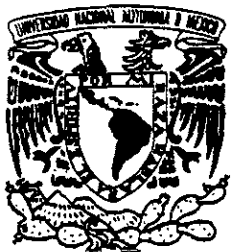


40761



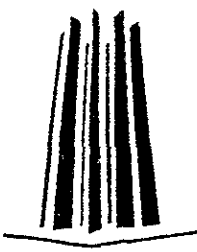
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

**“LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL Y
LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO (CIENCIAS PENALES)
P R E S E N T A EL:
LICENCIADO RICARDO OJEDA GANDARA

ASESOR: MTRO. BERNABE LUNA RAMOS



México

278727

Mayo del 2000.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**“MAS GRACIAS
SEAN DADAS A DIOS,
QUE NOS DA LA VICTORIA
POR MEDIO DE NUESTRO
SEÑOR JESUCRISTO.”**

LA BIBLIA

(1ª. CORINTIOS 15:57)

LIDIA
XATZIRI BETZABE
YAXAIRA JOCABED

POR USTEDES TRATO DE SER UN HOMBRE MEJOR

¡ LAS AMO ¡

"EN LOS HECHOS, EL DIALOGO DESEABLE ENTRE TEORIA Y PRACTICA ESTA -POR LO GENERAL- INTERRUMPIDO. PARA LOS TEORICOS EL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUELE NO OFRECER MAYOR INTERES CIENTIFICO, PUES EN LAS SENTENCIAS SE SUELE HACER REFERENCIA A CONCEPTOS O CATEGORIAS QUE NO TIENEN CABIDA EN LOS SISTEMAS DOGMATICOS QUE SE ENSEÑAN EN LAS UNIVERSIDADES; PARA LOS PRACTICOS LOS LIBROS DE LOS TEORICOS SUELEN APARECER COMO OCUPADOS EN CUESTIONES MUY LEJANAS DE SUS TAREAS COTIDIANAS

ELLO ES CONSECUENCIA EN GRAN MEDIDA DE LA POCA AFICION DE LOS TEORICOS A OCUPARSE DE LA RESOLUCION DE CASOS Y , PARALELAMENTE, DE LA POCA AFICION DE LOS PRACTICOS A OCUPARSE DE OTRA COSA QUE NO SEAN LOS CASOS EN SI MISMOS.

TEORIA Y PRACTICA, SIN EMBARGO, DEBERIAN TENER UN PUNTO DE ENCUENTRO EN LA REALIDAD COTIDIANA DE LA APLICACION DEL DERECHO. SI LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL QUIERE SER VERDADERAMENTE UNA CIENCIA PRACTICA DEBERA REFLEXIONAR CADA VEZ MAS ACERCA DE LOS CASOS QUE SE PRESENTAN EN LOS TRIBUNALES. POR SU PARTE, SI LOS PRACTICOS QUIEREN SUPERAR LA TENDENCIA A UN PURO PRAGMATISMO Y, DE ESTA MANERA, AUMENTAR LA SEGURIDAD JURIDICA, DEBERIAN INTENTAR UN MAYOR ACERCAMIENTO A LAS ELABORACIONES TEORICAS EL QUE QUIERA DEDICARSE CON EXITO A LA FILOSOFIA JURIDICA, TIENE QUE HABER OLIDO EL POLVO DE LOS EXPEDIENTES. CUANTO MAS PRECISO Y AGUDO SE SEA Y SE ACTUE COMO JURISTA TECNICO, CON TANTO MAS ACIERTO SE PODRA INTRODUCIR EL JURISTA EN EL METODO FILOSOFICO-JURIDICO. A LA INVERSA, EL PRACTICO QUE QUIERA SERLO CON EXITO, DEBERA HABER OLIDO EL POLVO DE LAS BIBLIOTECAS JURIDICAS -QUE TAMBIEN LO TIENEN TANTO COMO LOS EXPEDIENTES- PUES CUANTO MEJOR DOMINE LA TEORIA, MAYOR SERA EL ACIERTO Y LA SEGURIDAD DE SUS SOLUCIONES CONCRETAS.

NO SE TRATA DE QUE LOS TRATADOS DE DERECHO PENAL DEBAN SER PRAGMATICOS, NI DE QUE LAS SENTENCIAS TENGAN QUE SER FILOSOFICAS SE TRATA, POR EL CONTRARIO, DE COMPRENDER QUE LA TEORIA DEL DERECHO PENAL Y LA PRACTICA DEL DERECHO PENAL TIENEN UNA MISMA META: RESOLVER CONFLICTOS SOCIALES '.

(ENRIQUE BACIGALUPO)

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO UN POCO DE HISTORIA

1.1. DELITOS	13
1.2. PENAS	25
1.3. PROCEDIMIENTOS	41

CAPÍTULO SEGUNDO LA DOGMÁTICA

2.1 CONCEPTO	46
2.2 EVOLUCIÓN	51
2.3. IMPORTANCIA	74

CAPÍTULO TERCERO LA PRÁCTICA JUDICIAL

3.1. EL CUERPO DEL DELITO	79
3.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL	88

CAPÍTULO CUARTO
LA REFORMA PENAL DE 1993-94

4.1	CONSTITUCIONAL	93
4.2	SUSTANTIVA Y ADJETIVA	104

CAPÍTULO QUINTO
COMO DEBEN SER LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1.	CUALES RESOLUCIONES.	141
5.2.	EL JUICIO DE TIPICIDAD	147
5.3.	EL PROBLEMA DE LA ANTIJURIDICIDAD	149
5.4.	EL JUICIO DE REPROCHE	155
5.5.	LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA (EN LAS SENTENCIAS).	157

CAPÍTULO SEXTO
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999

6.1.	CAUSAS DEL REPUNTE DE LA DELINCUENCIA	161
6.2.	LOS MOTIVOS DEL LEGISLADOR	163
6.3.	EL CONTENIDO DE LA REFORMA	167
6.4.	COMENTARIOS	167
	CONCLUSIONES	182
	BIBLIOGRAFIA	188

INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años, el 3 de septiembre de 1993, fueron reformados -entre otros- los artículos 16 y 19 constitucionales, en cuanto a los requisitos para librar una orden de aprehensión y para el dictado de un auto de formal procesamiento, respectivamente, de tal manera que, a partir de entonces, para obsequiar la primera, es menester, independientemente de otros requisitos, que existan datos que acrediten los elementos del tipo penal, que anteriormente no se exigían, y para dictar el segundo, en el lugar del famosísimo cuerpo del delito, igualmente deberán haber datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al consignado.

Asimismo, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en vigor a partir del 1° del siguiente mes, se reformaron, derogaron y adicionaron diversas disposiciones de los códigos sustantivo y adjetivo penales. En especial, consideramos de particular relevancia la reforma al numeral 168 del código federal procedimental de la materia, así como su equivalente, el 122 del ordenamiento local, en los cuales se elimina el concepto procesal "cuerpo del delito", y se sustituye por el de "elementos del tipo penal", haciéndose congruente con la reforma constitucional, precisando también los elementos de que consta el tipo.

En nuestra opinión, lo que se pretendió con la reforma fue fortalecer la seguridad jurídica ya que, por una parte, para librar orden de aprehensión o de comparecencia no se requería comprobar la existencia del cuerpo del delito, lo cual confirmaba la jurisprudencia entonces imperante, al establecer que, como el artículo 16 constitucional no mencionaba ese requisito expresamente, entonces no era necesario su acreditamiento, pero sucedía que, como dicho precepto sí requería para esos mismos efectos, la demostración de la probable responsabilidad penal del inculpado, muchos juzgadores argumentaban que no era lógico ni posible ocuparse de ella si su presupuesto indispensable, que era, precisamente, el cuerpo del delito, estaba ausente, de manera que, para que hubiera responsabilidad, aunque fuera probable, antes debía haber cuerpo del delito, ya que de lo contrario ¿de qué se iba a ser responsable?.

Así las cosas, lo que sucedía era que algunos jueces, en esa etapa procedimental, aunque no lo exigía la Constitución, se ocupaban de la comprobación del cuerpo del delito, mientras que otros no lo hacían, situación que, evidentemente, era grave, preocupante, pues los gobernados, y aun los litigantes, los juristas, no sabíamos a qué atenernos, pues una misma situación de hecho, era resuelta en diferentes maneras, según el juzgado que conociera de cada asunto; viene a colación citar la frase de la "justicia de elevador", que estaba muy en boga en el foro, relativa a que, si dos personas que tenían un problema semejante se encontraban en los tribunales, y se preguntaban mutuamente en qué juzgados se

tramitaban sus respectivas causas, uno de ellos contestaba que en el juzgado "x", que se encontraba en el primer piso del edificio, y otro respondía que su asunto estaba en el juzgado "y", que se ubicaba en el segundo piso, la consecuencia era que a uno lo iban a absolver y al otro lo condenarían, y recuérdese que era por la misma causa, lo cual no era nada más que una tremenda inseguridad jurídica, situación ante la que, todos los que de alguna manera intervenimos en cuestiones relacionadas con la justicia penal, debemos poner nuestro máximo esfuerzo en erradicar.

Por otro lado, para el dictado de un auto de formal prisión (o de sujeción a proceso sin restricción de libertad -aunque este último, en aquel entonces, sólo estaba previsto en la legislación procesal, pero sin tener sustento constitucional-), el artículo 19 de nuestra Carta Magna sí señalaba en forma expresa, como uno de sus requisitos medulares la comprobación del cuerpo del delito, y aun cuando la resolución que nos ocupa reviste una trascendental importancia, puesto que fija la materia del proceso, elevándose así la garantía de litis cerrada a nivel constitucional, de tal manera que las sentencias que se dicten en materia penal deben versar única y exclusivamente respecto del delito o delitos que hayan sido señalados en aquél, sin poder ir más allá de lo ahí establecido.

A primera vista pareciera que en este punto no hubiera la inseguridad antes señalada, debido a que la exigencia de comprobar el cuerpo del delito era general a todos los juzgadores, pero la realidad era que, como el concepto de cuerpo del delito siempre fue tan impreciso, ya que históricamente ha sido

identificado con el delito mismo, con los objetos o instrumentos del mismo, o bien con las huellas o indicios que dejaba su perpetración, el producto, y aún con la persona de la víctima, lo cierto es que los juzgadores tenían de él distintas concepciones y, por ende, la inseguridad seguía existiendo, máxime que, dicho sea esto con el debido respeto, salvo muy contadas excepciones, casi ninguno de ellos (los juzgadores), lo aplicaba técnicamente.

En efecto, sucede que hasta el 4 de abril del año de 1984, el artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal establecía que el cuerpo del delito se tendría por comprobado cuando se acreditaran únicamente los elementos materiales de la infracción; sin embargo, a partir de la fecha mencionada dicho precepto fue reformado, y desde entonces y hasta enero de 1994, era menester acreditar la existencia de todos los elementos que integraran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determinara la ley penal, pero es el caso que la exigencia antes señalada fue casi absolutamente pasada por alto porque -como ya se dijo- era raro el juez que la respetaba, debido a que la mayoría se contentaban o se limitaban a acreditar únicamente los elementos materiales del tipo, basándose, erróneamente, por cierto, en una Jurisprudencia que sostenía lo que decía el artículo 122 antes de la reforma de 1984, es decir, que era suficiente con acreditar esos elementos materiales, de modo que en base a ella se podía comprobar el cuerpo del delito, sin constatar todos los elementos del tipo, esto es, se hacían juicios

supuestamente de tipicidad sin que en realidad existiera tipicidad, sobre lo cual no ocuparemos con más amplitud posteriormente.¹

Así estaban las cosas cuando surgen las reformas inicialmente señaladas, que personalmente consideramos como las más trascendentes en materia penal desde la vigencia del código de 1931 (aunque no deben olvidarse las de 1984, que también fueron importantes y significaron los primeros pasos para la construcción de un derecho penal propio de un Estado libre y democrático de derecho)² con las que, a nuestro criterio, entre otras finalidades se pretendió erradicar la confusión que se había originado con el concepto procesal del “cuerpo del delito”, sustituyéndolo por el de “elementos del tipo”, inclusive señalándose textualmente cuáles son esos elementos (lo que a los juristas -o al menos a los penalistas- nos debería dar pena, pues se presume que desde estudiantes y con mayor razón al egresar de la carrera, deberíamos saber cuáles son esos elementos, sin ser necesario que la ley nos lo diga, enunciándolos uno a uno, de modo que tal parece que el legislador nos imagina como unos ignorantes.

