar el contenido del injusto, observar la perturbación del Bien Jurídico, incluso en los delitos formales que implican meros incumplimientos de deberes.

"Quintero Olivares señala que el Derecho Penal no puede pretender orientar o marcar todos los valores éticos sociales, sino sólo los "mínimos necesarios" para la convivencia; y cuando va más allá de estos mínimos necesarios para regular las conductas que los lesionan, cae irremediabilmente en la arbitrariedad y su intervención se vuelve antidemocrática."(25)

La norma penal -según Quintero- prohíbe conductas que lesiona o pone en peligro un interés espiritual o material, generalmente apreciado, como la vida, el honor, la libertad. Estos intereses, dice, se denominan Bienes Jurídicos, y cada precepto penal protege uno o varios Bienes Jurídicos.

Es interesante lo que este autor dice respecto a la característica de que los intereses tutelados por la ley penal sean generalmente apreciados, pues viene a significar el que la mayoría de la población sienta la necesidad de que se les proteja, de lo cual se infiere que aquellas acciones repugnan al mínimo ético-social necesario. Existe así un mínimo tolerable marcado por la ley, el cual es el tope que no se debe traspasar, pues de lo contrario la conducta que lo lesione o ponga en peligro será elevada a la categoría de delito.

Para ser Bien Jurídico será preciso que los intereses que lo encarnen tengan la común valoración positiva y esencia, es decir, que sean intereses generalmente apreciados por la mayoría de la población que siente la necesidad de que se le proteja; de lo contrario no será propiamente Bien Jurídico.

Es decir, para Quintero está la determinación de lo que es o no Bien en el sentimiento de la mayoría de la población, de tal manera que si la ley penal tutela valores o intereses no sentidos por la mayoría de los ciudadanos, y que sólo afectan o preocupan a un grupo, entonces esa ley no será derecho, pues la potestad punitiva -dice con toda razón- no está al servicio de la comunidad sino del grupo que la domina.

Según esta posición, **el desvalor del resultado** es lo que permitiría en definitiva entrar a considerar, desde un punto de vista material, si un comportamiento Jurídico-Penal realmente infringe el ordenamiento jurídico o no. De donde se entendería entonces por la antijuricidad material la contravención del hecho típico con relación al ordenamiento jurídico, en virtud de la afectación o puesta en peligro del Bien Jurídico; y tal contravención sólo puede surgir en la medida en que se afecte o se ponga en peligro un Bien Jurídico tutelado por el Derecho Penal.

Cuando se habla de que el Bien Jurídico tiene la función de limitar preventivamente al *ius puniendi* estatal, se refiere a que pretende limitar el uso de la pena. Con esta idea

se intenta encontrar los límites materiales al ejercicio del poder sancionador. No obstante esta idea, no todos los Bienes Jurídicos ofrecen esta posibilidad de ser límite material al poder sancionador, sobre todo cuando se trata de Bienes Jurídicos en los que es muy difícil encontrar un contenido material.

La cuestión central de la teoría del Bien Jurídico gira en torno a varios puntos, entre ellos, la decisión de cuáles Bienes Jurídicos deben formar parte de la protección jurídica penal, pretendiendo aclarar cuáles son los criterios que se han seguido para seleccionar los Bienes Jurídicos protegidos.

También gira en torno a los criterios que se deben seguir para dotarlo del contenido material del delito, pues sólo explicando el contenido material del Bien Jurídico se podrá encontrar un verdadero límite material al *ius puniendi*, límite que estará sujeto a la explicación de los criterios de selección que se hayan tenido para la formulación del Bien Jurídico, y no a la mera enunciación del mismo.

La idea de que los Bienes Jurídicos constituyen un límite al *ius puniendi* del Estado se convierte en una fórmula meramente formal, o simbólica, si no se le dota del contenido material, como se ha señalado; para ello, es menester revisar los criterios que han llevado al legislador a la creación de cada tipo penal.

Hay quienes señalan que sólo la delimitación constitucional abstracta y aproximativa de los intereses sociales, de acuerdo con la teoría del perjuicio social (formulada por Amelung), o de los Bienes Jurídicos, entendidos como valores culturales espirituales-individuales (en la teoría de Roxin), puede ofrecer un punto de partida común para construir el límite material al Bien Jurídico.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1).- Jiménez Huerta Mariano., La Tipicidad., Ed. Porrúa, 2da. Edic. México D.F. 1955, Pág. 24.
- 2).- Pavón Vasconcelos Francisco., Manual de Derecho Penal., Ed. Porrúa, 4ta. Edic., México D. F. 1967, Pág. 239.
- 3).- Saver Guillermo., Derecho Penal, Edit. Botus, 4ta Edic., Madrid, España., 1956, Pág. 111.
- 4).- Welzel Hans., Derecho Penal Alemán., Edit. Cárdenas., 1a Edic., México D. F., 1980, Pág. 62.
- 5).- Welzel Hans., El Nuevo Sistema del Derecho Penal., Edit. Galas., 7ta. Edic. Madrid, España, 1981, Pág. 47.
- 6).- Zaffaroni Raúl., Tratado de Derecho Penal., Edit. Cárdenas, México D.F., 1988, Pág. 167.
- 7).- Pág. 29 Obcit. Jiménez Huerta Mariano, "La Tipicidad"
- 8).- Revista Jurídica Veracruzana. No. 1 Enero-Febrero- Marzo 1971 pág. 56
- 9).-Obcit. Revista Jurídica Veracruzana Pág. 38
- 10).-Obcit. Welzen Hans, "El Nuevo Sistema de Derecho Penal" pág. 62
- 11).-Obcit. Welzen Hans, "El Nuevo Sistema de Derecho Penal" pág. 63
- 12).-Crellana Wiarco Octavio. "Teoría del Delito" Edt. Porrúa México 1994 pág. 96
- 13).-Muñoz Conde Francisco "General del Delito" Edt. Botus, Madrid España, 1985 pág. 53
- 14).- Pavón Vasconcelos., Ob. Cit. Pág. 248.
- 15).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 715.
- 16).- Welzel, Ob. Cit. Pág. 62.
- 17).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 780.
- 18).- López Betancourt, Eduardo., Teoría del Delito., Edit. Porrúa., México D.F., 1994, Pág. 117.
- 19).- Obcit. Revista Jurídica Veracruzana pág. 87
- 20).-Obcit. Revista Jurídica Veracruzana pág. 89
- 21).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 223.
- 22).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 225.

23).- Jiménez Huerta Mariano "Derecho Penal Mexicano" Tomo IV. 5a. Edc. Edt. Porrúa, México D.F.
1989 Pág. 11

24).-Obcit.. Jiménez Huerta, Mariano Pág. 11

25).- Obcit.. Jiménez Huerta, Mariano Pág. 12

CAPITULO SEGUNDO.

CAPITULO II DE LA ACCION PENAL

SUMARIO: *1.- Titularidad de la acción penal 2.- Características de la acción penal 3.- Requisitos de persecución de los delitos y sus efectos 4.- Formas de extinción de la acción penal*

1.- TITULARIDAD DE LA ACCION PENAL

Como punto de partida para iniciar este estudio podemos decir que la acción es la posibilidad o facultad de hacer alguna cosa; es decir, la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Está constituida por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para pedir alguna cosa en juicio.

Efectivamente precisar el concepto de la acción penal resulta en verdad controvertido; es un problema en el que aún no hay un criterio uniforme de la doctrina.

Examinando algunas definiciones de diversos autores, encontramos que, para Giuseppe Chiovenda, la acción es "el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley." (26).

Ernesto Beling precisa el derecho de la acción penal como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado, según esta facultad sea conferida a dichos órganos privados exclusivamente (delito de acción privada) o en concurso con el órgano público (acción pública); es decir, mediante una oferta o una proposición de actuar la voluntad de la ley aplicable al caso.

Se afirma que la acción penal es un "poder-deber", mientras que la acción civil es un "poder-derecho"; se sostiene que la acción penal "pública" no es, ni puede ser nunca, un

"derecho subjetivo o poder jurídico, pues ambos son manifestaciones de un fenómeno de la libertad; mientras que la acción penal pública, no es otra cosa que una potestad de ejercicio obligatorio".

Considero que la facultad que tiene el Ministerio Público es, sin lugar a dudas, un deber, una obligación ineludible de dicho órgano.

El Ministerio Público debe, obligatoriamente, ejercitar la acción una vez reunidos los requisitos legales para hacerlo, y una vez ejercitada, no puede, bajo ningún pretexto, suspender o paralizarlo tan sólo por su voluntad, porque con ello estaría rebasando sus funciones, estaría diciendo el asunto arrogándose con ello facultades que únicamente competen al órgano jurisdiccional.

La acción penal tiene su origen en el contenido del artículo 21 de la Constitución; la Ley Fundamental le confiere la calidad de atribución de un órgano del Estado; las facultades que de ahí emanan son exclusivas, de donde resulta la existencia del monopolio de la acción penal.

"Tanto en la Constitución como en el Código de Procedimientos Penales, se consagraron como el contenido de una norma jurídica; por su calidad de expectativa, es un derecho abstracto de obrar. El contenido de la acción penal es la afirmación de la existencia de un delito y el reclamo del castigo para el autor de la conducta; esa es la pretensión jurídica del Ministerio Público al ejercitar la acción penal, pues es la sustentación acusatoria." (27).

El ejercicio del derecho de acción penal, da origen al juicio. En la determinación del ejercicio de la acción penal se va a probar la existencia de una denuncia o querrela y a relacionar los elementos probatorios que acrediten la existencia del delito y la supuesta responsabilidad penal; el Ministerio Público podrá solicitar se gire la orden de aprehensión. Sólo así se satisfacen los requerimientos del artículo 16 de la Constitución tratándose de las formalidades que deben de llenar para

que la autoridad judicial dicte su orden de aprehensión. En consecuencia el ejercicio de la acción penal es la facultad exclusiva del Ministerio Público para provocar la actividad jurisdiccional.

En el proceso penal, la acción tendrá que examinarse por el juez para que en la sentencia se determine la validez de la pretensión jurídica del Ministerio Público y se haga la declarativa con base en las pruebas aportadas, si existe delito o no, y se determine la responsabilidad penal. Significa que quién tiene la atribución de dictar justicia va a materializar el derecho represivo consiguado en la Ley Penal y decretar pena que la sancione por la conducta delictiva cuya existencia se ha declarado jurídicamente.

Los argumentos que se han vertido nos permiten aseverar que los dictados de la teoría general del proceso se aplican al derecho de acción penal y que su estudio permita examinar los alcances de las atribuciones del Ministerio Público. Máxime que se ha equiparado la función del Ministerio Público en el ejercicio del derecho de acción penal, a las prerrogativas procesales del actor en juicio civil, en base a la naturaleza de los actos que realizan.

Pasamos ahora a desentrañar las etapas que integran el derecho de la acción penal. Se integra por tres tipos de facultades que son: la investigación, la persecución y la acusación.

La primera tiene por objetivo preparar el ejercicio de la acción, siendo su objetivo el obtener pruebas que la funden para acreditar la existencia de la conducta delictiva y determinar quién es el supuesto responsable del delito.

La segunda se refiere al ejercicio del derecho de acción penal ante los tribunales y se prolonga como instancia proyectiva hasta el período de cierre de instrucción.

La tercera desemboca en la exigencia punitiva concreta, en la que el Ministerio Público hace una relación de las pruebas aportadas en el juicio para acreditar la existencia material del delito, y en base a ello pedir la aplicación de la Ley Penal para que se dicten las sanciones correspondientes para reprimir al autor de la conducta delictiva. Esta última etapa se dará en las conclusiones que se formulen dentro del proceso; si son acusatorias, puntualizan el ejercicio de la acción penal.

Para que tenga validez constitucional y sus efectos jurídicos sean lícitos, el ejercicio del derecho de la acción penal no está sujeto a fórmulas solemnes. Se cumple la función pública, mediante la consignación que el Ministerio Público haga ante el órgano judicial de los hechos que estuviere configurantes de un delito determinado, con la solicitud de la orden de aprehensión, para que con la detención del delincuente, se inicie el juicio penal.⁷⁽²⁸⁾

Si al ejercitar el derecho de la acción penal, el Ministerio Público acusa por un determinado delito y encuadra a éste en forma muy concreta, el juzgador no podrá suplir las deficiencias de la pretensión jurídica que se contenga. Su obligación procesal será dictar justicia respetando el principio de la legalidad, formulando el examen de la validez del derecho que se afirma tener. Su explicación se encuentra en que se trata del ejercicio de una facultad exclusiva, que por virtud de la esfera de competencia de poderes públicos le impiden sustituir al Ministerio Público al dictar la resolución judicial; de tal manera que va a estudiar la acusación penal y a resolver en sus términos la procedencia de la acción penal.

De las características o principios de la acción penal, únicamente haremos una síntesis de las ideas de autores destacados en el ámbito procedimental penal. Trataremos de compilarlos, pues de la investigación realizada se desprende una unanimidad de criterios.

1. Carácter público de la acción penal. Primeramente, cabe señalar que la acción siempre es pública debido a que se dirige a poner en conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, el cometimiento de un ilícito, a fin de que pueda aplicar a una pena a quien ha cometido un delito, y aunque ese delito cause un daño privado, la acción siempre seguirá siendo pública porque se encamina a hacer valer un derecho público del Estado.

2. Carácter único de la acción penal. Esto significa que sólo hay una acción penal para todos los delitos. 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. De este modo, es inadmisibles aceptar una acción para cada uno de los delitos que integran el catálogo penal. No podemos sostener que exista una acción por robo, otra por homicidio, otra por estrupo, etc., sino una sola acción penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos, porque la acción es única para todos los procesos, por lo que no trasciende la gran cantidad de tipos penales.

3. Carácter indivisible de la acción penal. Es indivisible porque su ejercicio recae en contra de todos los participantes del hecho delictuoso (autores o partícipes). No se puede perseguir sólo a uno o algunos de los responsables; esto obedece a un principio de utilidad práctica y social por la necesidad de perseguir a todos los que participaron en el hecho, no sustrayéndose, de esta forma, a la acción penal. Se pone como ejemplo al adulterio por cuanto que, si el ofendido sólo se querrela contra uno, la acción alcanzará a ambos, así como contra los que aparezcan como responsables. Del mismo modo, el perdón del ofendido no sólo favorecerá a quien se le otorgue, sino a todos los partícipes o responsables.

4. Carácter intrascendente de la acción penal. Consideramos que este carácter intrascendente del que habla la doctrina, no es de la acción, sino de la sanción, pues el ejercicio de la acción penal únicamente se limita a afectar a la persona responsable por el delito y nunca a sus familiares o terceros, de acuerdo con el artículo 22 constitucional, que prohíbe las penas trascendentales.

La intervención del legislador fue en el sentido de proteger a las víctimas y ofendidos por el delito, cuando por desconocimiento o por apatía no ejercitaban dicha reparación del daño, razón por la cual el Estado debía intervenir elevando la reparación del daño a la categoría de pena pública exigible a través de la acción penal por el Ministerio Público; en este sentido, una acción que era privada se transmutó en pública, y con ello se priva el ofendido de su legítimo derecho de demandar esa acción.

5. Carácter irrevocable de la acción penal. Este consiste en que, una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional, no se tiene más que un fin: la sentencia. El Ministerio Público no puede disponer de ella, ni desistir, como si fuera un derecho propio.

En nuestro sistema, el órgano encargado del ejercicio de la acción penal puede desistirse de su ejercicio en ambos fueros, previa la resolución del procurador respectivo. Esto es inadmisibles porque si quien ejercita la acción penal estuviera facultado para desistirse, equivaldría a convertirlo en árbitro del proceso.

6. Carácter necesario, inevitable y obligatorio de la acción penal. Para que el órgano jurisdiccional pueda iniciar el proceso, es requisito indispensable que el Ministerio Público deba, necesaria, inevitable y obligatoriamente, ejercitar la acción cuando estén reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio plasmados en el artículo 16 constitucional, los cuales consisten en:

a). La existencia de un hecho u omisión que defina la ley penal como delito;

b). Que el hecho se atribuya a una persona física, ya que a una persona moral no puede enjuiciársele;

- c). Que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad, por medio de la querrela o de la denuncia;
- d). Que el delito que se impute se castigue con una sanción corporal;
- e). Que la afirmación del denunciante o querellante esté apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpafo." (29).

7. Carácter inmutable de la acción penal. Este principio consiste en que, una vez constituida la relación procesal, la voluntad dispositiva de las partes se sustrae al desenvolvimiento del proceso. No existe pues la posibilidad legal de paralizar su marcha, y el principio actúa aun en los casos en que pudiera aparecer reconocida la disposición de las partes, como en la institución de la querrela, en la que opera el perdón del ofendido.

El ejercicio de la acción penal, como hemos visto, corresponde al Ministerio Público; pero el hecho de que corresponda a éste su ejercicio, no lo faculta para decidir libremente de ella como si fuera un derecho de su propiedad. En estas condiciones, si el Ministerio Público no es dueño de la acción, tiene el deber ineludible de ejercitarla; no puede ni debe desistir de ella, pues priva el principio de legalidad, el cual consiste en que, cuando se verifique un hecho con apariencia delictiva, debe ejercitarse la acción penal, siempre que se hayan llenado los requisitos materiales y procesales que se requieran para su ejercicio.

A este principio se le contrapone el de la oportunidad, según el cual no es suficiente que se verifiquen los presupuestos indispensables para su ejercicio, sino que es necesario que el órgano encargado considere conveniente su ejercicio, ya que puede abstenerse cuando vislumbre que el ejercicio de la acción penal pueda causar males mayores (escándalo público, peligro para la paz social, complicaciones internacionales, etc.), basándose para ello en su propia valoración y, cuando así

conveniga, en los intereses del propio Estado, atendiendo -se dice- el interés social. La mayoría de los países del mundo han aceptado el principio de la legalidad." (30).

2.- CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL

De las características o principios de la acción pena, únicamente haré una síntesis de las ideas de autores destacados en el ámbito procedimental penal. Tratare de copiarlos, pues de la investigación realizada se desprende una unanimidad de criterios.

1.-*Caracter Público de La Acción Penal.* primeramente, cabe señalar que la acción siempre es pública debido a que se dirige a poner en conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, en cometimiento de un ilícito, a fin de que se pueda aplicar una pena a quién a cometido un delito, y aunque ese débito cause daño privado, la acción siempre siendo pública cuando se encamina a ser valer un derecho Público del Estado.

Hay determinados delitos (injurias, robos entre cónyuges) donde el ofendido debe dar su consentimiento para que el ministerio público pueda ejercitar la acción penal, así mismo, puede suspenderse por el perdón del ofendido. En esta condiciones, la Querella es una mera condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, y una vez interpuesta, el ministerio Público debe verificar si están reunidos los requisitos legales para su ejercicio. Así, no es el ofendido quien tiene en su manos el derecho a castigar, sino sigue siendo el estado mismo., el ofendido es quien únicamente debe dar su consentimiento.