Pero tristemente ese objetivo no se consiguió, debido a que los administradores de justicia comenzamos a aplicar los artículos reformados y en especial el 122 y 168 de los ordenamientos adjetivos de la materia local y federal, respectivamente, de la manera que mejor nos parecía a cada uno, habiendo a veces

¹ Supra. cap III. pág 79-88

² Cfr Pavón Vasconcelos. F. “Las Reformas Penales (Análisis Crítico de la Parte General)”, 2ª ed Editorial Porrúa. México, 1987

diferencias abismales entre la forma en que unos y otros resolvíamos las mismas situaciones, creándose un revuelo que en lo personal no recordamos haber presenciado antes, tan es así que todas las universidades, la oficial y las particulares, organizaron cursos especiales o ciclos de conferencias, con motivo de analizar dichas reformas, lo mismo que las procuradurías de justicia del Distrito Federal y general de la República, y seguramente también las de los Estados, siendo también extensivo al H. Tribunal Superior de Justicia de nuestra ciudad capital que, además de una serie de conferencias a las que todo el público tuvo acceso, organizó un círculo de estudios exclusivo para jueces y magistrados en la rama penal, y desde luego también lo hizo el poder federal, mediante sus mesas redondas de magistrados de circuito y jueces de distrito de la materia.

En todos esos eventos participaron personalidades de reconocida capacidad y de renombre bien ganado en el área que nos ocupa, que a muchísimas gentes nos iluminaron con la luz y brillantez de sus conocimientos, y quienes no tenemos su nivel o su prestigio nos hemos puesto a estudiar, hemos tratado de actualizarnos, nos hemos esforzado por ponernos a tono, pero, a pesar de todo, creemos que el cambio que la reforma implica no ha acabado de asimilarse, no la hemos entendido cabalmente, nos falta introyectarla, hacerla nuestra, no tenemos congruencia o coherencia en su aplicación, hay diversidad de criterios, cada quien le da el enfoque que le parece más adecuado, lo cual es incorrecto, pues compartimos la opinión del jurista venezolano Andrés Bello, al expresar que "... cuando el tenor literal de la ley es claro, no

se debe alterar su contenido, so pretexto de desentrañar su espíritu...”³.

Así es, no obstante que ahora (marzo de 1999) se mencionan textualmente los elementos del tipo, hay quienes no acreditamos o desacreditamos todos ellos en nuestras resoluciones.

En cuanto a la antijuridicidad, como elemento del delito, se le ubica en distintos lugares de la estructura. Pero pensamos que el problema mayor se presenta cuando llegamos al nivel de la culpabilidad, en razón de que, cuando estudiantes, se nos enseñó, siguiendo la corriente causalista, supuestamente superada, que las formas o especies de la culpabilidad eran el dolo y la culpa, lo que igualmente indica la doctrina penal mexicana, pero sucede que ahora el dolo y la culpa ya no se entienden así, como formas o especies de la culpabilidad, sino que, de acuerdo con la teoría finalista de la acción, forman parte de la conducta, y toda vez que la principal función del tipo es describir esa conducta, el tipo recepta al dolo y a la culpa, como elementos subjetivos del mismo (artículo 122 fracción III del código de procedimientos penales del Distrito Federal y 168 fracción III del mismo ordenamiento, a nivel federal), y sucede que, en ese orden de ideas, cuando en la vida práctica estamos dictando una resolución, por exigencia legal, al ocuparnos del tipo, necesariamente nos tenemos que referir al dolo o a la culpa, según el caso, y entonces cuando llegamos a la culpabilidad ya no sabemos qué contiene ese elemento del delito, pues a

³ Citada por el Maestro Mario Estuardo Bermúdez Molina, al impartir la materia “Aspectos Prácticos de las resoluciones Judiciales”, dentro del curso de preparación judicial, en el ramo penal, correspondiente al año 1992, impartido por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

primera impresión parece que quedó vacía, sin contenido, al haber sido trasladados de ella al tipo, el dolo y la culpa, y nos vemos en la encrucijada de optar por alguna de las siguientes soluciones:

1. Prescindir de ella por carecer de contenido, esto es, dictar resoluciones sin culpabilidad; pero al hacerlo así violaríamos el contenido del tercer párrafo de los preceptos en comento, que ordenan que, para resolver sobre la responsabilidad, se deberá atender, entre otras cosas, a la culpabilidad.

2. Decir que la culpabilidad se encuentra comprobada a título de dolo o de culpa; pero eso sería atécnico, además de reiterativo, pues el dolo o la culpa ya deben haberse acreditado previamente a este estadio.

3. Hacer lo usual, que es anotar que el encausado tal día a tal hora y en tal lugar hizo tal o cual cosa, que en esencia es una transcripción del pliego de consignación del Ministerio Público, y en el que se narra la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, pero debiendo hacerse la observación de que, al igual que el dolo y la culpa, la conducta tampoco es contenido de la culpabilidad, sino elemento del tipo (artículo 122 fracción I y 168 fracción I de los códigos procesales, común y federal, respectivamente), sólo que mientras los primeros son de naturaleza subjetiva, ésta corresponde a la parte objetiva del tipo.

4. Encontrar el verdadero contenido de la culpabilidad ⁴.

⁴ Supra, p cap V, pág 155-157

En nuestra opinión, ese desorden obedece a que, a diferencia del tipo penal, cuyos elementos se señalan expresamente en los artículos que venimos comentando, en los mismos la culpabilidad sólo se menciona, pero no se establece cuál será su contenido, aunque es muy fácil de encontrar si procedemos conforme a lo que indica el segundo de los mandamientos del Decálogo del Abogado ⁵, que a la letra estatuye. "PIENSA. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando."

Efectivamente, si sabemos que la teoría del delito implica una prelación lógica, ordenada, coherente y sistemática entre sus elementos, observamos que el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal sigue esa misma secuencia, pero en forma negativa, de manera que, si en los conceptos de tipicidad y de antijuridicidad ya agotamos las fracciones de la I a la VI, habrá que ver la fracción VII, el inciso b) de la VIII, así como la IX, que respectivamente se refieren a la inimputabilidad, el error de prohibición directo o indirecto y a la no exigibilidad de otra conducta y, a la inversa, veremos que la culpabilidad se integra con la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta (algunos agregan la libertad de motivación), que constituyen sus respectivos aspectos positivos, que es lo que debe estudiarse en la parte relativa a la responsabilidad.

⁵ Couture, E. J. "Los mandamientos del abogado", ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998, 10^o ed. p.11.

Pero eso lo trataremos en su oportunidad, por ahora lo que queremos es, por una parte, resaltar el hecho de que la inseguridad jurídica continúa, a pesar de la reforma, y por otra, señalar que este trabajo aspira a ser una pequeña aportación para contribuir a erradicar esa inseguridad, para unificar criterios en cuanto a la manera en que deben dictarse las resoluciones judiciales penales fundamentales, como el auto que decide sobre el libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia, el que resuelve la situación jurídica mediante el formal procesamiento con o sin restricción de la libertad, o bien, la libertad por falta de elementos para procesar, pero sobre todo la sentencia.

Lo que se espera es que sea de utilidad a alguna persona al momento de decidir al respecto, y también pretendiendo ser una guía o parámetro para las partes procesales, defensor y Ministerio Público, que les permita de algún modo cotejar o comparar los proveídos que le notifique el órgano jurisdicente, y les pueda orientar con respecto a la conveniencia o no de impugnarlas mediante algún recurso ordinario o hasta por medio del juicio de garantías, anticipando las posibilidades de procedencia que se tengan, o auxiliarles al formular sus respectivas conclusiones y, desde luego, académicamente se pretende que estos comentarios constituyan un instrumento útil para los estudiantes de la ciencia del derecho o, mejor dicho, de la ciencia jurídica, cuyo objeto de estudio lo es precisamente el derecho; si se logra cualquiera de estas metas será motivo suficiente para sentirnos satisfechos del tiempo empleado en su elaboración.

De antemano se piden disculpas por si llegamos a ser duros o agresivos en algunos de los señalamientos, aclarando que éstos nunca serán irrespetuosos o irreverentes para quienes sostengan ideas contrarias, pues no olvido que van dirigidos a profesionales actuales o en potencia que por el solo hecho de serlo son dignos y merecedores de consideración, máxime que versan sobre una disciplina como el derecho, en la que no debe hablarse de imposiciones, sino de libertad de pensamiento.

Por otra parte, siendo la verdad o el conocimiento completo tan difíciles de encontrar, puesto que toda ciencia tiene la característica de tener un cierto margen de falsedad, porque la verdad absoluta le pertenece sólo a Dios; la ciencia es progresista y busca avanzar, de manera que las teorías que una vez fueron ciertas se ven superadas y se vuelven obsoletas, aunque la nueva teoría, claro esta, a su vez podrá ser superada, y en ese sentido no pensamos ser poseedores de esa verdad completa, y habiendo en esta materia tantas personas con mayor capacidad intelectual que el que esto escribe, espero su crítica, e inclusive los invito a hacerla, pues así me sacarán de los errores en que me encuentre y harán de mi un mejor profesionista, más entero, más vigoroso, más fuerte, pues sin duda sus observaciones me alimentarán y me enriquecerán jurídicamente. Pero les invito a que no sólo lo hagan verbalmente, pues a las palabras se las lleva el viento; háganlo por escrito, y así no sólo me fortalecerán a mí o a un pequeño grupo, sino que nuestra opinión estará al acceso de todo aquel que le interese y poco a poco iremos conformando un orden jurídico en el que en

realidad haya eso: orden, que es una de las mayores aspiraciones de todo sistema normativo.

Vamos a salir del letargo en que nos encontramos, vamos a despertar, a abandonar la pasividad, a hacer algo por componer lo que haya que componer; vamos a dejar de ser simples receptores y aplicadores de la ley y vamos a exponer como nos gustaría que fueran las cosas o como debieran ser, así como cuando vamos al sastre y le decimos que el traje lo queremos de este o de aquel modelo, de este o de aquel color y de tales o cuales características, porque finalmente nosotros somos lo que lo vamos a usar y somos los que sabemos las necesidades que tenemos y qué aspiramos a cubrir con ese vestido; vamos a hacer lo que en Alemania, donde los autores causalistas y finalistas estuvieron en pugna científica durante cerca de 40 años, hasta que se impusieron los segundos, pues solo mediante la discusión y el intercambio de ideas se puede aspirar al perfeccionamiento, pero nunca encerrados en nosotros mismos; vamos a mejorarnos mutuamente, vamos a hacer dogmática, entendiendo por tal la reformulación coherente de la ley, partiendo de la ley misma.

CAPÍTULO I

UN POCO DE HISTORIA

1.1. LOS DELITOS.

Lo que da origen a la denominación de nuestra materia como “derecho penal” son, sobre todo, las penas (es necesario recordar que en un sistema vicarial o de doble vía, como el nuestro, el derecho penal reacciona de dos maneras distintas cuando sus normas son transgredidas, pues puede ser imponiendo penas, o bien, aplicando medidas de seguridad, y aunque las segundas de hecho existen tienen una importancia mínima en relación con la que poseen las primeras; es por ello que, sin entrar al análisis de las diferencias que existen entre unas y otras, nos ocuparemos fundamentalmente de aquéllas).

A su vez, para que ocuparse de las penas tenga sentido, es menester mencionar aquello que las origina: los delitos, en atención a que, en su sentido más simple, entendemos por pena la consecuencia jurídica por haber cometido un delito.

Así las cosas, hablar de delitos y de delincuentes es hablar de la historia de la humanidad, pues tal pareciera que con el primer hombre nació también el primer delincuente.

En efecto, si en cuanto al origen del hombre fuésemos partidarios de la teoría evolucionista, cabe recordar que, junto a los restos del hombre primitivo se halló el hacha de sílex con la que fue muerto, es decir, se cree que no murió de manera natural, sino que otro lo privó de la vida, al propinarle un golpe con esa hacha; o bien, si somos partidarios de la teoría creacionista, bien sabemos que Caín mató a Abel y que, aún antes de eso, Adán desobedeció un mandato legítimo de la autoridad (entendiendo en este contexto a Dios como autoridad), al comer del fruto del árbol de la ciencia del bien y del mal. Cualesquiera que sea la teoría correcta, lo cierto es que desde tiempos inmemoriales existe la delincuencia, aunque en aquellos tiempos obviamente con otras características de las que tiene ahora, pues el delito se ha caracterizado sobre todo por ser mutante, por ser cambiante, presentándose de diferentes maneras, según la época y el lugar de que se trate.