2.- *Carácter Unico de la Acción Penal.* Esto significa que sólo hay una acción penal para todos los delitos. 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 u sujeto determinado. De este modo, es inadmisibile aceptar una acción para cada uno de los delitos que integran el catalogo penal. No podemos sostener que exista una acción por robo, otro por homicidio, otra por estrupo, etc. sino una solución penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos, porque la acción es única para todos los procesos por lo que no trasciende la gran cantidad de tipos peales"(31)

3.- *Indivisible de la Acción Penal.* Es indivisible por que su ejercicio recae en contra de todos los participantes del hecho delictuoso (autores o partícipes). No se puede perseguir sólo a una o algunos de los responsables; esto obedece a un principio de utilidad practica y social por la necesidad de perseguir a todos los que participaron en el hecho, o sustrayendose, de esta forma a la acción penal. Se pone por ejemplo al adulterio por cuanto que el ofendido solo se querella contra uno, la acción a.canzara a ambos, así como contra los que aparezcan como responsables. Del mismo modo, el perdón del ofendido no sólo favorecerá a quien se le otorgue, sino a todos los partícipes o responsables.

4.- *Intranscendente de la Acción Penal.* Considero que este carácter intranscendente del que habla la doctrina, no es de la acción sino de la sanción, pues el ejercicio de la acción penal únicamente se limita a afectar a la persona responsable por el delito y nunca a sus familiares o terceros, de acuerdo con el artículo 22 Constitucional que prohíbe las penas trascendentales.

"La intención del legislador fue en el sentido de proteger a las víctimas y defendidos por el delito, cuando por desconocimiento o apatía no ejercitaban dicha reparación del daño, razón por la cual el Estado debía intervenir elevando la reparación del daño a la categoría de pena publica exigible a través de la acción penal por el Ministerio Público; en este sentido una acción que era privada se trasmutó en pública, y con ello se priva al ofendido de su legitimo derecho de demandar esa acción."(32)

5.-*Caracter Irrevocable de la Acción Penal.* Este consiste en que una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional, no se tienen más que un fin. la sentencia. El ministerio público no puede disponer de ella y desistir como si fuera un derecho propio.

En nuestro sistema el órgano encargado del ejercicio de la acción penal puede desistirse de su ejercicio en ambos fueros previa la resolución del procurador respectivo. Esto es inadmisibles por que si quien ejercita la acción penal estuviera facultado para desistirse equivaldría a convertirlo en arbitro del proceso.

Bajo este supuesto, el desistimiento no puede realizarse ni aún en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en los que se concede un margen de disposición al ofendido, pues en este caso no existe un desistimiento, sino un otorgamiento de perdón.

De la misma manera el desistimiento, aunque ello suponga el reconocimiento de la inocencia del inculpado, se supone abiertamente al principio de la inmutabilidad del objeto el proceso; pero, como este será desarrollado en forma amplia a lo largo de esta investigación se considera que lo expuesto hasta este momento es suficiente.

6.- *necesario inevitable y obligatorio de la acción penal.* Para que el órgano jurisdiccional pueda iniciar el proceso, es requisito indispensable que el Ministerio Público deba, necesario, inevitable y obligatoriamente, ejercitar cuándo están reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio plasmados en el artículo 16 Constitucional, los cuales consisten en:

"A) La existencia de un hecho u omisión que defina la Ley Penal como delito,

B) Que el hecho se atribuya a una persona física, ya que a una persona mora no puede enjuiciarsele,

- C) que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad, por medio de la querrela o de la denuncia;
- D) Que el delito que se impute se castigue con una sanción corporal;
- E) Que la afirmación del denunciante o querellante este apoyada con declaración de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado"(33)

El particular, en este sentido, no puede voluntariamente someterse a la pena sin que haya habido previamente un proceso, pues si se cometió un delito, sera necesario e ineludible provocar al órgano jurisdiccional para que sea este el que defina su responsabilidad, por que el Ministerio Público todo se le encomienda su ejercicio y al no hacerlo rebasa sus funciones.

7.- Carácter inmutable de la acción penal. Este principio consiste en que, una vez constituida la relación procesal, la voluntad dispositiva de las partes se sustrae al desenvolvimiento del proceso. No existe pues la posibilidad legal de paralizar su marcha, y el principio actúa aun en los casos en que pudiera aparecer reconocida la disposición de las partes, como en la institución de la querrela, en la que opera el perdón del ofendido.

3.- REQUISITOS DE LA PERSECUCION DE LOS DELITOS Y SUS EFECTOS

Constitucionalmente única y exclusivamente el agente del Ministerio Público sea en delitos en materia federal o materia del fuero común que pueda conocer de cualquier delito del orden penal como lo señala el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos donde señala en forma precisa que "La persecución de los delitos incumben al Ministerio Publico y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel".

Y el artículo 102 de nuestra Carta Magna ordena "Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal", ante tal señalamiento la función investigadora será por el Ministerio Público auxiliado por la Policía Judicial, por lo que existe una garantía y tranquilidad para los gobernados y todo individuo nacional o extranjero ya que únicamente éste a partir del momento en que tiene conocimiento o noticia de un hecho que puede ser delictivo será a través de una denuncia, una acusación o una querrela, ya que al cumplir su atribución como facultad debe de estar fundada y motivada para intervenir o abstenerse de ejercitar la acción penal.

El Ministerio Público al iniciar el conocimiento de su función persecutoria e investigadora deberá ser de un hecho que pueda presumirse ilícito, pues de no ser así, la averiguación previa se estructuraría en forma frágil y débil, por lo que podré enfrentar violación de garantías individuales que jurídicamente e encuentren tuteladas. por lo que siempre deberá de observar el artículo 16 Constitucional.

El agente del Ministerio Público es la única institución que podrá conocer de algún delito y es requisito de procedibilidad para que pueda o no ejercitar acción penal en contra del inculpado ante el órgano jurisdiccional, si no existe denuncia, acusación o querrela nadie más podrá sustituirlo con el carácter que tiene constitucionalmente.

Los pueblos primitivos que poblaron nuestro territorio antes de la Conquista, estaban sujetos a *diferentes sistemas represivos*, y no fue sino a partir del momento en que el poder civil se impuso después de consumada nuestra independencia, cuando la reprensión penal pasó a ser considerada como una de las *facultades reservadas exclusivamente al Estado*, y se impuso como consecuencia, la necesidad de que se le reglamentara debidamente y se crearan y organizaran los tribunales que se encargaron de ella.

Tratare en este capítulo lo relativo a la *reglamentación* de la potestad represiva de acuerdo con los lineamientos en que se sustenta nuestro sistema procesal, y reservaremos para su oportunidad la parte que se refiere a la *creación y organización* de los tribunales encargados de ella.

En nuestro régimen procesal, los presupuestos de la potestad represiva los encontramos en la *Constitución* que es el ordenamiento que establece los principios que rigen al procedimiento penal; y en las *normas penales sustantivas*, que son las disposiciones legales que regulan los diferentes tipos de delitos, señalan las sanciones y establecen las condiciones sobre la responsabilidad penal.

"De acuerdo con las normas penales sustantivas, se establece entre el Estado y los particulares, según Manzini:

- a) Una *relación política* que obliga a la observación general de ellas.
- b) Una *relación jurídico-penal hipotética* de la que se deriva la facultad represiva en abstracto en contra del que trate de infringirlas; y
- c) Una *relación jurídico-penal concreta* que es de la que se origina la facultad del Estado para castigar a todo aquél que efectivamente las infrinja".(34)

El ejercicio de la potestad represiva se origina propiamente en la última de las relaciones a que se refiere Manzini, supuesto es que a partir del momento en que se comete el delito cuando se impone la necesidad de que se haga efectiva a su autor la sanción que le corresponda.

La reglamentación de la potestad represiva en nuestro régimen procesal, la encontramos establecida al igual que sus presupuestos en la *Constitución* y en las *Leyes Penales* sobre la base de reconocerle al Estado en forma exclusiva como atributo de su soberanía la potestad de imponer las acciones a lo que infrinjan las normas penales sustantivas. Su estudio lo llevaremos a cabo

en funciones al *previo juicio a que se refiere* el artículo 14 Constitucional; y al *procedimiento* al que debe sujetarse la tramitación de ese juicio.

No es suficiente para que pueda realizarse la potestad represiva, que se cometa la violación de la norma penal en que se tipifique el delito y se determine la sanción, sino que para ellos se requiere que previamente se siga el juicio a que se refiere el artículo 14 Constitucional, que dispone que, "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales, previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

El juicio de referencia condicionado a que su tramitación se sujete a las formalidades esenciales que exijan las disposiciones legales que las rija, se impuso a partir del momento en que la sanción penal fue considerada como un medio de defensa social; y se justifica plenamente, por que gracias a su exigencia se evitan las arbitrariedad que podrían cometerse en contra del inculpaado, como serían entre otras, las relativas a su libertad, a su honor y a su propia vida.

Las formalidades del procedimiento a que debe sujetarse el juicio al que nos referimos, se reglamentan en la Constitución y en las normas que integran el Derecho Procesal Penal; y tienen fundamentalmente por objeto determinar la existencia del delito y la responsabilidad penal de su autor, requisitos esenciales para que pueda materializarse las normas penales sustantivas en los casos concretos a través de la imposición de las sanciones.

Su estudio lo realizaremos concretándonos a determinar su concepto desde el punto de vista procesal; y los períodos en que consideramos que debe dividirse para los efectos de su estudio.

No existe acuerdo en la doctrina procesal acerca de si es posible o no, admitir la división de períodos dentro del desarrollo del procedimiento penal. Eso se debe en nuestro concepto a que no en todos los países se sigue el mismo sistema procesal; y eso hace que ese problema sólo pueda resolverse si se considera un sistema procesal determinado.

Bajo ese supuesto, y por lo que respecta al nuestro, consideramos que las disposiciones legales que rigen el desarrollo de los actos que lo integran, les atribuyen diferente efecto jurídico, y que son distintos los órganos que intervienen en la realización de los mismos, por lo que no existe ningún inconveniente en admitir distintos períodos dentro de su desenvolvimiento, pero en condición de que esa distinción sólo se admita para el efecto de la tramitación de ellos, ya que como consecuencia de la coordinación que debe de existir en todos los actos procesales, por el fin que persiguen a la postre esos períodos, constituirán una sola unidad, que no es otra que el procedimiento penal propiamente dicho.

"El Código Estatal de Procedimientos Penales acepta en forma expresa la distinción de períodos dentro del procedimiento y establece para ese fuero cuatro períodos: el de la *averiguación previa* a la consignación de los tribunales, que comprende las diligencias practicadas y necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal; el de *instrucción* que comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, la circunstancia en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados; el del *juicio* durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los tribunales y éstos valoran las pruebas y pronuncian sentencia definitiva; y el de *ejecución* que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicables".(35)

Si se considera el radio de acción que las disposiciones legales conceden a los tribunales en la realización de los actos procesales, y que éstos son distintos en cuanto a sus efectos

jurídicos, nosotros somos de parecer que solamente cabe admitir dentro del desenvolvimiento del procedimiento penal tres períodos o sean: el de la *averiguación previa* que tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal y comprende desde la denuncia o la querrela, hasta la consignación, en su caso, a la autoridad judicial competente; el de la *preparación del proceso*, que comprende desde el auto de radicación que recae a la consignación, hasta la determinación que debe dictarse dentro de las setenta y dos horas a partir de aquél, y que es en la que se resuelve sobre la situación jurídica del inculpado para los efectos del proceso y que son los autos de formal prisión; el de sujeción a proceso, y el de libertad; y el del *proceso estricto censu* que comprende desde el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, hasta la sentencia que resuelve la relación procesal originada por el delito y sobre la sanción que debe aplicarse en su caso.

No nos parece debido que debe incluirse como uno de los períodos del procedimiento a la etapa de la *ejecución de la sentencia*, como lo hacen algunos de nuestros tratadistas y el Código de Procedimientos Penales, por dos razones: la primera, por que los actos que comprende no tienen carácter de jurisdiccionales por que no realizan por órganos que tengan esa categoría; y la segunda, porque una vez que ha sido resulta por sentencia definitiva la relación material derivada del delito, el procedimiento que la originó ha dejado de tener existencia como tal.

4.- FORMAS DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL

En torno a la acción, uno de los conceptos fundamentales del Derecho procesal, motor, como Alcalá-Zamora dice, que pone en marcha el proceso a efecto de que la jurisdicción resuelva sobre el tema controvertido, se han elaborado doctrina diversas, explicativas de su naturaleza jurídica. De ésta, que a continuación examinaremos de modo sumario, una la vincula, estrecha, determinadamente, con el derecho subjetivo cuya satisfacción se pretende; las restantes, por el contrario, sostienen la autonomía del derecho de acción.

En un primer momento, de fuerte inspiración privatista, se pensó que la acción no era otra cosa que un aspecto, dinámico, del derecho subjetivo cuyo reconocimiento, preservación o satisfacción se solicitaba por la vía del proceso. En esa hipótesis, el derecho de acción, heterónimo, es el mismo derecho subjetivo en pie de guerra.

Contra semejante punto de vista se aduce: esta tesis no es consecuente con el "común sentido jurídico", manifiesta Chiovenda; no se explica el caso en que la acción se ejercita al margen de la existencia de cualesquiera otros derechos; en efecto, supuestos hay en que existe acción y no se da, en cambio, un derecho material. En otras derivaciones críticas, se hace ver que el derecho de acción no es correlativo de un deber privado, sino del estatal de administrar justicia, y que por ende, aquél reviste carácter público, en contraste con el material, que puede y suele tener naturaleza privada.

Al través de la acción penal se hace valer, sostiene la doctrina, la pretensión punitiva, esto es, el derecho concreto al castigo de un delincuente, no solamente el abstracto *jus puniendi*. Manzini se refiere a la relación punitiva como un derecho subjetivo del Estado de castigar, esto es, "la potestad de exigir la sumisión a la pena de un sujeto, del cual se haya comprobado el carácter de reo, en los modos y en los límites establecidos por la ley". Aquí, con Clará-Olmedo preferimos hablar de pretensión de justicia penal, pues es ésta, y no necesariamente y siempre la condena, lo que con la acción en el proceso penal se busca. Más a esta cuestión nos referimos al abordar el tema relativo a los caracteres de la acción penal.

Garraud define a la acción penal como "el recurso ante la autoridad judicial ejercitado en nombre y en interés de la sociedad para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y la aplicación de las penas establecidas por la ley". Florian indica que acción penal es "el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho penal". Para Alcalá-Zamora se trata del "poder jurídico de

promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquélla reputa constitutivos de delito.

Ahora bien una postura que los conceptos de la doctrina civil son inadaptables a la acción penal. Aquí, se quería sustituir a la acción por la acusación o por el derecho al proceso, *jus ut procedatur*.

"La teoría dominante, dice Goldschmidt, arranca del concepto de una exigencia punitiva que corresponde al Estado, quien la hace valer en el proceso penal. Empero, el Estado titular del derecho de penar realiza éste en el proceso como juez, no como parte. En los términos de la teoría dominante, el o el particular titular de la acción se dirigen mediante ésta al titular de la jurisdicción, tribunal del Estado, que tiene el poder de condenar al acusado presunto culpable, para satisfacer de esta suerte la exigencia punitiva cuya titularidad incumbe al Estado. Según Goldshmidt, por medio del derecho de acusación se dirige al tribunal que ostenta la titularidad de la jurisdicción y del derecho de penar, para que éste, que significa tanto condenación como ejecución, se dirige en contra del acusado presunto culpable".(36)

Corrientemente se sostiene la existencias de seis caracteres de la acción penal, que es, se dice, autónoma, pública, indivisible, irrevocable, de condena y única. Castillo Barrantes sólo enuncia cuatro; irrenunciable y obligatoria, intrasigible, irrevocable y promovible de oficio.

No tiene caso volver ahora sobre la autonomía; ésta significa que la acción penal es independiente tanto del derecho abstracto de castigar que recae en el Estado detentador del *jus puniendi*, como del derecho concreto a sancionar a un delincuente debidamente particularizado. La acción penal, en consecuencia, puede ejercitarse al margen del derecho a castigar a una persona en concreto. Otra es la consecuencia de tal injustificable ejercicio.

Dado que aquí la sociedad es titular del bien jurídico lesionado y del interés de reparación jurídica que se promueve en el Derecho penal, dice Gelsi Bidart, la acción penal es pública. Añádase que ésta se dirige a la actuación de un derecho público del Estado. La doctrina no hace dispensa siquiera de los casos en que el ejercicio de la acción reclama la previa existencia del requisito de procedibilidad de la querrela. A la acción penal se le hace sinónima, inclusive, de acción pública, por contraste con la acción civil, que lo sería de privada en cierto sector de la doctrina francesa. Desde Luego, el procelismo reciente no acepta semejante distinción.

Es indivisible la acción penal en el sentido de que se despliega en contra de todos los participantes en la perpetración del delito. La doctrina acostumbra recordar que si la querrela se presenta sólo en contra de uno de ellos o el perdón se otorga de modo que únicamente a alguno favorezca, los efectos de aquélla y de éste se extenderán a todos los demás. Notoriamente ocurre así en el Derecho mexicano, pues cuando el ofendido formula querrela contra uno solo de los adúlteros se procederá contra ambos y contra los que parezcan como delincuentes. En forma correspondiente, el perdón favorecerá asimismo a todos los responsables, aun cuando el ofendido sólo lo haya formulado por lo que respecta a su cónyuge.

La irrevocabilidad de la acción penal ha ganado terreno en México. Aquélla significa que el actor, entre nosotros el M.P., carece de facultad para desistirse del ejercicio de la acción penal. En estos términos, cuando el proceso comienza sólo puede tener como fin la sentencia. En México, en cambio, fue conocido en ambos fueros el desistimiento, que siempre había de resolver el Procurador, con una sola excepción, en la materia federal: cuando dentro de las setenta y dos horas de practicada una consignación y antes de que se dictase auto de formal prisión, tratándose de delitos contra la salud, se caía en la cuenta, pericialmente, de que el inculpado era farmacodependiente y sólo poseía droga en la cantidad necesaria para su propio consumo; aquí, el agente del M.P. se podía desistir de la acción sin resolución del Procurador (artículo 525).

En la doctrina, habida cuenta de las características del enjuiciamiento mixto, se suele plantear el problema del momento procesal al que corresponde el ejercicio de la acción: si al instante en que se inicia el sumario o institución, o al tiempo en que se pone en marcha el planeamiento, concretándose la acusación por hechos determinados y frente a persona bien identificada.

No hay duda de que la acción se pone en marcha cuando se consigna ante la autoridad judicial, al menos cuando se consigna en la hipótesis normal a la que en su hora aludiremos, precisando hechos y participantes: acaso no ocurra lo propio en laguna hipótesis de la consignación anormal, a la que también oportunamente haremos referencia, bajo los términos del artículo 4o. Cdf.

Beling sostiene que "pretensión punitiva, Derecho penal en sentido subjetivo, *jus puniendi*, por medio de la cual un determinado sujeto de derecho tiene el derecho de que el delincuente sufra su pena; este es, pues, punible, tiene un deber de sometimiento penal". A otros pareceres al respecto, nos hemos referido *supra*.

"Suelen hablar nuestras leyes de extinción de la acción y de las sanciones penales. Hay en la primera parte de este enunciado un evidente error. En efecto, no es la acción penal, sino la pretensión punitiva, lo que se extingue. Cabe distinguir aquí, para orientar nuestro punto de vista, entre *jus puniendi*, pretensión punitiva y acción penal. El *jus puniendi* o facultad de castigar, que hoy sería, más bien, potestad de readaptar, es atribución general del Estado para perseguir a los delincuentes, someterlos a juicio, sentenciarlos y proveer, por medio de la pena o de la medida, a su incorporación social. Esta potestad general y abstracta de sancionar se concreta, frente a un individuo particular, al través de la llamada pretensión punitiva. Finalmente, la acción constituye solamente, como hemos visto, un derecho formal para poner en movimiento a la autoridad jurisdiccional, recabando de ésta el ejercicio de sus atribuciones de "decir el Derecho". En esta virtud, lo que realmente se extingue es la pretensión punitiva que por conducto de la acción penal se hace valer. En cambio, la pérdida del derecho a ejercitar la acción se identifica con el fenómeno de la preclusión".(37)

El Estado no sólo tiene la obligación de perseguir al delincuente ejercitando la acción penal por conducto del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, sino también aplicar y ejecutar las penas (*Jus puniendi*).

Existen causas, sin embargo, de carácter extrínseco, que destruyen la acción, sanción o ambas, extinguiéndose, en consecuencia, la responsabilidad penal. Estas formas jurídico-penales son: la muerte del delincuente, indulto, amnistía, perdón o consentimiento del ofendido, prescripción y rehabilitación.

A diferencia de las excluyentes de incriminación, las causas extintivas de la responsabilidad no afectan la integridad del delito en su aspecto intrínseco o esencial, sino extrínseco; por especiales razones de orden político, social, humano o por imposibilidad lógica, el derecho de acción o de ejecución de las penas deja de ejercitarse por el Estado.

A) Muerte del delincuente.- "La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él"

b) Amnistía e indulto.- La amnistía (olvido del delito) se diferencia del indulto en que aquélla extingue la acción y la pena, el indulto, en cambio, produce la conmutación, reducción o extinción de la pena impuesta.

Estas dos formas extintivas de responsabilidad, han sido motivo de controversia entre los tratadistas. Beccaria, Roeder, Kant, Bentham y Feuerbach, las censuran, por considerarlas formas contrarias a los fundamentales principios de justicia penal y por constituir

supervivencias que con lujo de abuso las aplican los reyes absolutos. Pese a estos pareceres, la mayoría de penalistas defienden la convicción aplicativa de estos institutos por la razones siguientes:

"a) Es auxiliar poderoso de la reforma moral de los delincuentes, pues la buena conducta durante el cumplimiento de la condena debe ser tomada en consideración, y este hecho no se había estimado al accionar el delito.

"b) Es un medio de reparar, aunque no sea completamente, las consecuencias de los posibles errores judiciales.

"c) Es un instrumento para suavizar los rigores que resultan de la aplicación del Derecho vigente, corrigiendo así los pernicioso resultados de las leyes en extremo severas.

"d) Es un medio de mantener vivo en las muchedumbres el sentimiento de piedad".

Convenimos que estos derechos (indultos y amnistía), por su conveniencia y utilidad deben seguir aplicándose, siempre con límites, moderación y en casos excepcionales y plenamente justificables, evitando caer en abuso, por exigirlo así principios de justicia y el bien colectivo.

B) Amnistía.- Concedida, tiene la característica de destruir los efectos de la Ley Penal a delitos y personas que se trate. En consecuencia, si existen procesos pendientes o fallados respecto al delito amnistiado, se darán por terminados; las condenas quedan sin efecto; impide además el ejercicio de la acción penal, y, en consecuencia, la persecución de delitos y la formación de juicios, subsistiendo la obligación de reparar el daño y las consecuencias civiles que resultan del daño cometido.

La amnistía podrá concederla el Congreso de la Unión cuando se trate de delitos que deban conocer los Tribunales de la Federación (fracción XXII del Art. 73 Constitucional) o por el Congreso del Estado, tratándose de delitos de jurisdicción local.

C) Indulto.- El indulto no puede concederse sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable. Es procedente cuando el reo haya prestado importantes servicios a la Nación, tratándose de delitos del orden común, o en el caso a que se refiere el artículo 518 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado en donde el condenado por delito político queda a la prudencia y discreción del Ejecutivo otorgarlo.

El indulto en ningún caso extinguirá la obligación de reparar el daño causado, excepto cuando aparezca que el condenado es inocente.

D) Prescripción.- El *Jus puniendi* en su doble aspecto de ejercicio de la acción penal y ejecución de las sanciones, se pierde por el simple transcurso del tiempo.

Ha sido combatida por Beccaria, Bentham y otro, por considerar que con esta figura se propicia la impunidad, fomentando ésta la comisión delictiva, lo que constituye grave peligro para el orden social. La Escuela Positiva, con Garófalo y Ferr, la censuran, estimándola inaplicable por inútil y superflua para los delincuentes habituales o natos (incurables).

Aun apreciando estas objeciones, la mayoría de penalistas se pronuncian por su admisión apoyándose en estos básicos argumentos:

I. Renuncia al *Jus puniendi*.- Se presume que el titular del *Jus puniendi* renuncia a la facultad persecutoria o al derecho de ejecución de las sanciones, cuando la falta de ejercicio se prolonga en determinado lapso de tiempo, revelando sus omisiones notable desinterés.

II. Consideración subjetiva.- Se presume también la encomienda del delincuente al no recaer éste en el delito después del transcurso de cierto tiempo. Además, se agrega, la sustracción del delincuente a la justicia, es suficiente pena para éste, al llevar una vida azarosa y de continua inquietud.

III.- Razones sociales.- Se contrapone al interés social mantener indefinidamente la facultad punitiva, cuando con el considerable transcurso del tiempo las pruebas se debilitan o se extinguen, criando esto situaciones de inseguridad para los individuos.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 26).- Chiovenda José., Principios de Derecho Procesal Civil., 1a. Edición, Editorial Cárdenas, México, 1977, Pág. 69.
- 27).- Mancilla Ovando Jorge Alberto., Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal., 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, Pág. 81.
- 28).- Mancilla Ovando., Ob. Cit. Pág. 84.
- 29).- Castillo Soberanes Miguel Angel., El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México., Editorial UNAM, 1a. Edición, 1992, Pág. 50.
- 30).- Castillo Soberanes., Ob. Cit. Pág. 52.
- 31).- Castillo Soberanes, Miguel Angel "El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México" 1a. Edc. México 1992 UNAM. pág. 47
- 32).-Castro, Juventino V. "El Ministerio Público en México". 6a. Edc. México, Porrúa 1985 pág. 108
- 33).- Opcit. Castillo Soberanes, Miguel Angel. pág. 50
- 34).- González Blanco, Alberto "El Procedimiento Penal Mexicano" 1a. Edc. Edt. Porrúa 1975 pág.34
- 35).-Opcit. González Blanco, Alberto. pág.37
- 36).- García Ramirez, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Pennal" Edt. Porrúa 5a. edcc. México 1989 pág 201
- 37).- García Ramirez, Sergio Opcit.. pág 223

CAPITULO TERCERO.

CAPITULO III.- PRESCRIPCION DE LA ACCION PERSECUTORIA

SUMARIO: 1. - *Concepto de prescripción* 2.- *Naturaleza jurídica de la prescripción* 3.- *La prescripción de la acción o el derecho a querrellarse* 4.- *El perdón del ofendido*

1.- CONCEPTO DE PRESCRIPCION

Si se pretende definir a la prescripción, se tiene que fijar, con la máxima claridad posible, la significación de la palabra, dando al mismo tiempo el conjunto de características que la identifican. En el caso particular, prescripción puede decirse que es un término o vocablo equivoco, según sea el área o esfera del conocimiento donde se esté empleando. A mi me interesa dotar, a la prescripción de una significación que permita conocer, al simple enunciado, que se está refiriendo al Derecho Penal; sin embargo, no se puede pasar por alto algunas observaciones que sean útiles para la mejor comprensión del significado.

En primer término, es factible señalar que por cuestiones de estilo en la redacción de las leyes, se puede encontrar en algunas normas el empleo del vocablo con una significación absolutamente ajena a la que se refiere al fenómeno que aparece por el transcurso del tiempo.

Creo que no puede ser más clara la equivocidad del término prescripción, ya que lo mismo está referido a materia de obligaciones, que a forma o medio de adquisición de derechos reales; ello, desde luego, sólo en lo que atañe a la materia civil, porque más equivoco aparece si lo contrastamos con el instituto de la prescripción en la materia penal. Por lo mismo, se insiste en la necesidad de definir, para luego conceptuar, a la prescripción dentro de los límites propios y exclusivos de lo penal.

Siguiendo esta línea de pensamiento considero que la prescripción penal puede definirse así: es el fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del Estado, al impedírsele el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas.

La definición precedente está fundada en las siguientes consideraciones:

“1a. Se trata de un fenómeno jurídico penal. Con esto quiero dejar establecido que estamos frente a un problema o cuestión de naturaleza puramente jurídica, ya que si bien es cierto que como lo ha expresado Manzini, “la prescripción no representa otra cosa que el reconocimiento de hecho jurídico dado a un hecho natural”, también es indiscutible que desde el momento mismo de que existe una regulación normativa, se está ante lo que es jurídico y si además consideramos que la regulación correspondiente forma parte del sistema de legislación penal, es válido afirmar que el fenómeno que nos ocupa es jurídico penal.” (38).

“2a. La prescripción opera por el simple curso del tiempo transcurrido. Como se ha visto la prescripción tiene como fundamento el simple correr del tiempo. Podrá haber variantes, según la naturaleza del hecho imputado, o cuando se distingue entre prescripción de acción persecutoria y de sanción; lo cierto es que, en todos los casos, es el tiempo el que hace funcionar al instituto de la prescripción.” (39).

“3a. La prescripción es limitativa del ejercicio de la facultad represiva del Estado. Partiendo de la base de que estamos frente a un Estado de Derecho y que existe un conjunto de normas que regulan la prescripción, pudiéndose afirmar que el mandamiento de tales normas va dirigido, por una parte, al Estado mismo y por la otra al órgano que el propio sistema represivo haya creado.” (40).

En la actualidad, aun cuando sea bajo diferentes concepciones filosóficas, es admitido en todas las legislaciones el derecho que el Estado tiene para perseguir y castigar los delitos; esta facultad estatal fue denominada por Binding como Derecho Penal Subjetivo y corresponde a lo que conocemos como *ius puniendi*; sin embargo, dice con toda razón Jiménez de Asúa que el Derecho Penal Subjetivo no es ilimitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación.

Ahora bien, la limitación al ejercicio de la facultad represiva está fundada en el Derecho Penal Objetivo, es decir, en las normas que estando vigentes regulan el fenómeno. Utilizando también expresiones de Jiménez de Asúa, puede decirse que existe la pretensión o exigencia punitiva frente al delincuente que se extingue por numerosas causas y también el individuo es capaz de poseerla aún en nuestra propia esfera Jurídica. Se pone por dicho autor el caso de excepción de los delitos perseguibles sólo por instancia (querrela) de parte; se agregaría como ejemplo, el de la prescripción.

Nuestra ley vigente se ocupa de tratar el problema de la prescripción en los Artículos 117 a 131 del Código Penal, lo que revela la existencia de un conjunto de normas que, a nivel de Derecho Penal Objetivo, tratan y regulan el fenómeno que, por el propio contenido sustancial de tales normas, implican una limitación legal a la facultad represiva del Estado, o sea, una limitación al Derecho Penal Subjetivo o *ius puniendi*.

No puede, negarse que la actividad represiva del Estado, sea para la persecución o ejecución, está limitada por el simple correr del tiempo, en la inteligencia de que ese tiempo suficiente sólo puede estar enunciado en género, ya que en especie será cada caso el que lo determine.

Se puede proceder a dar el concepto de prescripción penal. La idea concebida tiene que encontrar su fundamento en la definición antes dada y la congruencia que tenga el fenómeno de la prescripción con el conjunto de normas que la rigen. Esto se menciona en virtud de que siendo en concepto una idea abstracta, tiene que ser congruente con las características que son propias de la definición y, además, ajustado a la normatividad ya que se trata de un verdadero fenómeno Jurídico.

Por razón natural, es imposible eliminar del concepto las notas esenciales que dan identificación propia a la definición. Se puede considerar más adecuado anteponer la definición al concepto, atendiendo a que la prescripción tiene ir elaborándose conceptualmente por medio de la reunión de sus características; no es posible, creo, asimilar un concepto si antes no se ha tenido la oportunidad de ir conociendo el contenido del fenómeno, los efectos que produce y los campos de aplicación que le corresponden.

Por otra parte, fiel a la idea de la naturaleza Jurídica de la prescripción, en dicho concepto me habré de referir a la normatividad que la rige ya que, como se ha manifestado con anterioridad, la prescripción es un fenómeno natural (el transcurso del tiempo) con valoración jurídica, lo que la convierte en un instituto propio de la ciencia del Derecho.

“Así, la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos, o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, por razón del tiempo transcurrido.”(41).

Como ya se ha mencionado al referirme a la definición de la prescripción es un fenómeno jurídico que está, normalmente, regulado por un conjunto de normas que le dan sus características esenciales. Partiendo de la misma base sustentadora, es posible afirmar y sostener que en todas las legislaciones en las que se regula el fenómeno de la prescripción, en estricta realidad es el

misimo Estado soberano el que, por medio y a través de su propio sistema legislativo, se impone limitaciones a lo que es su derecho-deber de perseguir y sancionar las transgresiones a las leyes penales.

Nada hay que pueda ser forzosamente impuesto al ejercicio de la soberanía de los Estados; en consecuencia, cuando aparece la limitación que trae consigo la prescripción es debido a que el Estado mismo, en ejercicio de su soberanía, se autolimita en esta materia específica.

La prescripción de la sanción, por otro lado, es una garantía establecida en favor del sentenciado que se encuentra sustraído a la acción de la justicia; aun cuando pueda parecer que a través de la prescripción de la sanción se crea en favor del reo un "estatus" privilegiado en el que aparece casi como un premio a su habilidad para permanecer prófugo, lo cierto es que, como ya lo dijo Pessina, cuando la ley reconoce la inutilidad de la pena, en función del tiempo transcurrido, la prescripción funciona aun contra la voluntad del reo.

Creo que debe quedar perfectamente establecido que la prescripción de la sanción impuesta no altera en forma alguna la calificación hecha por la autoridad judicial en cuanto se refiere a la naturaleza delictiva del hecho respecto del cual se dictó la sentencia irrevocable y la propia calidad de delincuente que se atribuyó en la sentencia al autor del hecho enjuiciado.

La acción penal nace como consecuencia de la realización de un hecho que reúne las apariencias de un delito, calificado así "a priori"; de la actividad que desarrollo el Ministerio Público respecto de ese hecho con apariencia de ser delictuoso resultará la intervención del único órgano estatal facultado para dar una calificación certera y legal del hecho, en cuanto a que sea o no constitutivo de delito, órgano que, conforme se ha visto, es el jurisdiccional.

Siguiendo este orden de ideas es que se considera que la prescripción implica, una limitación que el Estado se ha impuesto para perseguir los hechos que tienen la apariencia

de ser delictuosos, privándose así de la posibilidad de obtener por medio de los tribunales la calificación que, como "verdad legal", pudiera corresponderles mediante la actividad jurisdiccional que culmina en una sentencia que resuelve en definitiva si el hecho era o no constitutivo de delito.

Ahora bien, esa facultad que es propia del Estado y que corresponde a su derecho-deber para intervenir en todo lo concerniente a los delitos, aparece, sin embargo, limitada por los principios reguladores del fenómeno de la prescripción consignados, fundamentalmente, en nuestro código penal vigente.

El Estado, en consecuencia, es el primer obligado a restringir su actividad represiva, en acatamiento a las normas que él ha dictado y tiene que respetar, con lo que se crea la situación de excepción a la facultad genérica de perseguir y sancionar las transgresiones a las leyes penales. La prescripción, como caso de excepción, es el mejor ejemplo de lo que aquí se consigna.

FINALIDADES DE LA AUTOLIMITACION

Cuando el Estado, en ejercicio de su soberanía, regula el fenómeno de la prescripción, lo hace con referencia a dos hipótesis que son absolutamente diferentes: limitándose en el ejercicio de la acción persecutoria y en la ejecución de las sanciones que se hayan impuesto en una sentencia firme.

a) Autolimitación para perseguir hechos

El artículo 21 de la Constitución dice que "La prescripción de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial". Esta redacción del precepto constitucional ha dado origen a innumerables controversias, sobre todo entre los procesalistas, por lo que se refiere al concepto de la acción penal y a la oportunidad de su ejercicio.

La importancia de esta distinción en cuanto se refiere a que lo que prescribe es el derecho a ejecutar la sanción es manifiesta, ya que el que alguien haya sido considerado como delincuente, independientemente de que se cumpla o no la sanción impuesta, tiene implicaciones diversas dentro del propio Derecho Penal.

Hemos mencionado que el caso de la llamada prescripción de la sanción lo que existe, en el fondo, es una limitación que el Estado mismo se ha impuesto para ejecutar las sanciones legalmente impuestas y con referencia expresa a la persona del delincuente. Procederemos, en consecuencia, a fundamentar la facultad estatal para imponer las sanciones y para ejecutarlas, todo ello atendiendo a las normas que específicamente resultan aplicables.

Vemos que es éste un caso de autolimitación del Estado, actuando los tres Poderes que lo integran, cuando por el simple transcurso del tiempo más la satisfacción de otros requisitos consignados en la ley deja de cumplirse como excepción, la función represiva que es propia y exclusiva del Estado soberano.

b) Autolimitación para ejecutar sanciones

Todo el procedimiento penal tiene como objetivo final obtener de los tribunales una verdad legal en orden a un hecho y un sujeto determinados. Antes de pronunciarse una sentencia definitiva o su equivalente (libertad por desvanecimiento de datos, sobreseimientos por las causas legalmente establecidas, etc.), la situación legal del hecho y del autor imputado se maneja sobre bases de mayor o menor certeza, pero siempre bajo la posibilidad de que la calificación final arroje en el juicio que culmina con una sentencia una declaración en el sentido de que el hecho determinado no es delictuoso, o que el imputado en el proceso no es responsable.

La sanción que imponen las autoridades judiciales es siempre consecuencia del hecho ya calificado como delictuoso; pero no es posible desvincular al hecho de su autor; en estas condiciones, si hay delito es porque hay delincuente y es éste quien deberá quedar sometido a la sanción impuesta.

De lo anterior se desprende el fundamento de nuestra afirmación en el sentido de que la prescripción de la sanción impuesta está directamente relacionada con el sujeto delincuente, a diferencia de la prescripción de la acción persecutoria, que esta referido a los hechos que se pretende llegar a calificar en una sentencia definitiva.

2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION

Entendida la prescripción como un verdadero fenómeno jurídico que repercute igual en cuanto se refiere a la imposibilidad de calificación legal de determinados hechos, que en cuanto a la incapacidad de ejecutar sanciones legalmente impuestas, nos queda aún sin resolver la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del fenómeno.

Para definir tal postura, se puede acudir a los conceptos que a continuación se citan.

De acuerdo con la facultad que histórica, cultural y políticamente corresponde al Estado de ejercitar su derecho a perseguir los hechos con apariencia de delictuosos e imponer y ejecutar las sanciones que se señalen a los delincuentes, es decir, atendiendo al "ius puniendi", toda limitación para el ejercicio del derecho propio es algo que está directamente relacionado con el Derecho Penal o con el Derecho Penal material.

Siguiendo esta idea, dice Vera Barros que "se sostiene que la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado: su derecho a castigar en el caso concreto". (42).

Lo que se pierde por parte del Estado en estos casos, por razón del simple transcurso del tiempo, es el derecho mismo de perseguir y en su caso ejecutar la sanción, es decir, que hay una afectación al *ius puniendi* que impide al Derecho Penal alcanzar sus fines, sean represivos, reeducativos o tendentes a la readaptación social o resocialización del delincuente.