En este momento no vamos a hablar del delito de una manera técnica, como aquella figura que se integra cuando se surten todos sus elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad propiamente dicha, es decir, no nos vamos a ocupar de ver si nos encontramos ante una acción o una omisión, dilucidando si la omisión es simple o compleja; si el hecho fue cometido en forma dolosa o culposa, y si fue así si el dolo fue directo o eventual o si la culpa fue consciente o inconsciente; no vamos a hablar del error de tipo, indagando si es vencible o invencible; no vamos a ocuparnos del nexo de causalidad; de las

referencias temporales o espaciales; de los medios de comisión; de los elementos normativos o de la forma de participación; no vamos a verificar si concurrió o no a alguna causa de justificación; ni analizaremos las características específicas del sujeto, para determinar si tenía conciencia de que su hecho era ilícito y si estaba facultado o no para conducirse de acuerdo con esa comprensión; tampoco nos ocuparemos de analizar si sabía o no que su conducta estaba prohibida o si le era exigible actuar de otra manera en esas mismas circunstancias; ni graduaremos la pena que le corresponda entre un mínimo y un máximo preestablecido.

No, en este apartado nos referiremos al delito de una manera lisa y llana, entendiéndolo meramente como una conducta violenta y agresiva.

En ese orden de ideas, es evidente que en la antigüedad el delito tenía otras características de las que tiene ahora, pues en ese entonces el delincuente normalmente era uno solo, el delito se cometía de manera aislada, se trataba de ocultar y de callar y a quien se le sorprendía se le desterraba o se le alejaba de la comunidad, lo que prácticamente equivalía a una sentencia de muerte, ya que la fuerza del hombre estaba en la colectividad: nadie podía cazar un mamut por si solo, se requería de la colaboración de los restantes componentes del grupo, tanto para cazar como para vestir o para habitar en algún lugar, de manera que no se podía vivir aislado, pues se era presa de las fieras o víctima de las inclemencias del tiempo. Aristóteles decía que para vivir solo se

tenía que ser un Dios o una bestia, y el hombre no es ninguna de esas cosas.

Sin embargo, debemos recordar que, como lo dice un refrán: "Dios los cría y ellos se juntan", lo que se aplica también a los antisociales, de manera que uno de ellos se reúne con otro de su misma calaña, de su mismo temperamento, con sus mismas tendencias, y ya no son más dos antisociales aislados, sino que unen fuerzas para cometer con mayor facilidad sus delitos.

Con el paso de los años los delitos ya se cometen entre dos, incluso un criminólogo, de nombre Mendelssohn, llegó a hablar de la pareja criminal, que en principio fue entendida como la relación víctima-victimario que se da en la mayoría de los eventos criminales, (porque debe recordarse que existen delitos en que no hay una persona física como directamente afectada, puesto que en ocasiones se daña a la sociedad como ente abstracto), pero esa relación posteriormente fue comprendida de otra manera, como toda contribución o cooperación que para cometer el delito se prestan recíprocamente todos los que intervienen en él, lo que llegó a establecerse con las figuras de la autoría y la participación, que amplían el ámbito de la aplicación de la ley penal, en cuanto a que es válido sancionar no solamente a quien en forma material y directa realiza el verbo nuclear de cada conducta criminal, sino que a través de ellas el castigo se puede extender a todo aquél que, incluso sin haber participado física o directamente en el hecho, haya prestado alguna cooperación de cualquier clase para su realización.

Posteriormente los delitos ya se cometían entre tres personas: en la literatura penal son famosas "las triadas" japonesas, en tanto que, en nuestro derecho, la calificativa de actuar en pandilla agrava la pena, tomando en consideración el número de sujetos que intervienen, pues atendiendo al artículo 164 bis del código penal vigente, que señala que por pandilla se entiende el hecho de que aunque no se encuentren organizadas con fines delictivos, tres o más personas que estén reunidas en forma habitual, ocasional o transitoria cometan en común el mismo delito. En alguna época el pandillerismo, que reviste características específicas, como por ejemplo la adopción de un nombre, lenguaje particular y ropas similares, fue un grave problema social, en razón de que infinidad de jóvenes cayeron bajo su influencia y posteriormente hasta los niños formaban ya grupos de estos: por ejemplo, en Estados Unidos las pandillas marcaban su ley y su territorio, sin que nadie pudiera incursionar en ellos, ya que se consideraban grupos muy peligrosos; aquí en México, específicamente, en Santa Fe, los "panchitos" eran muy temidos, y nadie podía pasar los límites que ellos imponían, tanto que ni la propia policía se atrevía a entrar.

De la pandilla derivan "las gavillas", entendiéndose por tales grupos de delincuentes, semejándolos a los gavilanes, que atacan en grupo a quienes no pueden defenderse.

En el México colonial son recordados "los cuatreros", asaltantes en los caminos, principalmente en el trayecto de Veracruz a la ciudad de México, en tiempos en que las comunicaciones no estaban lo bastante desarrolladas y había que

hacer el viaje a caballo o en diligencia, y actuaban en grupos de cuatro, lo cual ha trascendido tanto que aún en la actualidad las personas llegan a exclamar: "me robaron unos cuatrerros", aunque hayan sido sólo dos los asaltantes y, por ende, no sea adecuado el calificativo.

Así, sucesivamente, la delincuencia se fue tornando más compleja, se llegó a hablar de "los sindicatos del crimen"; en Italia surgió "La Mafia" o "la cosa nostra", que eran verdaderas sociedades criminales clandestinas, a las que para ingresar era necesario someterse a una prueba de valor, que por lo general consistía precisamente en la comisión de un delito y que una vez estando dentro de ella había que sujetarse a su propio código de honor, en el que prevalecían los intereses de "la familia", aún por encima de los de sus integrantes, tanto que en muchas ocasiones entre ellos tenían que matar a un hermano o hasta a su padre; esas organizaciones se dedicaban a controlar y explotar varias clases de vicios, como el juego, el alcohol, la prostitución o las drogas; hubo grandes capi o gangsters que pasaron y que hasta nuestros días siguen engrosando la historia de la criminalidad.

Estos grupos de pandillas y de maffias tenían lugares de reunión exclusivos, a los que la policía no tenía acceso, como "el barrio de los milagros" en París, "el bronx" en Nueva York, E. U., "tepito", "la escuela de tiro" en su momento, o "santa fe" en el tiempo de la banda de "los panchitos", actualmente la colonia Buenos Aires, en la ciudad de México.

Hablando de grupos de delincuentes, en la literatura general y aún en la infantil tenemos el caso de "Alí Babá y los 40 ladrones", que se reunían en una cueva. Lo cierto es que se ha llegado a tipificar como delito autónomo la asociación delictuosa (artículo 164 del código penal), que consiste en el mero hecho de formar parte de una asociación o banda de tres ó más personas con el propósito de delinquir, es decir, no se requiere para la comisión de este delito que efectivamente se realice algún o algunos ilícitos, sino que se perfecciona con el sólo formar parte de la agrupación.

Fenómeno relativamente reciente lo constituye "el cartel", tratándose de cuestiones relacionadas con el narcotráfico, que son estructuras criminales perfectamente organizadas, agrupando todo lo que acontece alrededor de las drogas, comprendiendo desde el campesino que siembra hasta que llega a su consumidor, pasando desde luego por aquellos que cultivan, empaquetan, procesan, trasladan, distribuyen, trafican y enajenan, sin olvidar a los grandes y poderosos jefes, en cuyo torno giran un sin número de sirvientes, choferes, sicarios, incluso profesionistas, como abogados y contadores, utilizados para el lavado de dinero y para dar apariencia de legalidad a todos sus "negocios".

Se ha dicho que en un principio predominó el delito muscular y que al evolucionar se llegó al delito cerebral, que de los delitos sanguinarios se pasó a los delitos pensados o planeados, sin violencia, que del homicidio y las lesiones se pasó a los fraudes; sin embargo, al menos en nuestra ciudad, tal pareciera que estamos en un retroceso hacia la etapa de los delitos violentos, a tal grado que

la seguridad pública se ha convertido en un tema de gran interés nacional, al nivel o quizá por encima de lo referente a la economía.

De manera similar, Keteleth ha dicho, en su tabla térmica, que a medida que el hombre se aleja del Ecuador y se acerca a los polos, disminuyen los delitos violentos y los sexuales, aumentando los que van en contra de la propiedad.

Por su parte, Enrique Ferri señaló que el delito es la resultante de un triple orden de factores: físicos, psíquicos y sociales, los cuales, en nuestra opinión, son sumamente importantes, ya que, a manera de ejemplo, podemos decir que una persona que vive en el barrio de tepito, muy probablemente llegará a ser comerciante, boxeador o ladrón.

Lo anterior es muy razonable, pues en México, a partir de la crisis económica de 1994-95, es decir, a partir de un factor económico y social, se ha incrementado notablemente la incidencia del delito de robo, tan es así que nos atreveríamos a decir que entre el 80 y 90% de los delitos que se cometen en la ciudad corresponden a dicho ilícito.

Alguna vez se penso que sólo los menos favorecidos eran quienes se veían obligados a delinquir, se decía que en las cárceles solo estaban los pobres, los tontos y los feos, idea que vino a tierra al surgir los denominados "delitos de cuello blanco", esto es, delitos cometidos por gente de posición social y económica privilegiada, con características criminológicas muy especiales, ya que no son el

prototipo del delincuente, ignorante, mal vestido, mugroso, terrible por sus actitudes y por su actuar, mal educado; por el contrario, los delincuentes de cuello blanco se caracterizan por ser personas preparadas e incluso con títulos profesionales, que han viajado por el mundo y, algunos, hasta dominan varios idiomas, saben vestir bien, son personas cultas y educadas, se mueven a niveles económicos muy altos, inclusive son dueños de grandes emporios empresariales, lo cual les permite firmar contratos que les reditúan exorbitantes ganancias, ya que es precisamente el medio por el cual cometen esta clase de delitos, fundamentalmente fraudes, que lamentablemente en los últimos tiempos se han puesto de moda en el país, y que entre otras cosas se caracterizan porque existe el temor del afectado para denunciar, pues se piensa que sus elevados recursos harán inútil o infructuoso todo el proceso, además de que en el caso de excepción que se le llegare a condenar, son personas que no sufren el estigma o la marca que la sociedad suele imponer a quien ha sido condenado por un delito.

Principalmente en Italia y en Colombia se habló del “narco poder” o de la “narco política”, tan es así que algunos de sus gobernantes han sido acusados de financiar sus campañas electorales con recursos económicos provenientes del tráfico de drogas, mientras que en nuestro país, en años recientes, tristemente se ha evidenciado esa relación entre el narcotráfico y el gobierno, que ha llegado a penetrar hasta el Ejército y la Iglesia, llegando a homicidios de figuras de primer plano, en asuntos a los que se les dio gran publicidad y que conmocionaron a la sociedad.

En la Criminología se ha acuñado el concepto de "criminalidad dorada", relativo a que en la realidad se hace difícil distinguir cuando estamos ante un delincuente y cuando ante una autoridad, ya que incluso a nivel popular la gente menciona que no sabe cuando se encuentra ante un peligro mayor, si cuando está ante un ladrón o ante un policía, incluso se ha llegado a constatar que la gran mayoría de secuestros han sido cometidos por policías judiciales; esa identificación que hay entre ellos permanece también en los niveles más altos, ya que si el delito ha sido denunciado los pseudo abogados lo solucionarán en el nivel de la averiguación previa, contando con la complacencia del Ministerio Público encargado de ella, y que aún durante la tramitación del proceso, si es que el asunto se llegó a consignar, habrá posibilidades de obtener un fallo favorable, todo esto mediante corruptelas en los niveles de procuración y de administración de justicia; se dice incluso que los jueces entre si y entre ellos y los magistrados hay protección mutua, que se cae en un círculo vicioso en el que no se sabe quién está del lado de la ley y quién esta contra ella, pero en este nivel de criminalidad dorada se refiere a personas de las más altas esferas, cuando los gobernantes y la delincuencia se hayan estrechamente vinculados.

En la esfera normativa se ha tenido que recurrir a la expedición de una "ley federal contra la delincuencia organizada" que, independientemente de las observaciones que pudiesen hacerse desde el punto de vista técnico jurídico, en cuanto a que se opina que contiene múltiples violaciones a garantías individuales

consagradas en la Constitución General de la República ⁶, surgió como una necesidad, para poner freno a uno de los mayores males que aquejan a las sociedades modernas, como es el crimen organizado a nivel internacional.

No cabe duda que Alfredo Nicéforo tuvo razón al decir que “el delito sigue al hombre como la sombra sigue al cuerpo”, es decir, al igual que la materia, que no se crea ni se destruye, sino que solo se transforma, la delincuencia ha evolucionado tanto, que en la actualidad cuenta con mayores recursos y técnicas que los que el Derecho tiene para su combate, independientemente de que con la tecnología se les abren nuevos campos de acción. Sin embargo, los estudiosos del Derecho, “los hombres de la ley” ⁷ estamos conscientes de que no debemos quedarnos a la zaga, que la responsabilidad que llevamos a costas nos exige una constante actualización y el perfeccionamiento de nuestros conocimientos en la dogmática penal, en la criminología y en la penología, so pena de ser rebasados o superados por la criminalidad moderna, con el consecuente perjuicio social que ello implicaría.

Antes de terminar este punto se considera pertinente mencionar algunos de los conceptos más conocidos de lo que es un delito, principiando por señalar que en su sentido etimológico deriva de la voz latina “delinquere”, que significa abandonar, separar o

⁶ Cfr. García Ramírez, S. “Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)”, en la revista *Criminalia*, de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, N° 1, México, D.F., enero-abril, 1998, Editorial Porrúa, pp. 10-12.

⁷ Expresión del Doctor Ricardo Franco Guzmán, al inaugurar el ciclo de mesas redondas “La procuración de justicia (problemas, retos y perspectivas)”, consultable en la revista que, con ese mismo título, publicó la Procuraduría General de la República en noviembre de 1993, pp. 3-7.

apartarse del buen camino; desde el punto de vista legal, es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; para Francisco Carrara es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso; según Rafael Garófalo es la violación a los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media en que son poseídos por una colectividad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad; para Edmundo Mezger es una acción punible; para Enrique Bacigalupo es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; de acuerdo con Hans Kelsen es el acto u omisión condicionante de una sanción y para Eugenio Raúl Zaffaroni es el acto u omisión (conducta) que se encuentra previsto en la ley penal (tipo), lo que revela su prohibición (típica) y que, por no estar permitida por ningún precepto legal (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídico) y que, por serle exigible a su autor que actuara de otra manera en esas mismas circunstancias (reprochable) resulta culpable. También se ha señalado que el delito es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad y de los individuos; que es toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de una pena, en un determinado momento histórico; que es la acción que amenaza al Estado, que ataca al poder social y que lesiona la tranquilidad pública, los derechos políticos, el culto, la moral o la legislación de cada país; es la conducta reprobada o rechazada con una amenaza de pena; es la violación de un derecho o deber; es violación o exposición a peligro de bienes jurídicos, pero ante todo es la ejecución de una

voluntad hostil a la sociedad, una acción intolerable desde el punto de vista ético y social ⁸.

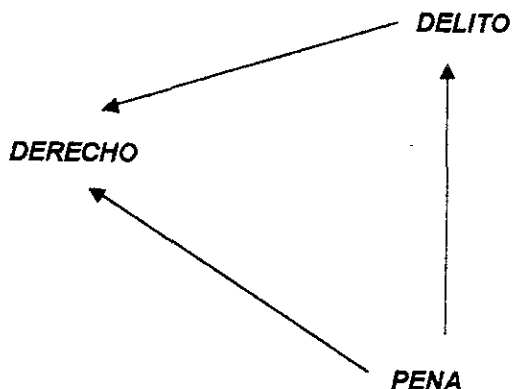
Personalmente consideramos que la conducta del hombre puede dividirse o clasificarse en varias maneras, pero en lo que aquí nos interesa mencionaremos que puede ser lícita o ilícita y que la conducta delictiva es la que mayor ilícitud contiene.

1.2. LAS PENAS.

Una vez afirmado que siempre han existido conductas delictivas, considerando que tal parece que son insuprimibles de la ley jurídica para la humanidad, se hace necesario reaccionar los buenos contra los violadores del derecho, siendo esto una característica implícita en la naturaleza humana, de modo que, es obvio que el derecho, en su función reguladora de la convivencia humana, debe proveer los mecanismos para evitar la comisión de delitos, pues ellos atentan contra la vida social, de tal manera que cuando se presentan deben encontrarse mecanismos que los repriman.

⁸ Apuntes tomados en la clase "Teoría de los Presupuestos y Elementos Típicos", impartida por el Lic Pedro Ugalde Segundo, dentro de la Maestría en Derecho de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Aragón", de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En ese sentido, el derecho penal tiene como principal función la salvaguarda de los bienes jurídicos de mayor valía, sobre la base del respeto a los derechos humanos, a fin de garantizar la sana convivencia de la sociedad, misma que se ve rota por el Delito. Así -según Hegel-, si el delito niega al Derecho, debe contarse con algo que niegue al delito, como la pena, que, a su vez, restaure el orden jurídico violado, lo que gráficamente podría ilustrarse de la siguiente manera:



Al igual que los delitos, también las ideas penales han evolucionado. De lo primero que se tiene noticia es de la etapa de la venganza privada, en la que el jus puniendi, esto es, el derecho de castigar, lo detentaban los propios particulares, quienes se hacían justicia por sí mismos bajo la fórmula del talión: “ojo por ojo y diente por diente”, lo mismo que me hiciste tú tengo el derecho de hacerte a tí, fórmula que en muchos casos derivó en “las composiciones”, arreglos que se hacían entre ofensor y ofendido, en los que éste se contentaba con alguna prestación por parte de aquél, a cambio de renunciar a su derecho de venganza, derecho que era individual y

que en ocasiones llegaba a convertirse en un derecho familiar o grupal.

Surgió después la etapa de la venganza divina, en la que el encargado de hacer justicia era el representante de Dios, ya sea un sacerdote, un brujo o cualquiera que se consideraba designado por la divinidad para cumplir con esa función, siendo representativo de esa época el código de Hammurabi, primer ordenamiento penal que se conoce, en el cual se aprecia al Dios Shamash entregándole la ley al rey Hammurabi, para que éste la aplicara (en el museo de la Moneda, en el centro histórico de la ciudad de México, se aprecia una réplica de este acontecimiento, esculpida en una piedra circular de aproximadamente 1.70 m. de diámetro). En esta época predominaron las ordalías y los juicios de Dios, en los que se equiparaba el delito al pecado y en los que se cometieron innumerables arbitrariedades, ya que no había reglas ni garantía alguna durante el "proceso" ni en la ejecución de la condena, se aplicaban torturas, las personas eran víctimas de vejaciones y no tenían ni la opción de la defensa, las penas eran crueles e inhumanas, predominaba la pena de muerte en muy diversas modalidades y en forma secundaria se aplicaban penas corporales, sin mayor finalidad que la de infringir dolor y sufrimiento.

Posteriormente, tenemos la etapa de la venganza pública, en la que los pensadores del iluminismo, como Rousseau y Voltaire, tratan de fundamentar la instauración del Estado, como ente superior, una de cuyas funciones es la administración de la justicia, lo cual hizo en base a la tortura, a la inquisición, al horror y a la

muerte, sobre los que cualquier cosa que se quisiera escribir sería poco, basta señalar que se ha llegado a pensar que el derecho penal ha costado más derramamiento de sangre que incluso la propia delincuencia, pues antiguamente predominaba la idea de que esta rama del derecho tenía la principal función de castigar, de reprimir los delitos, y se consideraba que la mejor manera de lograrlo era causando dolor a quien lo cometía.

Sobre las tres etapas anteriores, Francisco Carrara escribió un espléndido artículo, titulado "la Idea fundamental del derecho punitivo"⁹ en el que señala que desde siempre, la idea del derecho penal ha sido perjudicada, es decir, que ha perdido su verdadera esencia, en razón de tres principios a los que llama individual, al que relaciona con la etapa que mencionamos inicialmente, referente a la venganza privada; supersticioso, al que equipara con la etapa de la venganza divina; finalmente el despótico, que coincide con el de la venganza pública.

Indica que en el primero de esos principios se tuvo al derecho penal como un derecho individual, que tenía los defectos de que hacia cultivar el sentimiento de la venganza y tornaba a los hombres más salvajes y hostiles los unos para con los otros, al tiempo que daba apariencia de legitimidad a los odios y a los enconos, pervirtiendo así el sentido moral. Señala que el único poder que lograba apaciguar a los hombres fieros de los siglos primitivos era el de la religión, de manera que el derecho penal fue entendido de una

⁹ Cfr. "Derecho Penal", editorial Harla, biblioteca Clásicos de derecho, tomo III, México, 1997. pp 51-65

diversa manera, al considerarse que era una tontería ocuparse de venganzas privadas cuando había una ofensa más grave que vengar, que era el ultraje a la divinidad, pues se pensaba que el delito afectaba en principio a Dios y luego a los hombres, de modo que la pena se aplicaba no más para satisfacer al ofendido, sino para que el culpable expiase su pecado ante Dios; aquí los juicios se convirtieron en ceremonias religiosas y la superstición castigó severamente delitos imaginarios, como la magia, la hechicería, la idolatría, los sortilegios y las adivinaciones; la crueldad en los castigos no tuvo límites y como defecto se le señaló que confundía cosas que por su propia naturaleza son distintas, como es el caso de la teología y la jurisprudencia; menciona que bajo la vigencia de este principio el derecho penal se volvió bárbaro y se convirtió en una carnicería, porque el hombre se arrogaba la soberbia misión de vengar a la divinidad ofendida.

En el tercer principio inspiró al derecho penal una idea diferente, que era tener a las prohibiciones como fundamento de las puniciones, entendiéndose que con los delitos se ofendía a la majestad soberana; el defecto de este principio era que lesionaba el dogma de la igualdad y destruía todo respeto a la conciencia universal, siendo sus consecuencias que quienes reynaban encontraron en la justicia la facultad de oprimir a sus súbditos, conculcándoles todo derecho bajo la apariencia de tutelar el Derecho, ya que se cometía el grave error de suponer que los pueblos fueron hechos para los príncipes, y no los príncipes para el servicio de los pueblos.

Resumiendo, indica que esta triada de viciosos principios ocasionó que el derecho penal fuera mal entendido y pervertido durante mucho tiempo.

Todo lo anterior propició el surgimiento de la siguiente etapa, conocida como periodo humanitario, en la que son fundamentales las aportaciones de César Bonessana, Marqués de Beccaria y de John Howard ¹⁰, cuyas ideas se plasman en dos pequeños libros que transformaron el derecho penal a la sazón imperante, "El tratado de los delitos y las penas" y "Del estado de las prisiones en Inglaterra y Gales", respectivamente, pugnándose por adoptar el principio de legalidad, actualmente columna vertebral de los sistemas penales de los países civilizados.

De esa forma se desemboca en la etapa científica del derecho penal, en la que son importantes las escuelas clásica y positiva, así como otras corrientes eclécticas, siendo el principal representante de la primera Francisco Carrara, cuyos principales postulados eran el respeto absoluto al principio de legalidad, enunciado en la fórmula latina "nullum crime sine lege, nulla poena sine lege"; que el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico; que la pena solo puede aplicarse a los individuos moralmente responsables, excluyéndose de ella a quienes carecen de libre albedrío; siendo la pena esencialmente retributiva, pues no tiene ningún objetivo

¹⁰ Un resumen de sus vidas y sus aportaciones a nuestra materia, puede consultarse en el capítulo IV, "Las Penas Privativas de Libertad", del libro "Las consecuencias jurídicas del delito" de Gerardo Landrove Díaz, editado por Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, España, 3ª ed., pp. 43-56

ulterior que el pagar con un mal a quien previamente, con su delito, ocasionó un mal, pues el fin de la pena no era otro que restablecer el orden social externo que había sido quebrantado por aquél, por lo que la pena debía ser proporcional al delito cometido y al daño causado, sin tomar para nada en cuenta a la persona, ya que debía tener las características de ser afflictiva, ejemplar y determinada.

Con posterioridad surgió la escuela positiva, cuyos principales representantes, conocidos como los tres evangelistas del derecho penal, son César Lombroso ¹¹, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, con los cuales iniciaron los estudios sistematizados en esta rama del Derecho, siendo también cuando se comienza a hablar de los fines que debe tener la pena, que se agrupan fundamentalmente en dos teorías, a saber:

Por una parte, las absolutas, en las que la única finalidad de la pena era retribuir el mal causado con el delito, sin ningún objetivo ulterior, es decir, únicamente se pagaba el mal con el mal.