En efecto, si no puede el Estado por razón de la prescripción buscar la calificación legal de un hecho concreto y tampoco puede ejecutar en la persona del delincuente la sanción impuesta, que surge *postfacto*, en estricta realidad se está haciendo desaparecer por el fenómeno jurídico de la prescripción la nota esencial del Derecho Penal, que se refiere a ser finalista.

Vemos que la prescripción, de acción o de sanción, en el fondo mismo de su esencia implica una afectación a las pretensiones ideales del Derecho Penal, que no puede perseguir ni ejecutar sanciones, porque se ha visto limitado en el ejercicio del *ius puniendi*; en consecuencia, el fenómeno de la prescripción es de Derecho Penal material, al significar restricciones al ejercicio del Derecho a la persecución de los hechos con apariencia de delitos y a ejecutar las sanciones legalmente individualizadas para cada caso concreto.

Aún es posible agregar que, como lo indica Vera Barros, "si la pretensión punitiva del Estado es de derecho material, la prescripción, que solo importa la cancelación de dicha pretensión en su aspecto dinámico, tiene que participar de la misma naturaleza".

Si la prescripción implica una limitación a la facultad del Estado para perseguir los hechos con apariencia de delitos y ejecutar las sanciones legalmente impuestas, afecta, en realidad, al *ius puniendi* y como consecuencia es un fenómeno propio del Derecho Penal material.

b) Teoría de la prescripción como instituto del Derecho Procesal Penal

Dice Quintano Ripollés que "muy discutida es en doctrina la naturaleza de la prescripción, ganando terreno la originaria tesis francesa de pertenencia al Derecho procesal y no al penal material". (43).

El argumento esencial para esta posición doctrinaria consiste en que la prescripción no es sino un impedimento u obstáculo puesto para la iniciación o prosecución de un procedimiento penal, sin anular o reprimir el derecho a castigar, que permanece intocado como facultad propia del Estado, pero sin la posibilidad de actualizarse en función del tiempo transcurrido.

Saver, en cambio, categóricamente afirma que la institución de la prescripción "no pertenece ya al Derecho Penal material, puesto que se trata de impedimentos procesales (impedimentos de persecución y de ejecución) que condicionan mediatamente la solución de la querrela penal". (44).

De acuerdo con el argumento esencial de esta tesis, es claro que al aparecer la barrera que el tiempo levanta, el Estado se ve impedido para el ejercicio de sus acciones represivas, aun cuando, como se ha expuesto, su derecho a sancionar permanezca intocado. Está referida la cuestión, desde su planteamiento de origen, más a la acción persecutoria que a la ejecución de las sanciones legalmente impuestas.

Los autores que corresponden a la época actual, sobre todo los finalistas, tienen una fuerte tendencia a incluir el fenómeno de la prescripción, especialmente la de la acción persecutoria, dentro del Derecho Procesal.

Tenemos a Welzel, quien afirma que "según la doctrina actualmente preponderante, la prescripción de la acción tiene un carácter meramente procesal, vale decir, es mero obstáculo para el proceso".(45).

A este respecto se ha afirmado que la facultad represiva del Estado se concreta en el momento mismo en el que aparece en el mundo de la realidad la causación de un daño público, como consecuencia de un acontecimiento posiblemente delictuoso, que hace nacer una pretensión de justicia en aquel órgano del Estado que tiene conferida la función de ejercitar ese poder de acción, exigiendo a aquel otro órgano, también estatal, al que corresponde la función jurisdiccional, para que ésta se realice hasta su agotamiento, resolviendo y calificando el hecho que dio motivo al interés del órgano persecutor.

La tesis procesalista está especialmente referida a la prescripción de la acción, con pocas y nada convincentes argumentaciones menos lo relativo a la prescripción de la sanción, donde en realidad se resquebraja la atribuida naturaleza jurídico-procesal de la prescripción, porque la pena o sanción supone la conclusión del procedimiento y sería muy difícil sostener que hay algo que impide realizar lo que está totalmente concluido.

c) Teoría mixta, que considera a la prescripción como instituto de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal.

Esta teoría, sostenida entre otros autores por Mezger y por Manzini, toma como punto de partida la necesaria distinción que tiene que realizarse entre la prescripción de la acción

persecutoria y la de la sanción impuesta, porque siendo diferentes las situaciones, igual tiene que serlo la naturaleza de cada una de ellas.

Dice Mezger que "por el transcurso del tiempo desaparece la pena, bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de la persecución penal (llamada prescripción de la persecución penal), bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de ejecutar la pena impuesta por sentencia firme (la denominada prescripción de la ejecución de la pena)." (46).

Establecida la distinción en la forma anterior, agrega el autor alemán que la prescripción de la persecución penal produce sus efectos material y procesalmente, mientras que la denominada prescripción de la ejecución de la pena lo hace en el área procesal penal.

En esta teoría predomina la intención de separar, como ya se había expuesto, las dos clases de prescripción, dotando a cada una de ellas de una diferente naturaleza y de ahí su carácter mixto.

3.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN O EL DERECHO A QUERELLARSE

Aquí se va a fijar una posición doctrinaria y de interpretación de textos legales vigentes, para saber como se a valorado el momento en que la conducta se manifiesta en el mundo exterior. Esta fijación de posición es determinante para la congruencia del tema de la prescripción de la acción persecutoria en todas las variantes en que puede presentarse, ya que es precisamente el tiempo el factor que hace funcionar el fenómeno de la prescripción y ello obliga a que se conozca, con anticipación, el criterio que servirá de base para el estudio de los casos en particular, sobre todo atendiendo a que la doctrina no está unificada a este respecto.

Apunta Pavón Vasconcelos que las cuestiones relativas al tiempo de comisión del delito (me referi a la conducta y no al delito) son importantes en la solución de los problemas respecto a la aplicación o no aplicación de la ley vigente, a la fundamentación de la antijuricidad, imputabilidad o culpabilidad en su caso y "para esclarecer si ha operado o no la prescripción de la acción penal." (47).

Obviamente para los efectos de este estudio interesa sólo la tercera de las cuestiones a las que se refiere el citado autor, ya que estamos ocupandonos de un problema concreto de prescripción de la acción persecutoria que nace de una conducta manifestada y no de estudios relativos a la teoría del delito o de la ley penal.

Para nuestro trabajo hay que partir de la base de que se ha manifestado una conducta que habrá de ser perseguida, para su calificación en orden al delito, con sujeción a las leyes vigentes. Esto significa que sin restar valor al tema del ámbito de validez temporal de la ley en su integridad teórica, los soslayamos por ser ajeno a lo que es motivo de este estudio y nos reducimos a lo relativo al momento de determinación de la conducta para efectos de la prescripción.

Por otro lado se hará referencia a las principales teorías existentes para la determinación del tiempo de la conducta, para poder fijar la que, desde nuestro punto de vista, acepta la ley penal mexicana.

a) Teoría de la actividad

Dice Mezger que la teoría que se ha llamado de la actividad encuentra su fundamento en el reconocimiento del principio "nulla poena sine lege" para la aplicación de las normas relativas a la determinación del tiempo de la acción. Es de esencial importancia para ese efecto buscar la

conexión que puede establecerse entre la punibilidad de una conducta determinada y aquello que es medular y núcleo de la total acción. Esta conexión solamente puede darse como punto de partida la actividad del sujeto autor de la conducta.

De acuerdo con esta teoría, la conducta queda perfeccionada para el inicio del curso de la prescripción a partir del momento en que se realiza la actividad del sujeto a gente de ella; por ejemplo, como dice Cuello Calón "cuando la carta injuriosa fue escrita en Madrid y recibida y leída por su destinatario en Buenos Aires 20 días después, el delito de injurias se cometió al escribir la carta", por que a partir del momento en que se realizó tal conducta quedo satisfecho el hecho de obrar de manera contraria a la ley, previsto por el legislador en el tipo correspondiente. Para los efectos de la prescripción de la acción persecutoria, se tendría que tomar como punto de partida el momento de escribir la carta injuriosa y no el de la recepción de ella."(48).

Esta teoría que se menciona no ha encontrado plena aceptación, sobre todo en la práctica, porque presenta la dificultad resultante de que los delitos pueden cometerse tanto mediante una acción cuanto de una omisión.

Atinadamente observa Pavón Vasconcelos, de acuerdo en ello con Mezger, que "como la omisión sólo se fundamenta de modo extremo y con relación al deber contenido en la norma, la acción esperada y exigida es determinante en los problemas del lugar y tiempo de la omisión. De ahí que la omisión deba entenderse cometida en todos los lugares y momentos donde el sujeto hubiera debido desplegar una conducta activa, siendo indiferente el lugar de residencia, salvo que la ley lo exija."

Otro motivo de crítica a la teoría de la actividad ha sido planteado conforme a las ideas de Ranieri y en relación con los delitos permanentes, ya que se dice que "dado que en los delitos permanentes es relevante no solo la violación antijurídica inicial, sino también su prolongación

en el tiempo, debe sostenerse que en esta especie de delitos tiene importancia ya sea el deber jurídico de observar determinada conducta, que se viola con la conducta inicial, ya sea el deber jurídico de hacer cesar el estado de antijuricidad que es violado con la conducta posterior.”(49).

Si la realidad de presentación de la conducta fuera todo lo simplista de la teoría que la actividad sugiere, no habría duda respecto de la aceptación de ella para precisar el tiempo de la conducta y partir de una base siempre cierta para el inicio del cómputo necesario para la operancia de la prescripción de la acción persecutoria.

Pero como se ha visto, con las críticas apuntadas, no es siempre fácil determinar el momento preciso en que ha quedado totalmente realizada la conducta y ello hace que se pierda el sentido de la seguridad jurídica en el caso de aceptar, sin más, la bondad de la teoría de la actividad.

b) Teoría del resultado.

Cuando se ocupa Porte Petit de estudiar las cuestiones relativas al tiempo y lugar del delito, se refiere a la llamada teoría del resultado y dice que es la que “considera como cometido el delito precisamente en el momento en el que se realiza aquél (el resultado) y no en el que se lleva a cabo la actividad o movimiento corporal”. (50).

Esta teoría, que tiene en la actualidad pocos adeptos, deja sin resolver un número elevado de casos, ante la imposibilidad de precisar el momento de producción del resultado, siendo útil solamente tratándose de aquellos delitos que producen un resultado material.

Como apunta acertadamente Pavón Vasconcelos, la teoría del resultado “es inobjetable tratándose de los delitos materiales que por su estructura requieren de una mutación en el

mundo externo al sujeto, es decir, de un resultado, pues mientras este no se produzca la simple actividad no consuma el delito. A pesar de ello, la teoría resulta inadecuada tratándose de los delitos de simple conducta, en la cual el proceso ejecutivo exige actividad en uno o varios actos, pero también la no realización del evento (resultado) por causas ajenas a la voluntad del sujeto.⁷⁽⁵¹⁾

Como es perceptible en materia de prescripción aparece como inaceptable una total afiliación a la teoría del resultado, ya que si bien ella es válida para aplicarse a las conductas que producen un resultado material, no es suficiente para cubrir toda la serie de posibilidades que en orden a la manifestación de la conducta pueden presentarse y una teoría que solo parcialmente puede tener aplicabilidad es insatisfactoria.

c) Teoría Unitaria o de la Ubicuidad.

Esta teoría, que se ha denominado en las formas expuestas y además como de conjunto o mixta, pretende resolver la cuestión afirmando que el delito se comete tanto en el lugar y tiempo en los cuales a tenido verificativo la actividad, sea en forma total o parcial, como en los que se produce el resultado.

La teoría, que llamaremos unitaria para reducir cuestiones terminológicas, esta fundada en las diversas formas que puede presentar la conducta que produce el hecho relevante; por una parte, toma en consideración la actividad desarrollada por el sujeto autor de una conducta, sea en forma total o parcial, con lo cual se cubre los casos de los delitos consumados y de aquellos otros que se manifiestan en forma de tentativa punible; por actividad no se entiende exclusivamente el movimiento corporal que es característico de los delitos en los que la conducta se presenta en forma activa, sino también la inactividad voluntaria que es parte integrante de la omisión punible.

Ante esta cuestión, se valora igualmente el momento de producción el resultado, con lo que abarca los delitos de transformación material del mundo exterior, pero ampliando el concepto más allá de lo puramente material, se aceptan los resultados en los que la modificación no adopta forma material, sino que se refiere al mundo jurídico con lo que quedan incluidos los delitos materiales y aquellos que son de mera conducta.

Bajo esta idea y dentro del campo específico de la prescripción y en relación directa con el curso del tiempo necesario para la operancia del fenómeno prescriptorio, una acción para perseguir un hecho determinado puede prescribir según sea la forma especialmente adoptada por la conducta de que se trate, sin sujeción estricta a la consumación o agotamiento de la conducta típica o a la producción del resultado, también típico.

Esto significa que Mezger haya dicho "el problema del comienzo de la prescripción a de resolverse en el sentido de una teoría unitaria (pero limitada), en tanto que solo la existencia de la total acción permitirá que comience a correr el plazo." (52).

La teoría unitaria a la que nos venimos refiriendo es la que ha encontrado mayor aceptación entre los estudios modernos y las legislaciones penales más avanzadas, y toma como punto de partida para su planteamiento que la conducta, para los efectos del delito, está integrada por tres elementos, que son: la manifestación de la voluntad, el resultado sobrevenido y la relación de causalidad necesariamente existente entre ellos. Solo de la conjunción de estos tres elementos puede obtenerse la satisfacción de una conducta.

Con referencia directa a la prescripción y en forma más concreta al inicio del cómputo de su curso si aplicamos la teoría unitaria tenemos que decir que se inicia a partir del momento en que hay una conducta, debidamente integrada, que da base a la pretensión punitiva del

Estado, o sea, cuando hay una conducta típica cometida por un sujeto capaz para efectos del derecho penal.

d) Teoría de la manifestación de la voluntad.

Siendo la teoría unitaria la de mayor aceptación entre los estudiosos del tema relativo al lugar y tiempo de la acción, sería absurdo pensar que no existen criterios discrepantes; entre las ideas que sean expresado en contra de ella destacan, a mi modo de entender la cuestión, las sostenidas por Jiménez de Asúa.

En forma expresa afirma que "a mi entender, como se ha dicho repetidamente, la manifestación de voluntad debe decidir no sólo el lugar en que se está ejecutado el acto, sino también el momento de su realización, salvo cuando la ley determina lo contrario cuando la necesidad práctica, como en los delitos de tránsito y delitos a distancia, nos obligue a pronunciarnos en favor de la teoría de la ubicuidad más que de la teoría unitaria, como se acostumbra llamarla en Alemania, según se ha visto oportunamente," agregando unos párrafos después que debe considerarse ejecutado el acto en el sitio y en el instante en que se produce la manifestación de la voluntad.

Desde mi punto de vista, no parece haber sido muy claro el pensamiento de Jiménez de Asúa al expresar su afiliación a la teoría de la manifestación de la voluntad, ya que en ningún momento queda establecida conceptualmente la connotación que corresponde a "manifestación de voluntad".

Sino hay conducta, aún cuando haya manifestación de la voluntad, ya que se trata de conceptos diferentes no hay una acción deducible en orden a la perseguibilidad de un hecho determinado; lo mismo pasa cuando no hay, sea material o jurídico porque en este caso lo que ocurre es

lo que se presenta un absoluto desinterés de parte del Estado para perseguir una manifestación de voluntad y relevante para el derecho penal.

Por otra parte, el propio Jiménez de Asúa plantea un caso adicional de inaplicabilidad de su teoría al afirmar que es necesario "advertir que cuando la prescripción estuvo impedida o dependía de que se cumpliera una condición objetiva de punibilidad... no puede comenzar a correr la prescripción aunque se haya producido la manifestación de la voluntad, mientras no este libre el camino para perseguir el delito".(53).

Lo que es revelador de que ni la ley o las diferentes formas de presentación de la conducta permiten una aceptación de la llamada teoría de la manifestación de voluntad.

El fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria, cuanto se refiere al tiempo a partir del cual se inicia el curso de lapso necesario para su operancia extintiva, aparecen tratados en los artículos 118 y 119 del Código penal. En el art. 118 se establece lo siguiente: La prescripción es personal y para que opere bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley. La prescripción producirá su efecto aunque no la invoque el acusado. La autoridad la hará valer de oficio sea cual fuere el estado del procedimiento. En el art. 119 se contempla lo siguiente: Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere instantáneo; desde que cesó, si fuere permanente; o desde el día de la última infracción, si fuere continuado.

Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el momento en que se cometió el delito, si fuere consumado; desde que cesó, si fuere continuo; o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución si se tratase de tentativa.

Lo primero que es necesario destacar es que en el artículo 119 se establece una separación entre las formas de presentación de conducta que va a ser motivo de persecución por parte del Estado, al mencionarse los casos de los delitos consumados y aquellos que solamente adoptan la forma de la tentativa punible, que por sus propias características no llegan a la perfecta consumación y agotamiento.

Por otro lado, el Código del Estado usa el verbo "cometer" en el texto del artículo 119 referido al delito; desde mi punto de vista, el verbo en cuestión es el que da la nota esencial para la comprensión de lo que la ley entiende como delito, en orden a la conducta. Se trata de una manifestación de la voluntad de un sujeto, casualmente productora de un resultado típico. Con esta connotación estoy queriendo significar que solamente la satisfacción de este contenido surte la acción de "cometer" a que se refiere el artículo 119 y en ella vemos reunidos los tres elementos que caracterizan el concepto de conducta según la teoría a la que antes se hizo referencia.

La manifestación de la voluntad, sola, como la analiza Jiménez de Asúa, no resuelve la integridad de los casos presentables para efectos de la prescripción de la acción persecutoria; el resultado, visto aisladamente, deja igualmente fuera de estudio ciertos casos, como los de los delitos a distancia.

Separadamente estudiados los aspectos relativos a la manifestación de voluntad o del resultado, aparecen como incompletos para lo que ahora nos interesa; en cambio, si consideramos que la reunión de ellos es una concepción unitaria, tanto importa el momento de manifestación de la voluntad como de producción del resultado, no estamos dejando fuera de esta esfera ninguna de las posibles formas que puede adoptar la presentación de la conducta.

Por mi parte, también considero que la afiliación doctrinaria de nuestro Código se hace en favor de la llamada teoría unitaria; lo único que es necesario agregar es que para no

reducir el campo interpretativo y tener un mejor dato para la precisión del tiempo, hay que referirse al momento de la conducta y no al de la actividad, de la manifestación de la voluntad o del resultado.

Si entendemos la conducta en la forma antes propuesta, integrada por la manifestación de la voluntad, el resultado sobrevenido y la imprescindible relación de causalidad, debe ser a partir de que surta la conducta, según cada caso particular, que se tenga por nacida la acción para perseguir el hecho concreto y, consecuentemente, a partir de ese mismo momento se iniciará el curso de la prescripción.

Hay además un argumento esencialmente lógico que justifica la aceptación de la tesis unitaria, consistente en la naturaleza misma de la prescripción importa la cancelación del derecho que tiene el Estado para ejercer su potestad represiva, potestad que se ejerce por medio de la acción penal y con motivo de la comisión del delito. El Estado no puede, pues, ser despojado de su facultad de castigar antes de que haya estado en condiciones de ejercerla en el caso concreto.