Por otro lado las teorías relativas, que indican que la pena no puede ser mera retribución, sino que debe servir fundamentalmente para prevenir la comisión de nuevos delitos y para evitar que el sujeto vuelva a delinquir, lo que constituye la prevención, en sus aspectos general y especial; el principio de legalidad tiene un reconocimiento solo relativo, pues se plantea la posibilidad de

¹¹ Su vida es sumamente interesante y se puede consultar en el libro "Vida de Lombroso", escrito por su hija Gina Lombroso de Ferrero, ediciones Botas. Mexico, 1940

imponer medidas de seguridad aún ex ante, esto es, aún sin la comisión de un delito, como mera medida de prevención, precisamente para evitarlo; entendían también que el delito no era un ente jurídico, antes bien, era algo real, un hecho de la naturaleza; pugnaron por una responsabilidad social, ya que afirmaban que el hombre es responsable por el mero hecho de vivir en sociedad, por lo que no aceptaba la responsabilidad moral de los clásicos; negaban el libre albedrío, pues pensaban que existía un determinismo o predisposición para delinquir, ya que para ellos el delito era la resultante de una conjunción de factores: físicos y sociales, y que la reunión de esas circunstancias era lo que llevaba al hombre a delinquir; en cuanto a la pena, pensaban que debía tener la finalidad de educar y readaptar al delincuente, olvidándose del mero castigar por castigar, con la finalidad de combatir la criminalidad como fenómeno social que es; indicaban que la sanción debería ser proporcional sobre todo a la peligrosidad del delincuente y que por lo tanto debía ser indeterminada.

Es así como surge la prisión (no es este el tema del presente trabajo; hablar de ella implicaría una tesis en si misma ¹², por lo que únicamente nos limitaremos a mencionar aspectos muy generales), tratando de frenar el uso excesivo de las penas corporales y de la pena de muerte, que era lo que normalmente se aplicaba, pues

¹² Mucho se ha escrito sobre este tema, pero consideramos que dos de los libros que reflejan la mayoría de los problemas que en esta institución se presentan, son el "Derecho Penitenciario", de Luis Marco del Pont, de la editorial Cárdenas, México, 1984, y "La pena de Prisión (propuestas para sustituirla o abolirla)", de Dolores Eugenia Fernández Muñoz, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1993

para eso se comprendió que la libertad es un muy alto valor de las personas, y al respecto cabe mencionar que en la obra cumbre de la literatura hispana, cuando Sancho Panza va a gobernar una ínsula y le pide consejo a don Quijote sobre cómo hacerlo, en el tema que nos ocupa, éste le dice: "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos, con ella no pueden igualarse los tesoros que la tierra encierra o el mar encubre, por la libertad, así como por la honra, se puede y se debe aventurar la vida y, por el contrario, el cautiverio es uno de los mayores males que le puede sobrevenir al hombre"; igualmente, Dante, en "La divina comedia", indica que a la entrada del Infierno había una inscripción, que decía: "Perded toda esperanza los que aquí entréis", parecida a la que figuraba en una cárcel mexicana que existió antes de Lecumberri, conocida como la cárcel de Belén, en cuyo pórtico había un cartel que rezaba: "La entrada está en tus manos, la salida en las de Dios", todo lo cual refleja lo importante que es la libertad, incluso, de manera figurada, se ha llegado a mencionar que un día preso vale tanto como mil años libre, y a manera de consuelo se menciona que sólo está preso el cuerpo, pero no el alma, así Richard Lovelace poéticamente expresa:

"No fabrican prisión muros de piedra
 ni un enrejado jaula
 voluntad inocente y sosegada hace en ella santuarios
 si tengo libre el alma y soy libre de amar
 ¡solo el ángel que vuela a gran altura goza de igual libertad!"

lo cual, aunque es agradable, no deja de ser meramente poético o filosófico, pues la realidad es que la privación de libertad si implica gran sufrimiento, tanto que...

**“Las cárceles están hechas con los ladrillos de la infamia
y aseguradas con los barrotes de la injusticia,
para evitar que Cristo pueda ver
como tratan los hombres a sus hermanos”.**

A manera de concepto podemos señalar que, de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal para el Distrito Federal, la prisión es una pena que consiste en la privación de la libertad corporal, cuya duración es de 3 días a 40 años, y solamente en casos excepcionales su duración podrá ser hasta 50 años (en el fuero federal puede llegar a ser hasta de 60 años); asimismo, al tenor del artículo 18 constitucional, el fin de dicha pena es la readaptación social de la persona, con base en la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo. La prisión puede ser de dos clases, de acuerdo con el mismo numeral: preventiva y ejecutiva, siendo la primera la que se impone a sujetos aún no declarados culpables en sentencia ejecutoriada, y la segunda precisamente la que se sufre como consecuencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada, debiendo tener verificativo la primera en los llamados reclusorios preventivos, mientras que la segunda se lleva a cabo en las denominadas penitenciarias.

Las cárceles son los lugares donde tiene verificativo la pena de prisión, esto es, no son sinónimos, aquélla es el inmueble o lugar y ésta es la pena.

Como un hecho las cárceles son antiguas, aunque no tenían el sentido propiamente penal que hoy tienen, y servían meramente como lugar de custodia, en tanto se procesaba y se juzgaba a la persona, a la que se le imponía normalmente una pena corporal o la de muerte. Así, en el Digesto, Ulpiano afirmaba: "carceris ar at continendos homines, et not at puniendos aberi debent"; en una segunda época dentro de su evolución, surgiéron las casas de trabajo, fundamentalmente en Holanda y Alemania, donde se recluían a jóvenes incorregibles o a gente de vida ociosa y disoluta, para enseñarles un oficio, y esas casas de trabajo fueron la madre que parió diversos hijos, como las cárceles, los hospitales y los manicomios ¹³.

La pena de prisión como la entendemos hoy en día, surge simultáneamente con los sistemas penitenciarios, cuando a la detención de las personas ya se les daba un objetivo o una finalidad, siendo de esos sistemas los que más han trascendido, el celular, que consistía en aislamiento absoluto en celdas individuales, al que Ferri calificó como "una de las peores aberraciones del siglo XIX", por el gran número de suicidios y de enfermedades mentales que propició; otro sistema fue el de Auburn, conocido como sistema de silencio, que consistía en aislamiento absoluto nocturno y trabajo en común durante el día, pero con el régimen de silencio inquebrantable; siguieron los

¹³ Manifestación del doctor Massimo Pavarini, al impartir la cátedra "Crisis de la Pena y Nuevas Estrategias de Control Social", en el Diplomado Internacional en Pena, Prisión y Ejecución Penal, celebrado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, durante el año 1990

sistemas progresivos, que han tenido diferentes modalidades, dependiendo de quien los ponga en práctica, componiéndose de etapas diversas, cada una de las cuales va acercando al interno paulatinamente a la libertad.

En nuestro orden jurídico el sistema que se sigue, de acuerdo con el artículo 7o. de la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, es el sistema progresivo técnico, que consta de periodos de estudio y diagnóstico y tratamiento, dividido este último en tratamiento en clasificación y en tratamiento preliberacional, fundado en estudios de personalidad practicados al sujeto.

Es oportuno señalar que se ha dado un uso indiscriminado a la pena de prisión, a grado tal que casi todos los delitos se sancionan con esta pena, lo que tiene algo de absurdo, pues sería como tratar de curar con una sola medicina todas las enfermedades, habiéndose llegado a decir que estamos no ante el uso, sino ante el abuso de la pena de prisión, y que el derecho penal está enfermo de pena de prisión. Al respecto cabe señalar que actualmente (marzo de 1999), en el Reclusorio Norte, que tiene capacidad para 1250 personas, en la realidad alberga más de 7000, es decir, tiene un exceso con el que casi se podrían llenar otros cinco Reclusorios.

En esas condiciones, es lógico que la prisión haya recibido tantas críticas, en especial la prisión preventiva, pues como decía Concepción Arenal, penitenciarista española, "Imponer a un hombre una pena grande, una mancha en su honra, como es la de haber

estado preso, y con la posibilidad de ser inocente, es cosa que dista mucho de ser justicia”¹⁴, y es importante recordar que la mayoría de la población penitenciaria de todos los países se integra precisamente con los procesados, los presos sin condena que, consecuentemente, están sufriendo una pena anticipada.

Desde luego, la prisión ejecutiva o la prisión propiamente dicha también ha sido muy acusada, ya que se ha dicho que “... no obtiene los fines de rehabilitación o de readaptación social que pregona...; que no disminuye la reincidencia...; que provoca aislamiento social...; que es un factor criminógeno...; que provoca perturbaciones psicológicas y enfermedades físicas...; que su duración es arbitraria y anticientífica...; que es una Institución muy costosa; que es clasista y que afecta a la familia...; que es utilizada como control de opositores políticos...; que provoca el proceso de prisionalización y que es estigmatizante...; que es la más absurda de todas las penas, ya que la disposición anímica a lo ilegal o antisocial se agudiza...; que la historia de las prisiones es la historia del sadismo colectivo, de la cólera, de la venganza de la sociedad sobre el hombre delincuente, disidente o inconforme...; que el sistema de prisiones es anticuado e ineficaz, pues no reforma al criminal ni protege a la sociedad...; que el presidio constituye un fenómeno paradójico y sin ningún sentido, ya que para hacer sociales a los antisociales se les disocia de la comunidad cívica y se les asocia con otros antisociales...; que la prisión es antinatural, pues cualquiera que sea su organización siempre supone cierto automatismo y simplificación de la vida que hace inevitables ciertas

¹⁴ Citada por Marco del Pont. L. Op. cit. p 78

consecuencias deplorables...; que al sujeto que antes tenía familia y amigos se les separa de ellos, se le hace olvidar su medio habitual, se le da forzada compañía de sujetos o se le somete a sistemas opresivos...; que la reforma más práctica sería tener a la gente fuera de la cárcel y que la prisión sigue siendo la flor negra de la civilización.”¹⁵

Es fácil deducir que si todas las críticas que se han hecho a esta Institución tuvieran fuerza material, de ella no quedaría ya piedra sobre piedra, como sucedió en la revolución francesa, donde el pueblo derribó la Bastilla, por que la consideraba signo de opresión.

Sin embargo, no hay que ser duros solamente con la prisión, ya que no es más que un reflejo de la crisis de valores que hay en la sociedad en general, además de que no se le ha brindado el apoyo necesario para cumplir con su cometido, pues siempre los presos han sido olvidados, se les considera como los más pobres entre los pobres, independientemente de que en el manejo que se ha hecho de la prisión ha habido grandes errores que no la han dejado crecer, como el haber hecho uso muchas veces de personal militar; terminar con la obra que se llevó a cabo en la primera cárcel de Almoloya, que era de régimen abierto y con nula reincidencia, como no concluir con un proyecto de cuatro reclusorios tipo para el Distrito Federal, uno por cada punto cardinal; como haber cerrado el centro médico de los reclusorios, que en su momento había sido orgullo de la política penitenciaria nacional; como haber clausurado

¹⁵ Idem. pp 656-670

el Instituto Nacional de Ciencias Penales; hoy felizmente reabierto, que tanto colaboraba en la formación y capacitación de personal; así como la creación de centros federales de readaptación social de alta seguridad, que si bien responden a una necesidad real, no por ello dejan de ser contrarios a los lineamientos que en esta materia fija el artículo 18 constitucional.

Cuando las penas de prisión a imponer son cortas, se ha establecido que, más que beneficiar, perjudican, pues no permiten un adecuado tratamiento y, por el contrario, facilitan la contaminación de las personas, al ponerlas en contacto con delinquentes avezados, y es por ello que ha surgido la necesidad de sustituirlas, con la finalidad de no tener esos malos efectos y si permitir que la persona no pierda su familia, su trabajo o sus estudios, y pueda saldar la deuda que tenga con la sociedad de una manera diferente que no implique su encierro, lo que además beneficia en el sentido de que no tendrá que ser mantenido a costa del Estado.

Los sustitutivos penales o alternativas a la prisión son creación de Enrique Ferri, y al evolucionar en la doctrina, entre ellos se ha considerado todo lo que no es prisión, incluyendo las penas corporales y la de muerte, la amonestación, el apercibimiento, el destierro, la confiscación, la multa, la reparación del daño, la restricción o la privación de derechos, el confinamiento, el trabajo comunitario, la clausura del establecimiento, el perdón, las medidas terapéuticas y educativas, la amnistía, el indulto o el reconocimiento de inocencia, los arrestos de fin de semana, nocturnos y

domiciliarios, así como otras medidas que no están contempladas en nuestra legislación y que sería pertinente estudiar su conveniencia, como la probation, que implica la suspensión en el dictado de la sentencia, tomando en cuenta el buen comportamiento del sujeto con posterioridad al delito cometido, la parolé, que en Francés significa palabra de honor, con efectos parecidos a la libertad bajo protesta regulada por nuestra ley penal, la reparación simbólica, una especie de acuerdo o conciliación entre las partes, los arrestos vacacionales, que serían otra modalidad para el cumplimiento del tratamiento en semilibertad, y con base en los adelantos de la tecnología el monitoreo electrónico, que permite la ubicación y localización de la persona en cualquier momento.

Aunque se ha criticado a los sustitutivos, argumentando que son alternativas de la alternativa, puesto que la pena de prisión surgió fundamentalmente sustituyendo a la pena de muerte y a las corporales, eso en realidad refleja solamente que la ciencia penal no se ha detenido y que continúa avanzando, tratando de perfeccionarse día a día.

Para finalizar igual que en el punto anterior, en el que se señalaron algunos conceptos de delito, aquí habremos de enunciar algunos conceptos de pena, palabra que proviene de la voz latina *poena*, que denota el dolor físico y moral que se impone al transgresor de una ley; en la India la pena se definía como la rectora del género humano; para Platón, era la medicina del alma, para Aristóteles, simplemente significaba dolor; según Francisco Carrara, la pena es aquel mal que, de conformidad con la ley del

Estado, infligen los magistrados a aquéllos que, con las debidas formalidades, son reconocidos culpables de un delito; para Guiseppe Maggiore, la pena es un mal conminado o infligido al reo, dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito, para reintegrar el orden jurídico injuriado; para Eugenio Cuello Calón, se trata de una restricción o privación de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal; la pena es una sanción jurídica que se impone al declarado culpable de delito, en sentencia firme, y que tiene la particularidad de vulnerar de la manera más violenta los bienes de la vida. Dentro del Derecho la sanción que más daña a quien la sufre, es la pena; se le considera como justa retribución del mal del delito, proporcionada a la culpabilidad del reo, con la idea de que cuando se habla de retribución se exige que al mal del delito sobrevenga la aflicción de la pena, para la integración del orden jurídico ¹⁶.

1.3. PROCEDIMIENTOS.

Toda vez que siempre han existido los delitos y la correspondiente imposición de las penas, es obvio que deberá haber alguna manera para determinar cuándo se cometieron aquéllos y se haga necesaria la imposición de éstas. Así, todos los países del planeta tienden a establecer en su legislación un sistema o un conjunto de reglas para enjuiciar o procesar a las personas

¹⁶Cfr. Díaz de León, M. A. "Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal", T. II, México, Editorial Porrúa, 1986 pp. 1262-1289

inculpadas, consistiendo siempre en un conjunto concatenado o una secuencia ordenada de normas que rigen los pasos o fijan la tramitación que ha de observarse para decidir si se ha cometido el delito, si la persona encausada es responsable de él y qué pena es la que debe aplicarse, o bien, determinar si se le debe absolver.

En este orden de ideas, siempre se ha señalado que el derecho penal es la esencia, sustantivo o de fondo, en tanto que el derecho procesal se ha entendido como accesorio, adjetivo o de forma. Al respecto consideramos que si bien el derecho penal es autónomo, en cuanto a que establece qué conductas serán consideradas delictivas, asignándoles las penas que les corresponda, de modo que determina hechos punibles y se funda en el delito; por su parte creemos que el derecho procesal penal es accesorio, puesto que le sirve al derecho penal, como las venas a través de las cuales su sangre circula, habiéndose ilustrado lo anterior mencionando que el derecho penal es como si fuera un león de fiera apariencia, con las fauces abiertas y con las garras en actitud de dar el zarpazo, pero es estático, como si solamente estuviera pintado en la pared, sin vida, sin movimiento propio, de modo que a todos los que lo observan no les causa ningún temor, pues saben de su inmovilidad, pero es mediante el derecho procesal que ese león deja de ser un mero dibujo y es como si de pronto cobrara vida y se pudiera mover, acontecimiento ante el cual todos los pasivos observadores se verían atemorizados y hasta aterrorizados, porque en ese supuesto sí habría la posibilidad real de quedar atrapado entre sus garras.

Por lo que podemos concluir que no obstante que solamente sea adjetivo y de forma, puesto que solo determina los pasos que se deben dar para poder llegar a dictar una sentencia y que no requiere del delito, sino que le basta una apariencia de delito para entrar en movimiento, a pesar de todo ello es una disciplina que tiene vida independiente, baste mencionar que en las facultades de derecho existen cursos específicos sobre esta materia y hay textos jurídicos dedicados exclusivamente a él, además de que, de entre los profesionistas de esta área del Derecho, perfectamente podemos distinguir a los penalistas de los procesalistas.

En ese tenor, la función o sentido de la norma procesal es dar vida o hacer posible la aplicación de la norma sustantiva y en este punto nos interesa señalar que a lo largo de la historia han existido fundamentalmente tres sistemas de procesamiento.

El primero de ellos es el acusatorio, del cual como principal característica tenemos que existe una perfecta diferenciación o independencia entre los órganos de acusación, defensa y juzgamiento, sin que sea permitido que en ninguna persona o Institución se reúnan dos o más de estas funciones; también se ha considerado, como otra de sus notas distintivas, que existe un amplio derecho para ofrecer pruebas, las cuales no están restringidas ni limitadas de ninguna manera, quedando su valoración al libre criterio del juez.

Dentro de este sistema acusatorio privan los principios de la moralidad y de la publicidad; hay estatismo del juez, en cuanto a

que no realiza ninguna actividad tendiente al conocimiento de los hechos, puesto que su actividad se limita a emitir actos de decisión o de juzgamiento; por lo general se designa un juez durante la instrucción o el sumario, que es la parte donde se desahogan las pruebas, y hay otro juez que es el que resuelve, o sea, el sentenciador, que es el que se ocupa de la parte llamada plenario, que es la actividad propiamente de juicio; normalmente los procesos son inapelables o uniinstanciales; prevalece el interés particular del acusado ante el general, y se considera al justiciable como sujeto del proceso.

Un segundo sistema es el inquisitivo, en el que no hay independencia ni diferencia entre las funciones procesales, en el que si se podían reunir facultades o atribuciones en una misma persona, pues, a manera de ejemplo, quien funge como acusador puede ser al mismo tiempo el juzgador; el tipo de pruebas y su valoración se fijaba de antemano.

Los principios que lo rigen son el de la escritura y el del secreto; el juez realiza un papel activo, buscando pruebas, participando en su desahogo y en general realizando actos de parte, independientemente de los de decisión que desde luego le corresponden; existe multiplicidad de recursos; prevalece el interés social sobre el personal; la persona no es sujeto, sino objeto de procesamiento.

Los dos mencionados son los principales sistemas de procesamiento, y se ha dicho que existe un tercero que es el mixto,

y aunque muchos lo hacen consistir meramente en una simple mezcla o mazacote de los dos anteriores, se considera que es una idea equivocada, ya que lo que en realidad sucede es que durante el sumario rige normalmente el acusatorio y en el plenario el inquisitivo.

No se puede afirmar que exista un sistema mixto de procesamiento, pues dependerá de la sistemática que cada código siga al respecto, debiendo señalarse que la elección de uno u otro va en congruencia con el régimen de gobierno que cada país adopte, ya que por lo regular en los sistemas democráticos se siguen procesos del tipo acusatorio, mientras que en los regímenes monárquicos tradicionalmente los procesos son de carácter inquisitivo.

En nuestro país, consideramos que la etapa de averiguación previa que, por imperativo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde ejecutarla única y exclusivamente al Ministerio Público, en sus funciones de investigación y persecución de los delitos, es fundamentalmente de tipo inquisitivo, en tanto que, una vez ejercida la acción penal ante la autoridad judicial, que es a quien compete la imposición de las penas o la facultad de declarar el derecho a los casos concretos, según lo establece el propio numeral, se torna acusatorio.

CAPITULO II

LA DOGMÁTICA

2.1. CONCEPTO.

Al final de la Introducción dijimos que por dogmática entendemos la reformulación coherente de la ley, a partir de la ley misma.

Pero permítasenos explicar esa expresión, y para ello es necesario comenzar por el principio. Es bien sabido que para que exista una adecuada comunicación se debe contar con un emisor, un mensaje y un receptor, el cual debe captar no una idea distorsionada de lo que aquél pretendía, sino que debe representarse exactamente el objeto que se deseaba, es decir, el significado debe coincidir con el significante. Por ejemplo: cuando alguien se refiere a una cebra, quien lo escucha sabe que se trata de un animal, y más concretamente de un equino, de un caballo que tiene un pelaje que se compone de franjas negras y blancas, o bien, si discutimos respecto de un escritorio, de inmediato nos representamos un mueble, pero sabemos también que se trata de una mesa que además tiene cajones y así sucesivamente.

El hecho es que la palabra debe tener la aptitud, la virtud o el efecto de ser eficaz, idónea, adecuada para que el oyente se forme una idea fiel de lo que aquélla quiso describir, debiendo ser, valga la comparación, como un espejo, que refleja la imagen que se le pone en frente, o como una fotografía, que reproducirá el paisaje o el rostro que capte la cámara, tal cual es, sin restarle ni aumentarle nada, sin distorsionar ningún detalle, pues de no ser así no se cumpliría la finalidad o la misión de la comunicación, y parecería que no estuviéramos en el plano de la realidad, sino en un parque de diversiones, en la llamada "casa de los espejos", en la que éstos no son planos, sino cóncavos o convexos, de modo que las imágenes que proyectan no corresponden a las reales, sino que, antes bien, son tan grotescas o exageradas que provocan, incluso, la hilaridad de quienes asisten a ellas.

En ese orden de ideas, cuando la palabra no alcanza su objetivo, es inútil, y si cambiara el significado de las cosas hasta podría llevar a confusiones, como sucedió en la torre de Babel ¹⁷; a mayor abundamiento, en un mismo idioma una palabra puede tener distintos significados, tan es así que basta recordar la existencia de los sinónimos y también podemos mencionar que cada voz debe designar una sola cosa, para evitar los homónimos.

Podríamos mencionar algunas otras cosas más al respecto, pero nuestra tarea no es escribir sobre lingüística, ya que lo único que queremos resaltar es la importancia que tiene la palabra.

¹⁷ La historia puede leerse en La Biblia Génesis, cap. 11: 1-9

Pues bien, sucede que cuando escuchamos hablar de la dogmática jurídico-penal, quizá no captamos 100% qué es lo que se pretende dar a entender con esa frase, misma que nos parece elegante, atractiva, interesante, pero no nos es suficiente para formarnos una idea o concepto de lo que se quiere representar con ella.

Por principio de cuentas, debe señalarse que, jurídicamente hablando, lo dogmático tiene un sentido diferente al que tiene en el lenguaje común. En efecto, normalmente por dogma entendemos una verdad absoluta no comprobada científicamente, teniendo como ejemplo clásico de ello la existencia de Dios, tema en el que la gran mayoría de la gente -como el que esto escribe- cree que en verdad hay un Dios, creador, preservador y gobernador de todas las cosas, aunque jamás lo hayamos visto, oído o tocado físicamente, ni nos sea posible demostrar su existencia a quien no crea en él; sin embargo, simplemente lo creemos por fe, con una convicción fuera de toda duda, con certeza absoluta: en general, en nuestra opinión, todo lo relacionado con la religión, independientemente del credo que profesemos, es cuestión absolutamente dogmática.

En ese orden de ideas, llamarse dogmático podría considerarse como ofensivo o peyorativo, pues casi equivale a necedad, a simplemente aferrarse a algo indemostrable. No obstante lo anterior, en el plano en que lo vamos a estudiar, la dogmática jurídico-penal debe ser entendida como la tendencia que estudia al derecho penal vigente de manera sistemática y deductiva, es decir, es un método a través del cual se estudia la normatividad, se le

analiza, se le entiende y se comprende, para posteriormente poder establecer, en base a ese estudio previo pormenorizado de la ley, en este caso la penal, qué debemos entender por delito, de qué características y elementos se compone, cuándo se integra y cuándo no se configura y, en su caso, cuándo debe aplicarse una pena, con qué finalidad y de qué manera se va a ejecutar.