La facultad para ejercitar la acción persecutoria nace en favor del Estado con respecto a un hecho concreto en el momento mismo en el que ese hecho particular adquiere relevancia en el campo del derecho penal; esto significa, en pocas palabras, que el hecho relevante es el presupuesto para el ejercicio de la acción penal y todo nuestro sistema de enjuiciamiento penal parte de la base de la conducta típica, que por la reunión de los dos conceptos (conducta-tipo) nos está indicando con absoluta claridad que tanto importa la actividad y la manifestación de la voluntad, cuando el resultado, ya que lo primero va dando forma a la conducta como elemento primario del delito y el último, con su concepción amplia, aporta la ubicación en el tipo delictivo de que se trate en el caso particular.

Los hechos que ocurren en el mundo de la naturaleza adquieren interés para el derecho penal en tanto son atribuibles como conducta a un sujeto que se encuentre sometido al

imperio de las normas penales. No se agota, sin embargo, la relevancia del hecho por la circunstancia de que corresponda a una conducta, ya que, como es sabido y fue antes expuesto, el hecho, para llegar a ser delictuoso requiere de la conducta como sustantivo y de los demás elementos reconocidos del delito como adjetivos; sólo cuando respecto de un hecho determinado pueda obtenerse la determinación de que con él, concurren la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, podrá decirse que existe un delito, entendido este como fenómeno jurídico.

Es el propio tipo el que marca y delimita el lindero entre lo prohibido y lo permitido o sea, el que da la pauta para penetrar, más adelante, el sutil territorio de la antijuridicidad tipificada.

En conclusión, siendo el tipo el marco delimitador de lo prohibido y de lo permitido lo que encuadra en la descripción es, en principio un hecho que amerita la persecución para lograr, en la sentencia definitiva, su calificación final que viene a ser la verdad legal.

Es oportuno recordar que al inicio de la segunda parte de este trabajo cuando mencionamos lo que consideramos es la sistemática adecuada para el estudio de la prescripción de la acción persecutoria, se expuso que la acción para perseguir la calificación de un hecho parte del supuesto de la existencia de "algo" relevante y que lo es sólo aquello que por ser un hecho jurídico, corresponde a una conducta que, como tal, proviene del hombre quien además está colocado dentro del campo privativo del derecho penal por encuadrarse su conducta en un tipo penal que contiene la previa descripción legal constitutiva del hecho típico.

El fenómeno de la prescripción de la acción persecutoria está íntimamente relacionado con la forma de presentación del tipo; ya hemos apuntado en ocasiones anteriores que el hecho típico, que implica "la sospecha de delito," surge el ejercicio de la acción persecutoria, cuya

fijalidad es resolver en definitiva, con la fuerza de la verdad legal, si un hecho determinado y su autor son o no, en su caso calificables como delito o delincuente respectivamente.

La clasificación de los tipos que ahora tratamos se ha formulado en tres grupos: tipos básicos especiales y complementados. Cada uno de ellos se abordará en incisos separados.

a).- Los tipos básicos.

Se sostiene que es un tipo básico aquél en que cualquier lesión que se cause al bien jurídicamente tutelado basta, por sí sola para integrar el delito.

En cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, el tipo básico, que implica necesariamente lesión al interés jurídicamente protegido esta regida por el contenido del artículo 102, en la hipótesis relativa al delito consumado, o sea, que al ocurrir la lesión y consumarse el tipo, inicia su curso la temporalidad necesaria para que funcione la prescripción de la acción persecutoria de acuerdo a ideas expuestas por Manzini, es conveniente para determinar el momento del inicio del curso de la prescripción, atender a la noción específica de cada delito, prescindiendo de todo elemento extraño y no esencial para su integración ya que en esta forma es posible resolver, anticipadamente, los problemas que pueden suscitar la naturaleza dolosa o culposa del hecho realizado.

En la parte final de la tesis precedente la que resulta interesante ya que en ella se hace mención del tipo delictivo agotado en sus elementos conformadores, lo que pone de manifiesto en primer término, que es el surtimiento del tipo lo que motiva la acción persecutoria y, en segundo, que al darse el agotamiento se inicia contemporáneamente, el curso de la prescripción.

Lo antes dicho confirma mi permanente afirmación en el sentido de que la prescripción de la acción persecutoria no puede, en forma alguna desvincularse de la relación conducta-

tipicidad, ya que de ella, con sus variantes de presentación que hemos visto y continuaremos analizando, surge la base para el adecuado tratamiento de la prescripción.

b).- Los tipos especiales.

Se consideran doctrinariamente como tipos especiales aquellos que tutelan un bien jurídico ya protegido por un tipo básico, pero que por valoración del legislador contienen ciertas peculiaridades o determinadas circunstancias que producen la exclusión de aplicación del tipo básico trayendo como consecuencia establecida en la ley, un aumento o una disminución de la intensidad antijurídica de la conducta tipificada.

Como es fácilmente perceptible atendiendo al enunciado precedente pueden presentarse dos diferentes casos de tipos especiales: uno que aparece cuando la ley en forma expresa establece un tratamiento más grave en orden a la penalidad y que se denomina tipo especial agravado y el otro, en contraposición, al que la ley señala una penalidad inferior y que se denomina tipo especial privilegiado.

Uniforme en orden a la prescripción de la acción persecutoria. Esta cuestión se refiere a las modalidades que en ciertos casos tiene la ley y que quedan sometidas a la valoración del juzgador.

En efecto, dentro de las facultades del juzgador se encuentran las concernientes a la individualización de la pena, atendiendo a las circunstancias concurrentes con el hecho y que traen como consecuencia un aumento o disminución a la penalidad señalada en abstracto para el tipo de que se trate; por ejemplo, privar de la vida a otro implica la satisfacción del tipo de homicidio, pero si el acontecimiento lesivo se produjo en rifa, el juzgador deberá aplicar la pena, haciendo uso de su facultad discrecional según el homicida haya sido el provocado o el provocador,

porque de ello resultará una correcta punición del mismo hecho homicida; igual situación se presenta cuando el homicidio o las lesiones son cometidas en duelo.

Se considera que una adecuada valoración del hecho, incluyendo sus circunstancias concurrentes, no implica una pérdida de la certidumbre respecto del cómputo de la prescripción, porque si un bien es cierto que falta la previa precisión, en todo caso las circunstancias, sean agravantes o atenuantes, están plasmadas en la ley.

Como es claro, en el caso no se trata de alterar la norma, sino de interpretarla en formas diferentes en una y otra de las posiciones doctrinarias mencionadas, ya que, efectivamente, las circunstancias que venimos tratando no pueden ser creadas por el juez, sino que ya existen en la ley, y lo único diferente es la posibilidad de aplicarlas a los casos concretos y, sobre todo la relevancia que ello puede traer en el cómputo de la prescripción ya que resultaría alterada la base temporal genéricamente establecida.

c).- Los tipos complementados.

Los tipos a los que habremos de referirnos en este inciso son aquellos que tutelan un bien o interés jurídico que ya se encuentra incluido en orden a su protección legal por un tipo básico, pero que, por la aparición de alguna circunstancia o peculiaridad valorada por el legislador, reciben un tratamiento diferente, en orden a la penalidad, sea aumentándola o disminuyéndola.

Reduciendo el tipo complementado a una forma simple, se puede decir que es igual a tipo básico más otra norma; esta segunda norma puede significar aumento o disminución en la intensidad de la pena aplicable, pero siempre habrá satisfacción de un tipo básico.

En orden a la prescripción de la acción persecutoria la solución en cuanto al curso de la temporalidad necesaria para que ella surta sus efectos nos la da el tipo básico que haya quedado satisfecho, sin tomar en cuenta las circunstancias agravantes. Ello por las siguientes razones:

1a.- El tipo especial complementado no excluye sino que propone la satisfacción del tipo básico. Esto nos permite ubicar normativamente la cuestión en el Artículo 119 del Código Penal, ya que "el delito de que se trate," que se utiliza ahí como factor determinante, lo es el tipo básico, sea homicidio, robo o fraude, según los ejemplos dados;

2a.- Por seguridad jurídica es necesario contar con una base cierta y precisa para computar los términos necesarios para la prescripción; las circunstancias complementarias son motivo de determinación en sentencia y temporal cierto y preciso.

3a.- De acuerdo con nuestro sistema de enjuiciamiento, el Ministerio Público consigna hechos y la calificación final de ellos corresponde a la autoridad judicial. Los hechos que dan fundamento al ejercicio de la acción penal son los típicos, según hemos visto con anterioridad al establecer la relación hechos-tipo, que sirve de base para el nacimiento de la pretensión punitiva del Estado.

4a.- Los tipos especiales complementados carecen de vida autónoma, ya que dependen de la satisfacción del tipo básico, o sea, que están sometidos a la figura principal, que por ello, se convierte en el elemento determinante del tiempo. No se surte, nunca, un homicidio calificado, un robo o fraude. Como lo dice Vera Barros, cuando aparece un agravante, "la prescripción dura el tiempo correspondiente al monto de la pena conminada en la respectiva figura." (54).

Conforme a la sistemática que hemos adoptado, vamos ahora a tratar el segundo de los criterios de clasificación que aporta Jiménez Huerta, refiriéndonos al alcance y sentido de la tutela penal.

a). La prescripción de la acción persecutoria, tratándose de tipos de daño

Según ideas expuestas por Antolisei, que coinciden con nuestro propio sistema legal, deben considerarse tipos de daño aquellos para cuya perfección jurídica es menester que el bien jurídicamente tutelado sea destruido o en alguna forma disminuido. La afectación por daño al bien tutelado por el tipo es contemporánea con la adecuación típica, es decir, cuando funciona el proceso de subsumción por el que una conducta encuentra perfecta adecuación con la hipótesis plasmada en el tipo y el bien tutelado se daña, se estará ante la presencia de un tipo de daño.

La facultad para clasificar el delito es, en última instancia, del órgano jurisdiccional en cuanto a que tiene derecho para cambiar la clasificación hecha previamente por el ministerio público; pero ello no significa que el propio órgano de la persecución no puede clasificar, porque en realidad siempre lo hace, al ejercitar la acción penal en su fase persecutoria. Tratándose de los tipos de daño, uno u otro de los órganos puede valorar, para fijar, entre otros aspectos, el relativo al curso de la prescripción. Recuérdese que la acción persecutoria es consecuencia de los hechos ciertos, una vez valorados.

En efecto, por las consecuencias extintivas de la pretensión punitiva que lleva consigo la operancia de la prescripción, es conveniente tener siempre la idea exacta del momento en que pueda haberse iniciado el curso de la prescripción, tanto por el titular de la acción persecutoria, cuanto por el juzgador, quien conforme a la ley debe declararla de oficio en el momento en que se percate de que ha funcionado la prescripción y, además, por el propio inculpado y su defensor, los que por razones de seguridad jurídica serán los más interesados en el mejor conocimiento del fenómeno.

De esto la importancia que adquiere que se conozca que se esta ante un tipo de daño, ya que, contemporáneamente con la producción del daño, ha surgido el derecho a la persecución y el inicio del curso de la prescripción de la acción persecutoria, pues, como lo afirma Welzel, la prescripción empieza a correr a partir del momento en que habría podido ser ejercida la acción penal.

b). La prescripción de la acción persecutoria, tratandose de tipos de peligro.

Ratiglia, citado por Jiménez Huerta, afirma que en los delitos de peligro "el legislador transfiere el momento consumativo del delito, de aquél de la lesión a aquél de la amenaza, y considera perfecto el delito en el momento en que el bien o interés penalmente tutelado se encuentra en una condición objetiva de probable lesión."(55)

Además, abundando en esta idea, el momento de exposición al peligro o de protección, conforme a lo antes expuesto, es el de la adecuación típica y el que da nacimiento al derecho del Estado de la persecución, por lo que ratificamos que el momento consumativo implica el principio del curso de la prescripción de la acción persecutoria en estos casos ya que como se dijo al iniciar este apartado, tratándose de tipos de peligro, se considera perfecto el delito en el momento en que el bien o interés penalmente tutelado se encuentra en una condición objetiva de probable lesión."

4.- EL PERDON DEL OFENDIDO

Con alguna impropiedad el artículo 112 del Código Penal para el Estado de Guanajuato declara que "El perdón de ofendido extingue la acción penal cuando concurren estos requisitos: I.- Que el delito se persiga previa querrela. II.- Que el perdón se conceda antes de

pronunciarse sentencia ejecutoria; y III.- Que se otorge ante el Ministerio Público, si aún no se ha hecho la consignación o ante el Tribunal de conocimiento, en su caso.

El consentimiento del ofendido, que debe ser previo o simultáneo a los hechos, no puede "extinguir" una acción penal que no ha nacido; elimina la antijuridicidad en los casos en que la ley ampara el ejercicio de una libertad como lo indica en la fracción I del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, y si los hechos no fueron antijurídicos por mediar ese consentimiento, no hubo delito ni, por consiguiente, acción penal que se pueda extinguir.

Los términos del precepto adolecen, además de los mismos defectos que ya se apuntaron al estudiar el artículo citado, pues no todos los delitos que se persiguen por aquella se pueden consentir válidamente, y en cambio hay otros que no exigen la querrela para su persecución y que se desvirtúan por el concurso de la voluntad del supuesto ofendido.

"El perdón si se otorga después de recibida la ofensa; y aún cuando hay cierto anacronismo en confundir la exigencia de la querrela con el antiquísimo carácter privado que se suponía en algunos delitos, y concluir por ello que el particular tiene en sus manos, de derecho, la vida de una acción pública, de hecho y cualquiera que sea la consideración que mantenga ese requisito de procedibilidad, el no presentarse la querrela o declarar que esta no se hará valer impide o hace imposible el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, cuando esta acción ya fue formalizada mediante las conclusiones acusatorias del Ministerio Público (lo que supone la presentación oportuna de la querrela) no se puede ya volver atrás porque tal cosa carecería de seriedad y de verdadero fundamento, ya que el estrepitus fori que pudo prevenir el afectado por una injuria, por un estrupo, por un adulterio, etc. ya no se puede evitar si ante los representantes de la prensa y ante el público pasaron todas las actuaciones de la policía, el período de averiguación judicial y demás". (56)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 38).-Vera Barros., "La prescripción Penal en el Código Penal", Tomo II, Editorial Paris, Pág. 696
- 39).-Quintano Ripolles Antonio., "Compendio de Derecho Penal". Vol I. Editorial Bosch, Barcelona España.Pág. 490
- 40).-Saver Guillermo., "Derecho Penal Parte General", Editorial Bosch, Barcelona España 1976Pág. 370
- 41).-Hans Welzel., "Derecho Penal Parte General"., Editorial Depalma, Buennos Aires, Argentina, 1987
Pág 257
- 42).-Obcit. Vera BarrosPág. 542
- 43).-Obcit. Quintano Ripolles, Antonio Pág. 380
- 44).-Obcit. Saver, GuillermoPág. 187
- 45).-Obcit. Hans, Welzel. Pág. 128
- 46).-Mezer Edmundo., "Tratado de Derecho Penal"., Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona España 1986
Pág. 390
- 47).-Pavón Vasconcelos Francisco., "Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General" 2da. Edición.
Barcelcna España, 1987 Pág. 220
- 48).-Cuello Calón Eugenio., "Derecho Penal, Parte General" Tomo I, Ediciones Bosch, Barcelona,
España. 1988 Pág. 727
- 49).-Ranieri Silvio,"Manual de Derecho Penal" Tomo I, Editorial Temis, Bogotá Colombia,1975Pág 327
- 50).-Porte Petit., "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal I", Ediciones de Autor
Pág. 254
- 51).-Obcit. Pavón Vasconcelos, Francisco Pág. 228
- 52).-Obcit. Mezer Edmundo.Pág. 402
- 53).-Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal" Tomo III. 2da. Edición Pág. 483
- 54).-Obcit. Vera Barros Pág.489
- 55).-Jiménez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano" Tomo II, Editorial Porrúa México 1988
Pág. 186
- 56).-Vilalobos, Ignacio "Derecho Penal Mexicano" 4a. Edc. Edt. Porrúa. México 1983 pág. 633

CAPITULO CUARTO.

CAPITULO IV.- A PROPOSITO DE LA REFORMA

SUMARIO: *1.- La sanción. 2.- La estructura penal de la culpa. 3.- Peligrosidad del delincuente culposo 4.- La culpa y el fundamento jurídico social 5.- Lo social en la idea del delito*

1.- LA SANCION

La Constitución nuestra ley suprema, es fuente del Derecho Penal porque los principios en ella contenidos constituyen directivas generales, a las que el legislador tiene que ceñirse; muchas de sus normas poseen un valor normativo concreto y están destinadas a la generalidad de los habitantes del país.

Una disposición penal que se declarara contraria a la Constitución perdería su fuerza obligatoria erga omnes, y porque en ella existen principios jurídicos fundamentales para el Derecho Penal, como el propósito general de la seguridad jurídica, al que le sigue el de readaptación social del infractor.

Estos principios están presentes en la triple proyección del régimen punitivo: el sistema sustantivo, el sistema adjetivo y el sistema ejecutivo. En los tres casos destaca la preocupación por la legalidad, como demostraré más adelante.

El principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, con toda la deseable claridad: nadie puede ser castigado por una acción u omisión que en el momento de su comisión no fuere punible según el derecho nacional o internacional. Tampoco puede imponerse una pena más grave que la que tuviera asignada la acción punible en el momento de su comisión.

Encuentro el fundamento constitucional de las sanciones en su doble perspectiva: la legalidad incriminadora y sancionadora, que abarca también el principio de nulla poena sine iudicio. Es un principio de tipicidad respecto a la conducta declarada punible, y también en un principio de atribución legal, por lo que hace a la pena o medida de seguridad de hecho ilícito.

El principio que prohíbe que una conducta sea sancionada o su penalidad agravada con una ley posterior a su comisión, a la que se conceda efectos retroactivos. De aquí se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del Derecho Penal y la prohibición de la integración judicial, en particular la referida a la analogía.

En la mayoría de las ramas del derecho, la analogía es un excelente medio de búsqueda del derecho; sin embargo, en derecho penal se prohíbe en tanto repercute en perjuicio del reo. Así, el artículo 14 dispone en su párrafo tercero lo siguiente: "en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Otro de los principios que corresponde recordar en este momento, contenido también en nuestra ley suprema es el de humanización e individualización de la pena. El derecho moderno terminó con los castigos crueles y la herencia de la culpa, ahora se proclama la sanción redentora o readaptadora; en otras palabras la humanización de la pena.

El derecho mexicano tomó principalmente del Derecho Constitucional anglosajón la prohibición de las penas crueles, refiriéndose no sólo a las inhumanas y degradantes, sino también a la mutilación, la infamia, las marcas, los azotes y el tormento, la inusitadas y trascendentales, la multa excesiva y la confiscación de bienes (artículo 22 Constitucional reformado el 28 de diciembre de 1982).

En la misma línea se sitúa la disposición del Código penal referente a que "la responsabilidad no pasa de la persona y bienes de los delincuentes excepto en los casos especificados por la ley." (art.10) .

Corresponde aquí hacer alusión a que el Estado moderno detenta como facultad exclusiva el poder de sancionar y readaptar al delincuente, surgiendo así el proceso público como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que nacen de ella.

Los artículos 16, 18 y 20 Constitucional surgen de un principio fundamental en materia penal, el de nullum delictum, nulla poena, sine lege, por lo que se entiende que solo los hechos tipificados en la ley como delito son susceptibles de sancionarse penalmente.

Conviene recordar que no todos los delitos consignados en nuestro derecho positivo conllevan la pena privativa de libertad, y sólo tratándose de ilícitos que lleven asociada dicha sanción, el sujeto será privado de su libertad deambulatoria.