A manera de ejemplo, si queremos conocer cuáles son los elementos positivos de un delito, resulta imprescindible analizar el contenido del artículo 15 del código penal que, bajo el rubro "causas de exclusión del delito", regula los supuestos en que éste no se integra, de modo que si procedemos a contrario sensu, en forma inversa, podremos encontrar los elementos positivos necesarios para su configuración.

Pero, retomando nuestra idea principal, es digno de mención el hecho de que no todos los juristas alcanzamos a comprender lo que es la dogmática jurídico-penal, y creemos que esto constituye una deficiencia grave, pues lo mínimo que deberíamos saber es en qué consiste, pero sobre todo consideramos que lo más importante es que no basta conocerla, sino que debemos introyectarla, hacerla nuestra, a tal grado que podamos manejarla e incluso dominarla a la perfección, al dedillo.

Es lo mismo que sucede cuando contraemos matrimonio, en el que necesariamente debemos conocer a la persona que será nuestra pareja, pero no hablamos de un conocimiento superficial, sino que debe haber una relación estrecha entre ambos cónyuges,

para verdaderamente conocerse en cuanto al carácter, sentimientos, ideales, situación económica, etc. y nos atrevemos a comparar un aspecto de nuestra vida profesional, como es el conocimiento de la dogmática que venimos tratando, como el matrimonio, porque son dos de las decisiones fundamentales del ser humano, pues en torno a ambas girará el resto de la vida de la persona y, por tanto, consideramos que es una obligación poner la mayor atención y dedicación a esos aspectos, de modo que, por cuanto se refiere al terreno profesional, debemos profundizar en el estudio del objeto de conocimiento de nuestra disciplina, o sea, en el Derecho, que es el objeto de estudio de la ciencia jurídica, so pena de resultar profesionistas mediocres.

Así, todos los temas de nuestra materia deben estar bajo nuestro dominio, al igual que para conducir adecuadamente un automóvil debemos tener dominado no solamente el volante, sino que también debemos atender los espejos retrovisores, coordinar los pedales, la palanca de velocidades, etc., porque de lo contrario o no avanzaríamos o chocaríamos.

Entonces, para hablar de la dogmática es necesario saber a qué nos vamos a referir, y en ese sentido es pertinente dejar señalado que por ella entenderemos "...la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal"¹⁸, es decir, la dogmática explicada llanamente es

¹⁸ Roxin, C. "Política Criminal y Estructura del Delito", trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hornazábal Maláree, PPU, Barcelona, 1992, p. 35.

aquel método de estudio empleado en la ciencia jurídico penal, consistente en que partiendo de la base de que existe un ordenamiento legal vigente, se le analiza sistemáticamente para, en base a él, establecer cuáles son los elementos o características de que consta un delito, ordenamiento legal que nos permite extraer de sus disposiciones, si bien no plasmadas de una manera literal, si incitas en su texto, toda la estructura de que se va a componer el sistema penal que se adopte; es una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito a la vista de la regulación que aquél efectúa de este, y en ese sentido coincidimos con el doctor Carlos Daza, en cuanto a que por ser la finalidad de la teoría del delito analizar la naturaleza de las características comunes que debe tener cualquier ilícito para poder ser considerado como delito, sirve como conjunto de todos los presupuestos de la punibilidad, ya que une el mundo de los hechos con el del derecho, por lo que es esta teoría la expresión más elevada de la dogmática jurídico penal ¹⁹.

2.2. EVOLUCIÓN.

Antes dijimos que el delito es un ente mutante, puesto que presenta características diferentes, dependiendo del lugar y de la época de que se trate, incluso podríamos hablar de delitos "geográficos", que son los que en algún lugar tienen carácter de delito, mientras que en otra zona esa misma conducta no es

¹⁹ "Teoría General del Delito", editorial Cárdenas, 2ª ed México, 1998, p. XIV

considerada así, o bien, en algún lugar durante cierto tiempo alguna conducta será constitutiva de delito y posteriormente puede dejar de serlo, o a la inversa, puede ser que algún hecho que previamente no revestía ese carácter lo tenga a partir de cierta fecha.

De igual manera, la dogmática jurídico-penal ha evolucionado, siendo lógico considerar que la concepción moderna del delito no es igual a la que antes existía. Desde ese punto de vista, dejando atrás las épocas bárbaras o salvajes del derecho penal, en este punto analizaremos la evolución que han sufrido los estudios dogmáticos en la materia, que fundamentalmente pueden dividirse en dos sistemas sumamente importantes: el causalismo y el finalismo, aunque no debe pasarse por alto que dentro del propio causalismo existieron dos vertientes, siendo la primera de ellas el llamado causalismo natural, también conocido como sistema clásico, y el segundo es el causalismo valorativo, llamado también sistema neoclásico o teleológico.

Debe mencionarse que en países europeos actualmente se encuentra en boga un diverso sistema al que se ha bautizado como funcionalismo, que también tiene dos vertientes, la radical y la moderada, debiendo aclararse que este último sistema no será motivo de análisis en el presente trabajo, en razón de que por el momento no es aplicable a nuestra realidad, independientemente de que la bibliografía al respecto es sumamente escasa, pues prácticamente solo se cuenta con los textos de sus más importantes exponentes: Gunther Jakobs y Claus Roxin, de manera que nos

ocuparemos únicamente de los sistemas causalista y finalista, esquematizados de la siguiente manera:

DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA DEL DELITO	}	<p>1. Sistema Causalista</p> <p>a) Sistema clásico (De 1881 a 1915) Exponentes: Franz Von Liszt, Beling, Radbruch.</p> <p>b) Sistema Neoclásico o Teleológico (1907 a 1935/40). Exponentes: Frank, Goldschmidt, Mayer, Hegler, Freudenthal, Mezger.</p> <p>2. Sistema finalista (de 1935 en adelante). Precursores: Von Weber y Graf Zu Dohna. Exponentes: H. Weizel (creador). Armin Kaufman, Stratenwerth, Maurach, Niese, Jescheck, etc.</p>
--	---	---

En cuanto al sistema clásico, lo primero que debe recalcarse es que no es el mismo que la escuela clásica, antes señalada, pues aquélla se refería al derecho penal en general y estuvo vigente antes de la escuela positiva, que predominó durante la segunda mitad del siglo pasado, mientras que este sistema se ocupa única y exclusivamente del delito y su vigencia, como se aprecia en el cuadro anterior es a finales del siglo XIX y principios del XX, independientemente de que los representantes de una y otra son diferentes, pues entre los de aquella escuela, además de Francisco Carrara, tenemos a Giandoménico Romagnosi, Federico Hegel, Pellegrino Rossi, Manuel Kant, Pablo Juan Anselmo Von

Feuerbach, Carlos David Augusto Roeder y Giovanni Carmignani, y en el sistema que estudiamos, aparte de Gustavo Radbruch, sus principalísimos representantes son Franz Von Liszt y Ernesto Beling.

En 1871 se expidió un Código Penal alemán, y en base a ese ordenamiento, esto es, dogmáticamente, Franz Von Liszt comenzó a estudiarlo, pretendiendo encontrar qué debía contener un delito. Partió de un precepto que se contenía en ese código, equivalente a nuestro actual artículo 7º, que indicaba que el delito era la acción humana sancionada por las leyes penales, estableciendo consecuentemente que antes que cualquier cosa el delito era una conducta humana, de tal manera que era de fundamental importancia comprender lo que era la conducta y de esa manera comenzó a buscar qué características debía tener o de qué elementos se componía, encontrando que revestía dos aspectos: uno interno y otro externo, el primero de los cuales comprendía las intenciones o motivaciones del sujeto para actuar en tal o cual sentido, mientras que el segundo era propiamente la acción, entendida como realización de movimientos para dar inicio al proceso causal, definiendo a la conducta como la acción o movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, recalcando que al concepto de conducta lo único que le interesaba era ese segundo aspecto, puesto que el primero (las intenciones o motivaciones) se analizarían posteriormente, en otro nivel dentro de la concepción del delito que planteaba.

A su definición de conducta se le criticó que la equiparaba a un simple fenómeno de la naturaleza, olvidándose precisamente de

que en los actos delictivos intervienen los hombres, y para corregir esa crítica introdujo a su concepto un elemento adicional que fue la voluntad, quedando entonces su definición de conducta indicando que era el movimiento corporal voluntario que producía un cambio en el mundo exterior, insistiendo en que la voluntad tenía dos funciones, que era el de ser desencadenante del proceso causal, y en ese sentido hablaba de una relación entre la voluntad y el resultado, diciendo que esto era lo único que importaba al nivel de la conducta, porque adelantó que la voluntad también cumplía la función de ser el factor de dirección de la conducta, aunque argumentaba que esto se analizaría en otro nivel, siendo así que puede observarse que su concepto de acción, que es un concepto causal o naturalístico, es un concepto "ciego" o "mecánico", en cuanto a que si el derecho regula la conducta, bajo esta perspectiva el objeto de regulación de las normas, es decir, lo que las normas prohibían u ordenaban, no eran más que meros procesos causales.

Es importante señalar que para Liszt, la conducta solo se estructura de elementos objetivos, por lo que el dolo no formaba parte de la conducta, lo que explica porque desde hace más de cien años el dolo, a diferencia de lo que sucede actualmente, se estudiaba en el nivel de la culpabilidad.

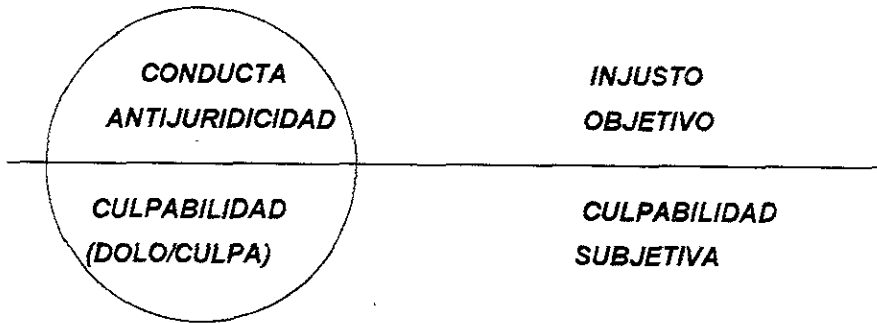
Partiendo de ese concepto de conducta comenzó a preguntarse qué se requería para que esa conducta fuera punible, y de esa manera comenzó a clasificar a las acciones, pues en aquél entonces estaba de moda en las ciencias naturales, que desde luego influyeron en el derecho, el método clasificatorio, puesto que

se clasificaba por ejemplo a los animales en vertebrados, invertebrados, mamíferos, reptiles, etc., y a las plantas en criptógamas, fanerógamas, etc. llevando ese método de clasificaciones a lo jurídico, señaló que solamente se podía hablar de dos clases de conductas: las que eran de acuerdo al Derecho y las que eran contrarias al Derecho, indicando que las primeras nunca y bajo ningún concepto podrían ser delictivas, precisamente porque estaban de acuerdo con el Derecho, mientras que las segundas, a las que llamó antijurídicas, serían las únicas que en todo caso podrían llegar a constituir delito, encontrando así una característica adicional a la conducta indispensable en su estructura del delito, mencionando entonces que además de la relación entre la voluntad y la conducta que ya mencionamos, debía haber otra relación de la conducta con el orden normativo, en cuanto a que debía haber una relación de contradicción entre ambas cosas, llamando a esta relación antijuridicidad, a la que entendía de manera formal, como la contradicción de la conducta con el orden jurídico.

Este autor afirmaba que no era suficiente que una conducta fuera considerada antijurídica para afirmar que era delictiva, pues para ello era necesario encontrar otra característica que la tornara así, de manera que había que encontrar la forma de atribuir esa conducta antijurídica a un sujeto, para poder decir que él era el responsable de ella, y en este punto es importante recordar que cuando se hablaba de la conducta se dijo que tenía una parte interna, que consistía en las intenciones o en las motivaciones que habían llevado al sujeto a actuar de esa manera, pero también se

dijo que ese aspecto de la conducta no le interesó a Liszt en el nivel de la conducta, pero es el caso de que, después de haber afirmado la antijuridicidad retomó ese primer aspecto de la conducta para encontrar la otra característica que necesitaba para afirmar el delito, característica que fue la culpabilidad, a la que hizo consistir en la relación, liga o nexo que había entre el sujeto y el resultado de su hecho, afirmando esa relación en cuanto pudiera afirmar que aquél había obrado ya sea dolosa o culposamente, pues esa forma de actuar permitía atribuirle el resultado al sujeto, siendo sencillo observar que el concepto de la culpabilidad lo llenaba con un aspecto subjetivo, como era la existencia del dolo o de la culpa, por lo que se conoce a esta concepción de la culpabilidad como teoría psicológica.