Siguiendo con el principio de legalidad, en ese apartado me corresponde decir que el mencionado principio nulla poena sine lege, no abarca la ejecución de las penas.

El artículo 18 constitucional indica que "sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados". Nada más este primer párrafo se ha mantenido hasta nuestros días sin modificación.

Con el tiempo las entidades federativas comenzaron a adoptar normas sobre ejecución penal hasta desarrollar un sistema penitenciario que incluye en la actualidad leyes de ejecución, reglamentos institucionales y actos administrativos.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, y la educación como medios para la readaptación social de los delincuentes. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetandose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán establecer con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

En nuestro país, a partir de los últimos años la pena (y las medidas de seguridad con la reforma al Código Penal publicada en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984), tiene como función lograr la readaptación del sentenciado o en palabras de Sergio García Ramírez: "ahora se carga el acento en el designio readaptador de la sanción, que deviene en medicina del espíritu y factor de conciliación (axiología o sólo conductual) entre la sociedad y el infractor."

Esto es acorde con el Derecho Penal contemporáneo, que se define por el respeto cada vez mayor a la libertad individual, la restricción del principio de autoridad y el reconocimiento de la dignidad humana.

Así el ordenamiento jurídico punitivo se ha transformado, y con este, el concepto de sanción, así se ha evolucionado de la pena castigo a la pena fin y el mismo tiempo pena protección.

Congruente con esto el artículo 19 constitucional en la parte final, dispone que todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gavela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Como he expuesto, las prohibiciones, obligaciones y requisitos están destinados a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar dicha detención y de quienes la llevan a cabo así como de aquellas que tienen a su cargo la ejecución de esta medida cautelar y de la pena resultado de la sentencia.

Las leyes penales conciben la pena como castigo proporcionado a la gravedad del hecho de la culpabilidad del autor. La orientación de readaptación social que la Constitución quiere darle a la pena, debiera entenderse como una de las finalidades hacia la que debe dirigirse la ejecución de la pena privativa de libertad.

2.- LA ESTRUCTURA PENAL DE LA CULPA

La imposición de un castigo por parte del Estado requiere, bajo el paradigma de un Estado civilizado, es decir, de Derecho, la comprobación de la culpabilidad del autor del delito. Esta culpabilidad, para ser tal, debe colmar los requerimientos de sus elementos integradores.

Fundamentalmente, son tres los elementos de la culpabilidad:- a) imputabilidad o capacidad de culpabilidad, b) conocimiento de la antijuridicidad, y c) exigibilidad de un comportamiento distinto.

La doctrina penal contemporánea reconoce hoy en día la importancia de los elementos anteriores. La ausencia de alguno de ellos impide la integración de la culpabilidad, y sin esta noción fundamental de la teoría del delito no hay fundamento para la imposición de una pena.

Ciertamente la culpabilidad constituye un juicio de desvalor del autor. La antijuridicidad por su parte, valora el hecho cometido, por eso entonces que la culpabilidad y la antijuridicidad son pilares básicos en la teoría del delito e íntima es la relación que guardan entre sí ambos conceptos. Del análisis previo de uno de ellos (el hecho antijurídico), depende la existencia del otro (la atribución del hecho a su autor). Sólo existe la culpabilidad por el hecho antijurídico cometido.

Queda claro hasta ahora que una cosa es enjuiciar el hecho realizado, y otra muy distinta evaluar al autor del hecho. Independientemente de la sistemática adoptada, el problema de emitir un juicio de desvalor sobre el autor del delito entraña asimismo una ponderación del hecho que aquel cometió.

Bien sabido es que uno de los conceptos jurídico penales que más han llamado la atención de los penalistas es el de la culpabilidad. Probablemente la razón de esto sea la función determinante que tiene en la teoría del delito, esto es:- fundamentar la aplicación del castigo estatal.

Culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor?. Tales son las disyuntivas que durante mucho tiempo han mantenido ocupados a los penalistas. Es lógica la preocupación que despierte el aceptar una u otra propuestas dadas las consecuencias que de cada una de

ellas se derivan y que tienen repercusión, no sólo para la construcción dogmática del Derecho Penal, sino también para la aplicación de éste a los miembros de un grupo social que han infringido la norma jurídica.

Dos son las diferencias básicas que existen entre la culpabilidad por el hecho individual y la culpabilidad de autor; en la primera, el reproche de culpabilidad se hace por la comisión de un hecho determinado prohibido por el Derecho. En la segunda, el juicio valorativo se refiere a la personalidad propia del sujeto que realiza el hecho y su desarrollo.

En la culpabilidad por el hecho lo que se reprocha al individuo es su acto, en la medida que pudo autodeterminarse en el caso concreto. Pero no se trata de cualquier hecho, sino de aquel que reúne ciertas características, a saber:- que sea típico o contrario a la específica norma jurídico-penal, y antijurídico o contrario al total ordenamiento legal. Con la ausencia de estas características no puede hablarse de la existencia del juicio de reproche.

Por otro lado, este juicio de reproche se restringe exclusivamente a los hechos propios, esto significa que se trata de un juicio personal de reproche y de ello se desprende una garantía para el individuo, sobre todo si lo relacionamos con la problemática propia de la autoría y la participación.

En la teoría de la culpabilidad por la conducción de la vida sobrepasa la pura responsabilidad del hecho concreto y abarca el reproche sobre la decisión de la vida, es decir, sobre la demostrada posición del autor mediante el hecho frente a las exigencias sociales. Aquí la culpabilidad debe verse como el juicio de desvalor ético-social que alcanza a la total personalidad del autor; y aún más, en el concepto de culpabilidad de carácter, por tanto, la peligrosidad del autor se caracteriza como su culpabilidad sin tener en cuenta de qué causas proviene y sin preocuparse de si puede formularse al autor el menor reproche por su propio carácter.

Puede darse también, que la entidad real de la culpabilidad por el hecho provenga, de las personales características del autor.

A pesar de que la culpabilidad por el hecho individual es la que se ha aceptado por buena parte de la doctrina, tanto más si el derecho penal contemporáneo es un derecho penal del hecho, luego la culpabilidad habrá de entenderse también como culpabilidad del hecho.

“Tal es la posición de Jescheck para quien el núcleo de este concepto unitario de la culpabilidad radicaría en la culpabilidad por el hecho, aunque eventualmente, el derecho penal tendría que contar con la culpabilidad de autor”(57).

Todo esto encontraría su base, entre otras cosas, en el enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición y en la justificación de la agravación de la pena en los casos de delincuentes habituales peligrosos. “Oponiéndose a esto, se entiende con De Vicente que la culpabilidad debe entenderse como culpabilidad en referencia al hecho aislado, lo que significa una culpabilidad en el sentido de que el objeto de relación debe ser solamente el hecho antijurídico concreto.” (58).

Evidentemente dice que, aquellos factores que no tengan vinculación con el hecho tampoco podrán ocupar lugar alguno en un concepto jurídico-penal de culpabilidad quedando, pues, excluidos los conceptos de culpabilidad de autor ya que sobrepasan la culpabilidad de autor relacionada con el hecho concreto: los conceptos comprendidos en la culpabilidad de autor desde un punto de vista de culpabilidad de la personalidad, de disposición o tendencia y psicológico (decisión de la vida), son extraños para el derecho penal.

Estoy de acuerdo en que explicarse la conducción de la vida del autor del delito, en un momento dado, serviría para explicar un hecho, eximir o atenuar responsabilidades, o

determinar de la mejor manera el tratamiento adecuado al sujeto en razón de sus personales características pero, sin embargo, no servirá nunca de fundamento de su culpabilidad.

Aún aceptando que la culpabilidad por la conducción de la vida sea una especie de culpabilidad moral, no es aceptable desde un punto de vista jurídico. Al mundo del derecho penal interesa exclusivamente la culpabilidad jurídica, la culpabilidad por el hecho aislado. El juicio que sobre la persona hace cualquiera de las culpabilidades de autor trasciende los límites de lo estrictamente jurídico para invadir el ámbito de la moral, concediéndole al Estado un arma que convierte a la Justicia en terror penal.

En tal sentido, el campo de la moral y la culpabilidad, es exclusiva para los moralistas. Los juristas debemos atenernos a conceptos jurídicos cuya racional verificación sea una posibilidad.

Por lo narrado, el derecho penal contemporáneo asume como principio rector, entre otros, el de responsabilidad por el hecho, mismo que se opone a la imposición de un castigo por el modo de ser o el carácter del autor del evento delictivo.

La importancia de ponderar la culpabilidad de autor como parte de estrategias de las administraciones de justicia debe ser, en todo caso, siempre a la luz del respeto por la dignidad del individuo.

Al mundo del derecho penal interesa exclusivamente una noción de culpabilidad jurídica y no moral. Una culpabilidad de autor es incompatible con un Estado de derecho.

Así la teoría normativa de la culpabilidad alcanza la pureza de su enunciado sólo cuando es eliminado de su contenido el objeto que se somete al juicio de culpabilidad, o

sea, cuando el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición en la culpabilidad y pasan a tomar el lugar que les pertenece en la estructura de la tipicidad.

Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigirse que no la realizara. De allí que cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal.

En la posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es en lo que finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo para el hecho. No es cierta, la crítica de que la culpabilidad como reprochabilidad es algo que está en la cabeza del juez pero no en la conducta, puesto que la reprochabilidad es la valoración jurídica de la disposición contraria a la norma y al derecho que hubo en el acto y que se revela al juez mediante la posibilidad que tuvo el autor de proceder de otra manera. (59).

La reprochabilidad no es el reproche mismo, pues el reproche lo hace el orden jurídico y la reprochabilidad es la comprobación de las condiciones que permiten el reproche en función de que revelan la disposición interna contraria al derecho con que el autor realizó el acto.

En general reprochabilidad no es el reproche (juicio de desvalor) mismo, sino el conjunto de características que la ley requiere para reprochar (desvalorar una conducta). Reprochabilidad es el conjunto de características que fundan el desvalor, en tanto que reproche es el desvalor mismo. Esta reprochabilidad se compone de características que a veces están expresamente determinadas, y otras, se determinan conforme a criterios que la ley proporciona.

3.- LA PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE CULPOSO

Esta sencilla presentación sirve para demostrar que cuando el Derecho exige a ciertos individuos que desarrollen una actividad concreta destinada a impedir el peligro el daño o daño que van a ocasionar procesos del mundo exterior no gubernamentales por las normas jurídicas, lo que está imponiendo es que se rompa un curso causal ciego que se avecina.

Esto permite aclarar que cuando se dan las circunstancias que explicamos, no se pretende que el resultado que debe evitarse sea causado (en el sentido riguroso de causación) por la ausencia de la acción exigida a cierto ser humano; al contrario, lo que se busca es que no prosiga un curso causal natural ajeno a la intervención humana, en cuanto él pueda ser evitado mediante una acción impuesta o exigida a determinado sujeto. Será este sujeto el obligado a interponerse ante esos procesos del mundo exterior para desviarlos o resistirlos, con el fin de que ellos no obren y no ocasionen el resultado temido.

Esto implica que el ser humano tiene la posibilidad general de influir en el curso de los procesos del mundo exterior usando de su potencialidad cinética (o, a lo menos, valiéndose de la exteriorización de su personalidad y de su capacidad de autodisposición), en tres formas diversas: una de ellas es mediante sus acciones positivas; la otra, mediante la desobediencia de normas jurídicas que le exigen un actuar determinado, y la tercera, mediante la alusión de su obligación de resistir a cursos causales ajenos que pueden originar lesión a los bienes jurídicos.

La escueta explicación que antecede nos permite señalar la importancia que en esta parte del desarrollo de los delitos impropios de omisión adquiere aquella tercera forma en que el ser humano puede vulnerar un ordenamiento jurídico determinado: tercera forma bien diferente de la que se tiene lugar con los conceptos simples de acción y de omisión.

"Lo que verdaderamente importa, cuando no se trata de hechos de pura actividad o de pura inactividad determinada, es que exista un nexo (no una relación causal) entre lo que

efectivamente sucede en el mundo exterior (una transformación de ese mundo exterior) y determinada actitud del hombre, que el Derecho se propone valorar. Ese nexo puede ser de *conditio sine qua non* o no de evitación del resultado, según se trate de acción o de omisión".(60)

Con los elementos de juicio expuestos quedamos ya en situación de advertir que cualquier delito ocasiona siempre efectos jurídicos variados, algunos de ellos inmediatos al hecho punible y ligados, en muchos caso, directamente, a su efecto material. En otro sentido, pueden divisarse algunos efectos que afectan a un individuo o a un grupo de individuos y otros que afectan a toda la comunidad humana de la cual él forma parte.

No faltan algunos que alcanzan a toda la humanidad, sea como comunidad internacional de naciones, sea como género muy amplio de todos los hombres que existen en el mundo. Podríamos comparar estos efectos con círculos concéntricos cada vez más amplios, que se expanden a partir de un centro formado por el hecho punible.

Para ver más claro en este complejo aspecto, procedamos a base de sucesivas aproximaciones y ejemplos, que nos eviten caer en difíciles honduras filosóficas.

En los delitos de acción con resultado material, que forman el grupo más numeroso de los hechos punibles, el resultado material coincide a menudo con un daño jurídico concreto que la ley se esfuerza por evitar (p. ejem.: la muerte de un hombre en el homicidio, la destrucción de bienes por el fuego en un incendio, la contaminación del ambiente en un delito ecológico, etc.). Como los delitos de acción violan una norma jurídica prohibitiva, la acción típica va a representar frecuentemente el menoscabo o la pérdida de algo que la norma quería que fuera respetado y conservado.

"Como los derechos fundamentales del hombre de especie individual se cuentan entre aquellos más importante valores que la ley trata de mantener intrangibles, muchos delitos

de acción importan un menoscabo o la pérdida directos de algo que constituya un derecho subjetivo de determinado individuo (vida, honor, libertad, derechos patrimoniales, etc.). De esta manera, en muchos hechos punibles de acción, el efecto jurídico del delito es el daño de un derecho subjetivo individual".(61)

Cuando se trata de delitos de acción que no atentan directamente contra derechos subjetivos individuales, puede apreciarse mejor la forma bastante amplia de los efectos perturbatorios del orden social que ellos pueden producir. Es lo que sucede, por ejemplo, con la mayoría de los delitos contra la fe pública, la administración de justicia, la salud pública o el orden público económico, pues en ellos, aparte del daño concreto que algunos de ellos puede ocasionar a un individuo determinado, serán consecuencia de interés general las que habrán de ser tomadas en cuenta, preferentemente, por el legislador.

En tales casos, el daño ocasionado por el delito afecta de modo directo a toda la organización social, puesto que atenta contra ciertas bases fundamentales del régimen jurídico que se ha dado la sociedad. Adquiere, de este modo, la calidad de víctima del hecho punible la sociedad entera, afectada en valores suyos muy apreciados. Pero esto no impide, en algún caso especial, que el mal provoca el delito alcance también a algún individuo (como podría ocurrir si se falsifica un testamento solemne que favorece a alguien, eliminando el nombre suyo como heredero).

Lo importante es tener presente que ese daño, que también llamamos "inmediato", con cierta imprecisión, ya que nos faltan elementos lingüísticos que nos permitan una gradación más matizada, y que también podría recibir nombres de "específico" o de "directo", afecta a toda la colectividad.

Todos los daños jurídicos que hemos indicado hasta ahora, pueden ser tenidos como afectos inmediatos del delito.

Pero no son ellos los únicos efectos jurídicos que provienen de un delito de acción, puesto que además éste hiere siempre, de manera particularmente indeseable, una situación social de paz y de respeto del ordenamiento jurídico, que el legislador quiere ver asegurada por elementales conveniencias de interés general. Este aspecto, que toca a los fines generales del Derecho y del Derecho Penal, está presente en todo delito, en cuanto éste constituye una trasgresión especialmente perturbatoria del modelo al cual se sujeta la legislación de determinado país. Pero se trata de un daño de trasfondo, que si bien nunca falta, se halla detrás de los daños inmediatos a que antes aludíamos. Por consiguiente, estos efectos jurídicos podrían ser llamados indirectos o, más bien, mediatos.

"Pero manteniéndonos siempre en el plano de delitos de acción violatorios de normas prohibitivas, es posible apreciar algunos otros efectos indeseables de ellos, que van a un punto aún más alejado. Se trata de ciertos efectos mediatos de índole predominantemente psicosocial que origina el hecho punible por sí mismo y que pueden ser explicados, en forma un tanto vaga, como el temor de los demás de que se repita el hecho punible que ha trastornado la vida social; la sensación de inseguridad colectiva que ello deriva; la desconfianza en la protección de la ley y la consiguiente pérdida del prestigio del ordenamiento jurídico; el fortalecimiento del desprecio de la ley en el delincuente; la atracción que hacia el delito pueden experimentar otros miembros de la sociedad cuya conciencia jurídica es vacilante, y el deseo de venganza de los ofendidos, entre otros. Estos efectos mediatos no son indispensables en todo delito, pero lo acompañan ordinariamente, como efectos suyos de importancia social.

Vemos, por consiguiente, que dentro de los delitos de acción podemos encontrar, cuando menos, cuatro círculos diversos, de menor a mayor, aptos para explicar los efectos jurídicos que ellos provocan. El primero, correspondiente al daño inmediato sobre un individuo determinado; el segundo, a daño inmediato que en ciertos delitos se radica en toda la colectividad (dentro de este caso podríamos admitir dos variedades: aquella en que el daño lo recibe la sociedad en general,

como comunidad humana simplemente, dentro de los cuales no se excluye que también reciba daño un individuo determinado, y otra en que el daño va a afectar el Estado como tal, en su calidad de persona jurídica y de suprema entidad representativa de una colectividad nacional (judicialmente organizada); el tercero, al daño social que envuelve todo delito en cuanto conmoción de las bases más esenciales de la paz social y del régimen de ordenamiento jurídico, y el cuarto, a esos daños difusos, de naturaleza psicosocial, que podríamos denominar mediatos de segundo grado secundarios.

Son los efectos jurídicos imeditos, en sus dos clases, los que son utilizados regularmente por el legislador penal para la denominación de los diversos títulos o capítulos de que consta la parte especial de un código penal.

"Hablar del concepto de peligrosidad en el ámbito de prisiones es un tema cuestionable; desde las aulas nuestros maestros se han empeñado en referir que no existe el llamado peligrosómetro, aparato en el que se medía que tan temible es una persona; sin embargo en los últimos tiempos con el aumento de crímenes violentos y actividades relacionadas con el narcotráfico que involucra a todos los sectores sociales, y aún clima de extrema violencia, los conceptos sobre estado peligroso se replantea y los criminólogos clínicos así como los operadores penitenciarios requieren instrumentos sólidos que fundamenten sus diversas actividades como serían estudios de ingreso, de consejo técnico interdisciplinario, para el otorgamiento de beneficios que establece la Ley de Normas Mínimas revaloraciones criminológicas, estudios de traslado, seguimiento conductual y solicitudes de extenuación de zonas de máxima seguridad entre otras.

Por lo antes expuesto en este apartado se tratara brevemente el denominado criminodiagnostico y la determinación de peligrosidad, así como algunos tipos de conducta y las modificaciones y adaptaciones que se han realizado a fin de estar acordes con la dinámica de la criminalidad contemporánea.

El concepto de peligrosidad fue introducido a la criminología por Garofalo, quien en un principio hablo de "temibilidad" en 1878.

Partimos del concepto de peligrosidad entendiendo por esta la situación en la que se encuentra un sujeto que esta a punto de dar el paso al acto delictivo.

El jurista alemán Feuerpach, definió la peligrosidad como la cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violara el derecho.

Rocco define la peligrosidad como la potencia, la actitud, la idoneidad, la capacidad de la persona para ser causa de acciones dañosas.

"Según Landecheo existe dos tipos de peligrosidad: Peligrosidad criminal y peligrosidad social, entendiendo por peligrosidad criminal la posibilidad de que un sujeto cometa un delito, siga una vida delincuencia y refleja por tanto un individuo antisocial"(62)

La peligrosidad social es la posibilidad o realidad de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado. La peligrosidad del delincuente se hace depender por lo común de sus condiciones personales y raramente en referencia al sistema socioeconomico y político imperante.

Actualmente existen tres niveles de peligrosidad individual, social e institucional, esta última tanto para el centro readaptatorio, así como para el sistema.

Para elaborar un estudio criminológico en el que como condición se emitira un criminodiagnostico y el indice de peligrosidad, debe partirse del estudio del ser humano, entendiendo a este como ser biosicosocial, debiendo desintegrarse los elementos que lo componen en cortes longitudinales y transversales, analizando los factores que lo integran y la etiología de la conducta

antisocial, para posteriormente volver a integrar dichos componentes y así emitir el criminodiagnostico, tanto etológico, así como fenomenológico, elaborar el índice de estado peligroso y moldar un plan o programa de tratamiento que incida en el restablecimiento de su equilibrio biopsicosocial y por ende en su correcta reinserción comunitaria.

Siguiendo una línea clínica criminológica pura y la teoría del paso al acto delictivo de Etienned de Greef, adoptado por Jean Pinnatel, y que nos trasmite el maestro español Carlos Maria Landecho en sus apuntes de clínica criminológica, encontramos el siguiente cuadro que se desglosa con fines didácticos *

Esta teoría la característica que en la medida en que se encuentren más elevados los radicales, mayor peligrosidad tendrá el sujeto a estudio, partiendo de la explicación etiológica en raíces de tipo constitucional, dinámicas y sociales.

La capacidad criminal es el grado de daño y destrucción que es capaz de realizar un individuo, encontrándose este radial matizado por la adaptabilidad social, ya que un sujeto en la medida que presente una mayor adaptación biopsicosocial, aunada a una elevada capacidad criminal, tendrá un índice de peligrosidad alto o bien extremo.

Por el contrario existen internos que en base a un pobre equipo biológico (tal es el caso de la epilepsia) presentan un acentuada probabilidad a incidir en conductas inadecuadas, infractoras y muchas ocasiones verdaderamente antisociales.

Para la elaboración del estudio criminológico se recomienda la metodología siguiente:

1. Revisión documental de expedientes técnicos y jurídicos.
2. Entrevistas clínicas.

3. Integración del estudio.
- 4.- Emisión del índice de estado peligroso o criminodiagnostico.
5. Determinación del plan o programa de tratamiento.
6. Elaboración del pronóstico comportamental criminológico (intra y/o extrainstitucional).

Anteriormente se manejaban únicamente tres índices de estado peligroso: bajo, medio y alto; pero con el surgimiento de grupos de delincuencia organizada y violenta, en donde la antisocialidad incide en el empleo de armamento de alto poder, de tendencias cada vez más sofisticadas y de grandes recursos financieros y poder, se hace necesario el replanteamiento e inclusión de un cuarto radical de peligrosidad que corresponde al concepto de extrema, existiendo tipos criminológicos que se caracterizan por cubrirla, como aquellas conductas delictivas en las que se da la trilogía conductual de asociación delictuosa, portación de arma de fuego y robo con violencia o secuestro, y en su caso homicidio, que en general obedecen estas figuras delictivas a las que cometen los grupos delincuenciales, las grandes bandas de asaltantes y los secuestradores, grupos criminales organizados a la alta escuela y que por el empleo de armamento sofisticado, por su enfrentamiento antisocial y por los grandes recursos económicos de que disponen hacen que sus intervenciones delictivas tengan éxito, no ejerciendo competitividad con nuestras fuerzas policíacas, generalmente pobremente seleccionados y capacitados, con armamento deficiente y pobre organización y planeación, tanto de recursos, así como de estrategias criminológicas y policíológicas.

Otra figura antisocial que en los últimos tiempos ha adquirido gran relevancia lo es la relacionada con actividades de narcotráfico en sus diversas modalidades y que dependiendo de la figura en cuestión será el índice de estado peligroso, generalmente las más significativas son las que prestan los capos de la droga, y que dirigen organizaciones estructuradas de una gran magnitud sorprendente, incidiendo en los diversos estratos sociales, en ámbitos profesionales, policíacos, económicos y de poder, específicamente los policíacos y de procuración y administración de

justicia, ya que debido a su inmenso poderío económico corresponden a los sectores anteriormente mencionadas y los daños sociales y morales que provocan son irreversibles.

En lo referente a la peligrosidad en la criminalidad femenina, existen en la actualidad cambios notables, con la inclusión de la mujer en ámbitos laborales y sociales que en épocas anteriores se circunscribían específicamente a varones, se observa que la tendencia y ritmo de la criminalidad femenina se transforma y diversifica, surgiendo figuras delictivas como peculados, grandes fraudes e intervención de la mujer en roles antisociales más activos dentro de la estructura delincencial, como serían los robos con violencia o calificados y algunos casos en los que la mujer es el jefe de bandas (incluso de bandas de varones), llega a portar armamento de alto poder, planca y ejecuta con denotada agresividad y violencia sus delitos, dejando en ellos la huella de su sexo.

Hablar del concepto de peligrosidad es fundamental en prisiones, no sólo para preservar la seguridad y el orden institucional, sino también para garantizar la protección de población que puede ser victimizada por internos altamente peligrosos, generando un clima de violencia en los establecimientos carcelarios.

"Tradicionalmente se ha visto la culpa como una voluntad menos grave que el dolo; y por lo mismo, se le asigna mucho más peligrosidad al delincuente doloso que al culposo. Mezger llama a la culpa la forma más leve de la culpabilidad".(63)

"Por su parte Mariache, para justificar el menor reproche jurídico- penal a la culpa, establece una diferencia a partir de la peligrosidad: en el delincuente culposo la actitud es asocial mientras que en el delincuente doloso su actitud es antisocial".(64)

Es dominante la tesis de la mayor peligrosidad en la acción dolosa y en consecuencia la de menor en la culposa. No ha faltado la posición en favor de la conveniencia de excluir

la culpa del campo del derecho penal, afirmación que por lo demás no es nueva; efectivamente, en el derecho natural la acción culposa no fue considerada delito sino un *quasi delictum*, frente al delito doloso concebido como un *verum crimen*. La distinción pues, en la forma de menor gravedad o entidad criminal en la culpa, tiene la opinión mayoritaria a través del desarrollo del pensamiento penal.

La diferencia así establecida, en términos generales es correcta pero no absoluta, y quién sabe si definitiva. El mismo Maurach, después de fijar la diferencia a que nos hemos referido en líneas anteriores, al condenar la irresponsabilidad del médico que no mantiene al día sus conocimientos profesionales, asienta una expresión lapidaria y propia para un delincuente doloso de la más alta peligrosidad.

A partir del contenido de voluntad de la acción, si lo doloso es intencional y lo culposo no lo es, la culpabilidad tiene que ser menor en el actor imprudente. A este no se le reprocha el haber dirigido su voluntad a la concretización de un tipo penal, sino la modalidad que se le imprimió a su acción al no observar la prudencia demanda por el orden jurídico.

Es mucho más grave querer cometer un delito que cometerlo sin intención por no cumplir con las exigencias de cautela y cuidado necesario en la relación social donde se realizó la acción.

Pero cuando el potencial criminal del actor culposo se analiza, por su actitud frente al orden jurídico en general o su inclinación al delito, sino por el peligro que representa la posibilidad de un comportamiento para algunos bienes jurídicos esenciales a la sociedad, puede aparecer en algunas ocasiones más peligros que el delincuente intencional.

Ciertamente, quien actúa por impudencia no está demostrando una abierta antisocialidad, pero su bajo nivel de solidaridad para intervenir en la compleja red de las relaciones que

conforman la vida en sociedad, puede hacer que su asocialidad redunde en un daño serio y grave para la convivencia.

Un cirujano autorizado legalmente para ejercer como tal, afectado por una deficiencia física o psíquica que le limita substancialmente para intervenir con eficiencia en una operación quirúrgica, si se obstina en continuar su práctica profesional puede ser más peligroso que un homicida intencional. Este actúa sólo si algunos estímulos externos desencadenan las tendencias internas de su personalidad, en tanto el cirujano tendrá la oportunidad de atentar contra los bienes de la vida o la integridad física con mucha mayor frecuencia, por lo cotidiano de su quehacer.

La misma situación puede plantearse en relación con aquellos cuyas actividades de su profesión requieren de sus facultades físicas y psíquicas al máximo, como es el caso de los pilotos de aviación comercial, de los que manejan maquinaria complicada o sustancias peligrosas, cuyos errores pueden costar vidas y cuantiosas sumas de dinero

Tras de los grandes y espectaculares accidentes de los últimos meses en plantas nucleares, proyectos de investigación espaciales y vuelos comerciales, pueden ser elegantes y sabios delincuentes culposos de cuello blanco. Igual situación posiblemente se descubrirá en el campo del error médico, que parece no estar sujeto a un serio y eficiente control de carácter legal.

"Altavilla al comentar un precepto de la legalidad penal italiana, en relación con este tema, afirma: ... la peligrosidad tiene vastísima aplicación en materia culposa, ya que un delito cometido por un profesional de percepción retrasada, de proceso motor desordenado, de burda impericia, presenta mayor probabilidad de repetición que el de un delincuente intencional endógeno, que para reincidir necesitara siempre algún estímulo externo, por mínimo que sea, mientras que para el delincuente culposo basta que prosiga en alguna actividad lícita, como es la de su profesión".(65)

El desarrollo social y la compenetración de las relaciones que se establecen en las actividades de los hombres en sociedad, demanda una mayor conciencia de la necesidad de cumplir cada quien, en la esfera de su respectiva competencia, con poner la debida, atención y cuidado en las acciones necesarias para el desenvolvimiento y progreso del grupo.

La interdependencia entre quienes intervienen en el tráfico social, se acentúa y vuelve cada vez más profunda la interrelación de la actividad de unos y otros. Los bienes jurídicos fundamentales estarán a salvo, únicamente si todos responden al deber de realizar sus acciones necesarias con la debida atención, cautela y cuidado.

Resulta dramático constatar que los bienes esenciales para la sociedad, como lo son la vida y la salud de los individuos, están en manos de técnicos y trabajadores manuales, a quienes sin duda alguna será justo demandar mucho más cuidado y atención que a los otros miembros de la sociedad, cuya actividad no tiene la misma trascendencia social.

Así visto el panorama, la peligrosidad del delincuente culposo no es tan inocua como parece sugerir la diferenciación mencionada al principio de este subcapítulo, que aun cuando sigue siendo cierta necesita algunos matices, sobre todo en relación con la peligrosidad relacionada a los bienes jurídicos fundamentales.

4.- LA CULPA Y EL FUNDAMENTO JURIDICO-SOCIAL

¿Por qué se castiga el acto culposo si su autor ha obrado sin proponerse un fin criminal? No han faltado opiniones en favor de la no punibilidad del comportamiento imprudente, pero la tesis dominante es la de su incriminación penal. Como nos afiliamos a esta última posición, intentaremos exponer en forma sucinta las razones que en nuestra opinión la fundamentan.

Primero y básicamente, el acto culposo debe reprimirse por medio de la ley penal, porque atenta contra la convivencia. Esto por supuesto supone una limitación a la punibilidad de la imprudencia, pues debe amenazarse con sanción penal únicamente aquella conducta culposa que lesione bienes jurídicos fundamentales; por ello debe sustituirse el sistema del crimen *culpae* por el de *crimina culposa*, pues no es una necesidad social que todos los comportamientos dolosos asuman la forma culposa.

En segundo lugar, desde la perspectiva del individuo, todos los miembros de un grupo social de conducirse en forma tal de no poner en peligro la existencia de la sociedad y el normal desarrollo de la convivencia. La obligación, basada en la necesidad de preservar y promover la vida social, debe traducirse en un deber jurídico que la sociedad deberá reclamar al individuo cuando lo cumpla.

Dicha exigencia se más necesaria cuando se trata de ejecutar acciones peligrosas pero convenientes, en algunos casos hasta indispensables, para el progreso social, como sucede con el transporte terrestre, aéreo y marítimo; y, de igual manera, con el extraordinario desarrollo de la industria y de la ciencia de nuestros días, que ha dado lugar a una serie de profesiones basadas en acciones en verdad peligrosas, las cuales no pueden prohibirse sin causar grave daño a la sociedad. En tales circunstancias, el individuo está llamado a ejercer dichas actividades pero poniendo en ellas su máxima atención y cuidado, para evitar innecesarios riesgos y graves daños a bienes jurídicos indispensables para la convivencia, en el actual estadio de desarrollo económico y social de la sociedad.

"En la culpa se dirige un reproche a la voluntad que produce el resultado típico, porque a pesar de estar obligado el sujeto a realizar su conducta de acuerdo con la exigencia del interés social expresado en el deber objetivo de cuidado, la ejecutó de otra manera; con esa actitud contrapone su modo de comportarse, en el tráfico social, a lo establecido por la normatividad jurídico-penal y causa lesiones a bienes esenciales para el normal desarrollo de la vida social".(66)

¿Hasta dónde le es reprochable la culpa al autor? La determinación de la violación del deber objetivo de cuidado tiene que hacerse a partir de la situación concreta del sujeto y de su capacidad personal para imprimir a su conducta el debido y apropiado cuidado a efecto de no producir la lesión al interés social fundamenta. Lo que no es posible prever no es exigible por cuanto hace a la capacidad intelectual del agente; de igual manera, aquello imposible de proveer tampoco puede ser reclamado, pues ello está fuera del poder del individuo.

La recriminación penal de la culpa, desde los inicios de la sistematización, se ligó a la voluntad del autor, en ella se castiga un acto voluntariamente realizado con el cual, por el modo de ejecutarlo, se causa un daño a un bien jurídico protegido por la ley penal. En un derecho penal de culpabilidad no puede concebirse la punibilidad de la culpa sin conectar la conducta a las facultades volitivas del agente. La voluntad reprimida en la culpa no es orientada a la comisión de un delito, como sucede en el dolo; sino aquella que por no mantenerse dentro de la exigencia normativa del deber objetivo de cuidado, resulta ser factor causal de una lesión típica.

"En la culpa, tanto consciente como inconsciente, el agente si bien no dirige su acción voluntariamente contra el objeto de la protección penal, obra en forma reputada ético-socialmente intolerable en la medida en que no se ajusta a su actividad a aquellas exigencias mínimas que debe observar en la ejecución de la acción correspondiente".(67)

La voluntad en la culpa radica en la conducta no orientada a la concretización de un tipo penal; en ella es donde lo volativo existe, tanto cuando se inicia sin proponerse la realización de un delito, como posteriormente, cuando el sujeto le imprime una modalidad que la hace suficiente casualmente para la producción del resultado dañoso.

El buscar la voluntariedad de la culpa en la prisión, plantea a la culpa inconsciente o sin previsión un insalvable problema, la que con ese criterio necesariamente aparece sin voluntad. La voluntabilidad de la imprudencia no está ligada a la previsión; en efecto, puede preverse lo no deseado que por dicha razón devendrá como algo involuntario. Eso puede suceder en la culpa consciente pues la previsión es un acto cognoscitivo, no volutivo, perteneciente a la actividad intelectual del individuo, cuyo objeto es la derivación causal de la acción ejecutada.

En la conducta culposa la voluntad no apunta al resultado, pues el fin de la acción es atípico al no proponerse al sujeto la comisión de un delito; pero, como al ejecutarla de una tal forma viola el deber de cuidado y produce un resultado típico, debe ser considerado un acto delictivo no intencional. El reproche jurídico-penal se base entonces, no en la previsión de un posible resultado dañoso al interés social, sino en la forma de voluntad de la conducta que entraña una lesión al deber jurídico de cuidado exigible al autor. Esa fue la solución, en nuestra opinión acertada, a la vez que arribó Graf Zu Dohna: "Pero si hacemos responsable al autor por su conducta y no por falta de previsión que ha demostrado, entonces debe aparecer como reprochable precisamente esa conducta

5.- LO SOCIAL EN LA IDEA DEL DELITO

El delito es, antes que cualquier otra cosa, una conducta o actuación esencialmente humana. El proceder de un individuo frente a los demás. De acuerdo con esta afirmación simple y fundamental, hecha desde la perspectiva jurídica y penal, únicamente el hombre puede ser sujeto activo de un comportamiento delictuoso.

"Según la explicación más generalizada la palabra delito proviene del vocablo latino *delinquere*, aunque también se señala como el origen etimológico de dicho término a la voz latina *delictum*. Representativo de la primera opinión es Fernando Castellanos Tena: "La palabra

delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley." Como ejemplo de la segunda opinión citamos la interpretación del *Diccionario de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas: Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena".(68)

Aunque en este caso la etimología no es fundamental, especialmente tratándose de una palabra cuyo contenido conceptual puede construirse hasta convencionalmente, lo importante es señalar que en la idea de delito no puede faltar el elemento conducta ni el contenido antinormativo de ella. El acento ético de esta categoría jurídico-penal puede ser apreciado en el mismo origen etimológico del vocablo delito, el cual siempre identificará un proceder humano cuya voluntad es contradecir un particular interés de la sociedad concreta en la cual se comete.

En el comportamiento delictivo hay dos conductas contrapuestas: la ordenada en la norma jurídico-penal y la realizada en el mundo real por el autor del delito. Aquella representa el interés de la sociedad y lo que ésta espera de cómo deben conducirse sus miembros individuales en la vida social; en cambio el delito es algo malo y reprochable, la conducta de un individuo efectuada en función de sus intereses o impulsos, según el caso y que por lo mismo entra en conflicto con los del cuerpo social.

El acto delictivo es hoy más que nunca "...un fenómeno de contradicción, aguda, dramática, externa, entre el comportamiento individual y el valor socialmente aceptado; entre el real o supuesto bienestar de uno, y el también supuesto o real bienestar de todos". La trascendencia del acto delictuoso consiste en que viola el orden jurídico-penal al ocasionar daño a específicos bienes jurídicos fundamentales, protegidos por la ley penal. Tales bienes forman parte del conjunto global de intereses tutelados por el sistema de legalidad general, debido a su gran importancia para el desarrollo de la vida social, se ha encomendado su protección legal a la ley penal.

La sociedad es el único espacio donde se puede materializar el delito, pues para existir como tal debe trascender el nivel del pensamiento y exteriorizarse en las relaciones sociales. Es impensable la conducta delictiva fuera de la organización social, pero es un acto necesariamente individual, atribuible a un sujeto; ahora bien, no todo actuar del hombre deviene necesariamente como delito por ello resulta de capital importancia para los miembros de un núcleo social, saber con certeza cuáles son los comportamientos considerados delictuosos.

Esta exigencia está estrechamente vinculada al sistema de figuras o tipos penales; en los cuales cada delito, según la óptima pretensión, debe quedar minuciosamente identificado y descrito.

La definición legal de delito es importante y necesaria, no solamente para el ámbito jurídico sino para otras disciplinas científicas responsables de analizar dicho fenómeno, pues es el punto de partida para la conceptualización de la conducta delictiva desde las diferentes ópticas que posibilitan su estudio; además es garantía de libertad y seguridad legal, ya que a través de lo establecido en el texto de la ley penal los miembros de la sociedad tienen la oportunidad de saber cuáles son las conductas prohibidas, cuya ejecución da lugar a la imposición de una sanción penal; y, *a contrario sensu*, estarán en condiciones de identificar los comportamientos socialmente aceptables.

El delito es un proceder individual antinormativo porque contradice el sistema de normas penales socialmente establecido por quienes detentan el poder en la sociedad. El conjunto de leyes cuya función es proteger bienes jurídicos esenciales, integra el orden jurídico penal de una sociedad concreta. El delito, al contrario, constituye un acto cuya esencia y contenido consiste en violar dicho orden al dirigirse en contra de los bienes por él protegidos.

La idea del delito no es estática. Cambia entre otros factores de acuerdo con las transformaciones operadas al interior de la sociedad, su entorno físico-geográfico, el momento

histórico y cultural. Lo que hoy se castiga como homicidio mañana puede ser una conducta no punible. "El crimen se configura en cada sociedad según criterios múltiples y a veces contradictorios. Estos criterios pueden ser impuestos más o menos por las grandes religiones". La muerte de los recién nacidos, cuando mostraban alguna malformación física o enfermedad apreciable a la vista, constituía un acto socialmente aceptado entre los espartanos; actualmente la misma conducta, aun cuando se trate de un niño condenado a morir por sus limitadas condiciones físicas, constituirá delito de infanticidio o de homicidio.

"Lo que ayer fue delito hoy no lo es y mañana puede serlo lo que hoy no se considera como tal. Lo mismo sucede en cuanto al espacio: la ley penal de un país tiene la facultad de tipificar como delito el comportamiento que en otra latitud no lo es, como sucede por ejemplo con el adulterio. Tanto la idea social acerca del delito como las legislaciones acusan una gran diversidad y movilidad, temporal y espacial, acerca de lo considerado como tal, grado de antisociabilidad y magnitud de la reacción social. La relatividad de los preceptos penales no rige sólo en la ojeada retrospectiva histórica, sino que tiene también vigencia al comparar entre sí los diferentes sistemas jurídicos que actualmente están en vigor".(69)

Hay cierta unanimidad legislativa y social en cuanto a considerar delito algunas conductas, pero por contrapartida también existen profundas discrepancias provocadas por las características de cada sociedad. La cultura, la religión, las tradiciones, la ideología y otros factores sociales, pero especialmente la economía y la concepción del mundo y de la vida, marcan la pauta de lo socialmente considerado como delito. Esto debiera estar fielmente interpretado en la ley e incorporado en los criterios de interpretación y aplicación de la misma.

Aun cuando es una conducta ejecutada por un individuo, el delito está marcado fundamentalmente por la sociedad en la cual se produce. Esta determinación social del acto

delictivo es reconocida ahora hasta por las posiciones más tradicionales del liberalismo jurídico; las cuales minimizan su alcance, sobre todo al momento de legislar sobre el tratamiento jurídico social de la delincuencia y el delito, el cual desafortunadamente todavía sigue siendo motivado prioritariamente por razones político-sectarias.

Cada formación social tiene una idea acerca del delito y define su específica reacción frente a tal conducta. Puede hablarse de un tipo de delincuencia para un tipo de sociedad, pero no en un sentido mecánico ni esquemático, sino funcional y dialéctico. En las formaciones desarrolladas, con el impulso de la ciencia y la tecnología, tanto los delincuentes como los delitos, mostrarán características muy diferentes a los de las sociedades subdesarrolladas. "Lo que sea delito depende en gran parte del tiempo y el lugar, del país y de la nación".

La determinación social de la conducta delictiva no significa la negación o disminución de lo individual y humano en el delito. Se refiere, eso sí, a la fuerza del entorno social en la forma y significado de dicha conducta. Su manifestación externa, grado de valor social y magnitud de la reacción del grupo, son características del delito conformadas en gran parte por las peculiaridades de la sociedad en la cual dicho comportamiento tiene lugar; pero eso no anula los rasgos personales que su autor pueda imprimirle a tal conducta, ni tampoco significa la ausencia de libertad en el agente para decidir entre realizarla o abstenerse de actuar.

Toda sociedad, acorde con su forma de organización económica, política y social, pero especialmente a consecuencia de su concepción del mundo y de la vida, tiene una idea de lo que debe considerarse como delictivo y de su reacción ante esa conducta antisocial. Esto se llama "concepción social del delito" y cambia de un grupo a otro. No es una idea o comprensión inmóvil sino, como hemos dicho y ejemplificado anteriormente, sigue los ritmos del cambio de la sociedad en cuya realidad emerge, se desarrolla y transforma. Depende del momento histórico, de las características propias de cada grupo y de las transformaciones operadas al interior de éste.

La idea de que el delito tiene cada formación social, debería ser la sustentación real del sistema de leyes penales. Estas deben reflejar, no tanto el interés personal del legislador o de la minoría en el poder, sino lo que la sociedad concibe como comportamiento delictivo; de lo contrario, la ley penal no alcanza a ser legítima, pues no responde a auténticas necesidades de la sociedad. Dicha legitimidad es condición necesaria para la pretensión de lograr la obediencia de la ley penal por convicción de parte de la comunidad, así como para alcanzar mantener la paz y armonía sociales. La legalidad penal que ignora la noción del grupo respecto del delito, funcionará como un elemento de confrontación y provocará, más tarde o más temprano, el estallido de la protesta social con las graves consecuencias de dicho fenómeno trae consigo.

La facultad del legislador en cuanto a promulgar leyes con el respaldo de la coacción del poder, no es tan absoluta como a veces se cree, y tiene sus límites reales en la concepción social del delito. Olvidar esta verdad es atentar contra la estabilidad política y la tranquilidad social. De una u otra manera el desfase entre el contenido de la ley penal y la concepción de la sociedad conducirá a serios problemas y producirá choques y protestas capaces de poner en peligro la convivencia social. Hoy en día la vinculación de lo jurídico-penal con lo político casi es un axioma reconocido, abierta o encubiertamente, por todas las tendencias del pensamiento en el ámbito de las ciencias sociales y del derecho.

La concepción social del delito no se refiere exclusivamente a la idea del mismo, es decir a las conductas efectivamente apreciadas como delictivas por el grupo; también se vincula al grado de contradicción asignado al comportamiento antisocial y a su correspondiente sanción o repulsa. Sólo es delito lo definido como tal en la ley penal, pero esto no supone de ninguna manera el arbitrio absoluto del legislador penal, quien en su grave responsabilidad de criminalizar conductas deberá partir de la concepción social del delito y la necesidad de plasmarla en el texto de la ley penal escrita.

Este objetivo no se podrá alcanzar si no se conoce, a ciencia cierta, la organización económica y política de la sociedad para la cual se legisla. La descripción del delito contenida en el tipo penal, debe coincidir con la existencia real del delito en la vida social. Lo contrario niega democracia, lesiona la libertad y acrecienta los problemas sociales en lugar de resolverlos. "El delito, por consiguiente, no nace caprichosamente. Si exceptuamos los casos de torpezas del legislador, torpezas que comete cuando pretende castigar actos, como la lectura de libros prohibidos, que el sentimiento público no condena, nace en su lugar y en su tiempo en la medida en que lo requieren las necesidades del orden social. Obra espontánea de la conciencia de los pueblos, los legisladores pueden declararlo, castigarlo o dejarlo impune, pero en el fondo no tienen potestad para crearlo.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 57).-Obcit. Hans Welzen "El Nuevo Sistema Penal" pág. 80
- 58).-Obcit. Hans Welzen pág. 82
- 59).-Obcit. Hans Welzen pág. 197
- 60).-Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica. "Normas Técnicas sobre Administración de Prisiones", 1a.edc. Edt. Porrúa México, 1995 pág. 57
- 61).-Opcit. Gutiérrez , Laura Angélica pág. 58
- 62).-Opcit. Gutiérrez Ruiz, Laura Angelica pág. 59
- 63).-Mezer Edmund Obcit. pág. 224
- 64).-Mezer Edmud Obcit. pág. 216
- 65).-Altavilla, Enrico. "La Culpa el Delito Culposos" traducido por J. José Ortega Edt. Temis Bogota 1978 pág. 118
- 66).-Novoa, Monizal Eduardo "Fundamento de los Delitos de Omisión", Ed.Depilma Buenos Aires, Argentina 1984 pág. 173
- 67).-Malamud, Goti, Jaime. "La Estructura Penal de la Culpa" Cooperadora de Derecho y Servicios Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1976 pág. 103
- 68).-Monterraso Salvatierra, Jorge Efraín. "Culpa y Omisión en la Teoria del Delito" Edt. Porrúa 1a. Edc. México D.F. 1992 pág. 8
- 69).-Monterraso Salvatierra, Jorge Efraín Obcit. pág. 9

CONCLUSIONES

Este trabajo importa un intento de explicar la estructura de la culpa tomando en consideración el estado actual de la polémica sobre los problemas fundamentales de esta clase de delitos. No cabe duda que la esencia de la imprudencia o culpa reconoce sus propias leyes con independencia de que tipos creen cada derecho positivo y en que forma son estos consagrados legislativamente.

Culpa y finalidad, en cambio importa un excelente reflejo de la evolución dogmática operada desde la reforma constitucional de 1993 y que en nuestro Estado viene a verse hasta un año después. El delito imprudente pretende exclusivamente acreditar que la teoría del delito actual ofrece una visión de la culpa más coherente que la manejada por los autores nacionales a partir de los años 40'.

Aquí el propósito que se persigue, es proponer una estructuración del delito culposo a la luz de las ideas dogmáticas actuales; una visión de la problemática tal y como es discutida hoy en día. A mi juicio es la literatura Alemana la que revela una mejor maduración y meditación sobre los aspectos esenciales. He intentado, ceñirme a la modalidad de esa literatura.

Es de esperarse que, sin perjuicio de la objetividad de las soluciones propuestas en este trabajo, estas supongan un aporte eficaz que muevan a la reflexión y a la reformulación de nuestro concepto de culpa a nivel estatal.

A manera de enlistar mis conclusiones diré lo siguiente:

a) La doctrina casual de la acción no puede resolver coherentemente las cuestiones que plantea la estructuración del delito culposo. La ausencia de consideración del disvalor del

acto impide la comprensión del fenómeno de la imprudencia que sólo puede ser debidamente explicado precisamente a partir de la valoración del suceso con abstracción del resultado. Lo injusto debe quedar así a la infracción de deberes.

b) La imprudencia tiene lugar cuando en virtud de lo que el agente concreto conoce, se encuentra en condiciones de formular un juicio de peligrosidad conforme al cual decidir que el riesgo excede los límites de lo permitido. Este criterio permite indicar cuando se ha infringido el cuidado objetivo propio de lo injusto culposo.

c) El sujeto de deber es el agente concreto en la situación determinada en que se encuentra. Sólo este mismo agente permite al observador imparcial decidir si se ha comportado de acuerdo o no a la imagen del hombre "correcto" o "cuidadoso". La base del juicio aludido debe partir de lo que el agente conoció y no de lo que "pudo" o "debió" haber conocido. Ello no significa, sin embargo que el autor se haya esforzado en calcular la peligrosidad aunque si debió haber tenido a su alcance todos los presupuestos cognitivos del caso para efectuar el juicio correspondiente y también la capacidad efectiva para formular dicho juicio.

d) Si una conducta prudente hubiere también causado el resultado, no es punible la acción descuidada que los produjo: faltaría el aspecto objetivo de la norma consistente en el aumento del riesgo.

e) La acción productora de un resultado tipificado tampoco es presupuesto de la punibilidad cuando una conducta prudente lo hubiese evitado, pero en el caso, ese resultado no originó deber alguno en la medida en que no era concebible por el agente. Faltaría el elemento subjetivo de infracción de esa norma.

f) Las causas de justificación son en principio inadmisibles en los delitos culposos. Estas pueden bien ampliar o fundamentar la permisión misma del riesgo, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, o bien; excluir el tipo de ausencia de una infracción al cuidado requerido. Quedan pendientes, no obstante algunos casos de necesidad en que la acción dolosa este prohibida y no aquella que solamente aumenta el riesgo sin voluntad de realización típica.

g) La culpa consciente no se diferencia de la inconsciente en razón de el agente conozca el resultado de posible producción o el peligro. Dicho distingo debe fundarse en base a que el agente sepa o no que es cuidadoso, conozca la exigencia de cuidado que trasgrede.

h) La culpabilidad inconsciente debe permanecer incluida dentro de un derecho penal de culpabilidad por el acto, pero entendida la culpabilidad no como reprochabilidad sino como una categoría acuñada por la conveniencia político- criminal de imponer una pena.

Estas reflexiones dogmáticas encuentran objetividad desde el punto de vista de la ley sustantiva penal en una propuesta como la que en párrafos siguientes habré de enunciar. Creo que constituyen un intento de mejorar la redacción legislativa, estructura y concepto de la culpa en nuestro Estado, afecto de contar con una justa y adecuada descripción legal, que a la postre regule también la prudencia del arbitrio judicial, que no sea una limitante, sino más bien un modo recto para que el juzgador asuma su decisión y cuántum de la pena.

Por eso en seguida enuncio el texto vigente, comparándolo con lo que a mi parecer deben ser las mejoras a la ley penal

"Artículo 42: Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente el escrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representarse como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá.

El delito cometido en forma culposa se castigará con prisión de tres días a cinco años y de cinco a setenta y cinco días multa y suspensión, en caso, de hasta dos años de la profesión, oficio o actividad que motivo el hecho, la pena privativa de libertad no podrá exceder de las tres cuartas partes de la que correspondería si el delito fuere doloso y si tuviere señalado sanción alternativa aprovechará esa situación el acusado". (Texto vigente)

Para quedar de la siguiente manera:

Artículo 42.- Obra culposamente el que realiza el hecho típico infringiendo un deber de cuidado que debía y podía observar, según las circunstancias y condiciones personales, y causa un resultado típico que no previo, siendo previsible, o previo confiando en poder evitarlo.

Los delitos culposos se penarán con prisión de tres meses a siete años de prisión y de cinco a cien días multa y suspensión de tres meses a tres años o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Las penas descritas en ningún caso podrán exceder de las tres cuartas partes de las que corresponderían si el delito hubiese sido doloso.

Artículo 42 Bis.- La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio judicial, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 89 y las especiales siguientes:

I.- La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resulto;

II.- Si para ello bastaba una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;

III.- Si tuvo tiempo para obrar con reflexión y cuidados necesarios;

IV.- Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; y

V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, en los delitos cometidos por conductores de vehículos.

Por lo que toca a la modificación del artículo 290 del Código Penal del Estado de Guanajuato habría de quedar:-

"Artículo 290.-Los delitos previstos en los artículos 287 y 288 cometidos culposamente se perseguirán por querrela del ofendido, salvo que fueren cometidos por conductores de vehículos en el momento de estar prestando un servicio público, o servicio remunerado de transporte de personas, o por conductores de vehículos que se encuentren bajo el influjo de bebidas alcohólicas o estupefacientes, picotrópicos u otras sustancias semejantes." (texto vigente).

Texto propuesto:-

"Artículo 290.- El delito de daños previstos en los artículos 287 y 288 cometido: culposamente se perseguira a petición del legitimado para hacerlo, mas si los daños se ocasionaren con motivo del transito de vehículos y el conductor se hallare en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos similares, así como cuando aquél se diera a la fuga y no prestare auxilio a la victima del delito, se perseguira por oficio"

BIBLIOGRAFIA

- Altavilla, Enrico. "La Culpa del Delito Culposo" trd. por J. José Ortega Edt. Temis Bogota, Colombia. 1978.
- Castillo Soberanes Miguel Angel., "El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México"., Editorial UNAM, 1a. Edición, 1992.
- Castro, Juventino V. "El Ministerio Público en México". 6a. Ede. México, Porrúa 1985.
- Cuello Calón Eugenio., "Derecho Penal, Parte General" Tomo I, Ediciones Bosch, Barcelona, España. 1988.
- Chiovenda José., "Principios de Derecho Procesal Civil.", 1a. Edición, Editorial Cárdenas, México, 1977.
- García Ramírez. Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal" Edt. Porrúa 5a. edcc. México 1989.
- Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica. "Normas Técnicas sobre Administración de Prisiones", 1a. edc. Edt. Porrúa México, 1995.
- González Blanco, Alberto "El Procedimiento Penal Mexicano" 1a. Ede. Edt. Porrúa 1975.
- Jiménez Huerta Mariano., La Tipicidad., Ed. Porrúa, 2da. Edic. México D.F. 1955.
- Jiménez Huerta Mariano. "Derecho Penal Mexicano" Tomo II, Editorial Porrúa México 1988.
- Jiménez de Asúa. "Tratado de Derecho Penal" Tomo III. 2da. Edición Pág. 483
- Jiménez Huerta Mariano "Derecho Penal Mexicano" Tomo IV. 5a. Ede. Edt. Porrúa, México D.F.
- López Betancourt, Eduardo., "Teoría del Delito"., Edit. Porrúa., México D.F., 1994.
- Malamud, Cioti, Jaime. "La Estructura Penal de la Culpa" Cooperadora de Derecho y Servicios Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- Mancilla Ovando Jorge Alberto., "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal.", 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
- Mezer Edmundo., "Tratado de Derecho Penal"., Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona España 1986.
- Monterraso Salvatierra, Jorge Efraín. "Culpa y Omisión en la Teoría del Delito" Edt. Porrúa 1a. Ede. México D.F.

- Muñoz Conde Francisco "General del Delito" Edt. Botus, Madrid España, 1985.
- Novoa, Monizal Eduardo "Fundamento de los Delitos de Omisión", Ed. Depilma Buenos Aires, Argentina. 1984.
- Orellana Wiarco Octavio. "Teoría del Delito" Edt. Porrúa México 1994 pág. 96
- Pavón Vasconcelos Francisco., "Manual de Derecho Penal.", Ed. Porrúa, 4ta. Edic., México D. F. 1967.
- Porte Peti., Celestino "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal I", Ediciones de Autor.
- Quintano Ripolles Antonio., "Compendio de Derecho Penal". Vol I. Editorial Bosch, Barcelona España.
- Ranieri Silvio. "Manual de Derecho Penal" Tomo I, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1975.
- Saver Guillermo., "Derecho Penal Parte General", Editorial Bosch, Barcelona España 1976.
- Vera Barros., "La prescripción Penal en el Código Penal", Tomo II, Editorial Paris.
- Villalobos, Ignacio "Derecho Penal Mexicano" 4a. Edc. Edt. Porrúa. México 1983.
- Welzel Hans., "Derecho Penal Alemán", Edit. Cárdenas., 1a Edic., México D. F., 1980.
- Welzel Hans., "El Nuevo Sistema del Derecho Penal.", Edit. Galas., 7ta. Edic. Madrid, España, 1981.
- Zaffaroni Raúl., "Tratado de Derecho Penal"., Edit. Cárdenas, México D.F., 1988.

LEYES Y CODIGOS

Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

Código Penal del Estado de Guanajuato, Vigente

OTRAS FUENTES

Diccionario Jurídico de la UNAM.

Revista Jurídica Veracruzana No.1 Enero- Febrero- Marzo 1971