En resumen, para este autor el delito se estructuraba de dos partes perfectamente diferenciables, una de ellas llamada injusto, que comprendía a la conducta y a la antijuridicidad, las cuales constaban exclusivamente de aspectos objetivos, y la otra parte era llamada culpabilidad, que comprendía solamente aspectos subjetivos, habiéndose elaborado un esquema que predominó durante muchos años en la ciencia penal, conocido como ***injusto objetivo–culpabilidad subjetiva***, de acuerdo con el cual en la primera de esas áreas, integrada por la conducta antijurídica, solamente había aspectos objetivos, nada de subjetividad y, a la inversa, la culpabilidad contenía exclusivamente aspectos de esta clase, sin ningún componente objetivo, que gráficamente se puede ilustrar de la siguiente manera:



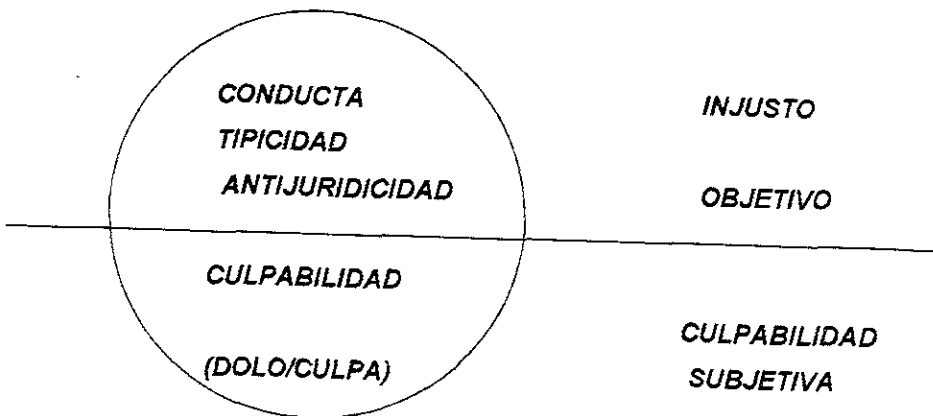
Solo faltaba que ese hecho estuviera sancionado por la ley, a lo que llamó relación de punibilidad, en cuanto a que la conducta estuviera amenazada con la imposición de una pena y ahora si, teniendo integrados todos estos elementos: conducta, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad se podía afirmar la existencia de un delito, al cual definía como una suma de relaciones, pues debía haber una relación entre la voluntad y la conducta, otra entre la conducta y la ley, en el sentido de que fuera antijurídica, otra más de manera psicológica entre el autor y su hecho, que era la culpabilidad, y la última, referente a que estuviera sancionada por la ley, lo que era la punibilidad.

Es muy importante observar que en la concepción de Liszt no existía un concepto que posteriormente ha sido considerado como fundamental en el derecho penal, como lo es el de la tipicidad.

En efecto, aunque desde un punto de vista político el Marqués de Beccaria ya había enunciado que había que controlar las facultades de los juzgadores, para que no pudieran a su arbitrio

fuera del tipo; solamente de manera enunciativa, cabe señalar que los elementos del tipo penal en esta etapa eran únicamente de carácter objetivo, pues consistían en la manifestación de la voluntad, el cambio en el mundo externo, el nexo causal entre estas dos, el bien jurídico tutelado por la ley y los sujetos, activo y pasivo; a veces, dependiendo de cada delito, podía contener medios de comisión, referencias temporales o espaciales y un objeto material.

La estructura del delito de Beling, es exactamente igual a la de Liszt, tocante a la conducta, a la antijuridicidad, y a la culpabilidad, siendo su única aportación, pero de enormes dimensiones, la de haber introducido el concepto de tipo y como consecuencia el elemento de tipicidad, entendida como la característica de la conducta de adecuarse al tipo, siendo muy importante señalar que esta concepción del delito predominó en la ciencia penal durante muchos años, ilustrándose su composición del delito de la siguiente manera:



Este esquema fue retomado por uno de los autores modernos más importantes, como lo es el español Luis Jiménez de Asúa, quien lo difundió en América latina, definiendo al delito en base a este esquema como la conducta típica, antijurídica, imputable a un sujeto que finalmente resulta culpable, sometida a veces a condiciones objetivas de punibilidad y punible, siendo ésta la teoría heptatómica del delito, que lo considera constante de siete elementos ²⁰, que parte de un concepto causal de conducta y que ubica al dolo y a la culpa en la culpabilidad, concepción que durante años fue enseñada en las facultades de derecho, ya que a ella se adhirieron todos los penalistas mexicanos, todos los autores de los textos en los cuales hemos estudiado la gran mayoría de las generaciones de abogados, hasta antes de la irrupción del finalismo en la cultura penal mexicana, a partir de los años 1993/4, cuando prácticamente fue introducido en los códigos respectivos, aunque cabe señalar que sus postulados ya eran manejados en nuestro país, aproximadamente desde los años 1968-70, en que Olga Islas y Elpidio Ramírez lo propagaban con un particular punto de vista, que fue conocido como la teoría de la lógica matemática.

Continuando con la evolución de la dogmática jurídico-penal, mencionaremos que el segundo sistema de estudio del delito, que también debe quedar incluido dentro de lo que es el causalismo, se conoce precisamente como causalismo valorativo o sistema teleológico, también llamado de la filosofía de los valores, ya que se

²⁰ Jiménez de Asúa, L. "Lecciones de Derecho Penal", editorial Harla, México, pp. 133-135

argumentaba que todas las cosas -y entre ellas el derecho penal-, siempre deben estar referidas a fines y a valores.

En cuanto a la conducta, no hay mayor cambio en este sistema, pues, siendo parte del causalismo, es lógico que sigue un concepto causal de acción, en los términos antes indicados.

En el elemento de la tipicidad existen cambios importantes, en atención a que el causalismo natural en este rubro únicamente y a partir de Beling se contenían elementos objetivo-descriptivos. Es el caso que en 1915 dos autores, Mayer y Hegler, continuando con los estudios dogmáticos, analizaron el lenguaje o la redacción que utilizaba el legislador al describir los tipos penales, y ambos encontraron que en ocasiones la ley exigía que la conducta se desarrollara "con ánimo de...", "con el propósito de...", "con la finalidad de..." o "...para...", y coincidieron que dentro de esas frases se encuentran elementos que, aunque son subjetivos, puesto que implican ánimos, deseos, propósitos o intenciones, son distintos al dolo, puesto que el dolo se satisface con el mero querer la conducta y éstos van más allá, al exigir que ese querer sea con un fin determinado, por lo que los bautizaron como elementos subjetivos del tipo distintos del dolo o elementos subjetivos específicos (en 1920 Mezger señaló que más del 90% de los tipos penales requería de esta clase de elementos).

Es muy importante resaltar que, para ellos, el dolo y la culpa se seguían estudiando en la culpabilidad, pero esos elementos subjetivos específicos correspondían a la tipicidad, puesto que

estaban descritos específicamente en ciertos tipos penales, con lo cual sucede un acontecimiento trascendente en la evolución de la dogmática que venimos comentando, ya que se rompe con el esquema tradicional de injusto objetivo-culpabilidad subjetiva, en razón de que a nivel de la tipicidad ya se exigen estos elementos que son de naturaleza subjetiva.

Además, en el mismo año 1915, Mayer descubrió que, en ese lenguaje del legislador, se encontraban inmersos elementos de otra clase, que ni eran descriptivos, como los del sistema clásico, ni eran subjetivos específicos, como los que se acaban de mencionar, sino que eran de tal naturaleza que implicaban que el intérprete hiciera una valoración desde el punto de vista ético o jurídico: ético porque en ocasiones era necesario valorar lo que entendía el grupo social o qué significaba cierta palabra en el contexto cultural, en elementos tales como la castidad y la honestidad que antiguamente formaban parte del delito de estupro, ya que esos conceptos no debían quedar a la opinión del juzgador, pues se corría el riesgo de que si algunos eran muy moralistas y otros muy tradicionalistas llegarían a consecuencias diversas sobre un mismo punto y es por ello que se tenía que acatar no su sentir personal, sino el social; y jurídicos porque en muchas ocasiones el código requería de elementos como "sin derecho", "bien mueble", etc., que eran eminentemente normativos, por lo que este nombre se le dio a esos elementos, es decir, elementos normativos.

En ese tenor en el nivel de la tipicidad se operaron cambios importantes, puesto que a los elementos objetivos-descriptivos del

causalismo natural, se añadieron los subjetivos específicos y los normativos, volviéndose más compleja la estructura del tipo penal²¹.

En el campo de la antijuricidad se habían estudiado solamente aspectos objetivos (recuérdese que en el causalismo natural se seguía el esquema que indicaba que todo lo que correspondía al injusto era objetivo, y la antijuricidad se ubicaba en esa área del injusto, por lo que todo lo que había en ella también era objetivo); sin embargo, en este sistema se señala que no es posible pasar por alto los aspectos subjetivos que se presentan en la antijuricidad, en razón de que ante un hecho que en lo externo era exactamente igual, como por ejemplo el presenciar que dos personas estuvieran liándose a golpes, de una manera meramente objetiva no se sabía si se trataba de una defensa legítima o de una riña, puesto que para dilucidar la verdadera naturaleza jurídica de ese hecho, era absolutamente indispensable conocer aspectos subjetivos, como lo eran el saber si los sujetos estaban actuando con *ánimus defendendi* o *riñoso*, ya que en el primer caso se estaría ante una causa de justificación que produciría como efecto eliminar la antijuricidad de la conducta y consecuentemente no existiría delito, lo que implicaría la impunidad del hecho; pero en el segundo caso, aunque se integrara el delito, la punibilidad sería atenuada.

Se hablaba de la relación que existe entre la tipicidad y la antijuricidad, tema en el que se plantearon, básicamente tres

²¹ Cfr. Jescheck, H. "Tratado de Derecho Penal", traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, editorial Bosch, S. A., Barcelona, España, pp 274-281

posiciones: la primera señalaba que eran absolutamente diferentes esos elementos y que no tenían nada en común; la segunda refería que la tipicidad era un indicio de la antijuridicidad y que aquélla se comportaba respecto de ésta como el humo con relación al fuego, en el sentido de que si había tipicidad muy probablemente también habría antijuridicidad, aunque para esto habría que esperar a verificar si concurría o no alguna causa de justificación que la eliminara, pero distinguiendo claramente entre estos dos elementos, como actualmente lo hace nuestra ley penal; y la tercera, conocida como teoría de la *ratio essendi*, mencionaba que la tipicidad era la razón de ser de la antijuridicidad, en cuanto a que si se tipificaba una conducta era porque desde luego también presentaría la característica de la antijuridicidad, ya que no tenía sentido tipificar conductas acordes al derecho, de manera que esta posición da origen a la teoría de los elementos negativos del tipo, al tenor de la cual la tipicidad y la antijuridicidad se encuentran en un mismo nivel, y que los que ahora conocemos propiamente como elementos del tipo vienen a ser apenas su parte positiva, ya que -indica- si hubiera alguna causa de justificación funcionaría como elemento negativo del tipo, de modo que no se afectaría la antijuridicidad, sino que no habría ni tipicidad (esta teoría fue enunciada en 1913, pero fue fuertemente criticada por Welzel, quien dijo que no es lo mismo matar a una mosca, que es una conducta atípica, que matar a un hombre en defensa legítima, que es una conducta típica, pero justificada) ²².

²² Cfr Zaffaroni, E. R. "Manual de Derecho Penal", 3a. reimpresión, ed. Cárdenas, México, 1997, pp. 401-402

Con relación a la culpabilidad, dentro de los autores representativos de este sistema se cuenta principalmente a Frank, quien en 1907 escribió un libro "sobre la estructura del concepto de culpabilidad", en el que analizó la teoría psicológica de la culpabilidad que se había venido manejando, que es la que indicaba que el dolo y la culpa son las especies de la culpabilidad, concluyendo que a ese elemento del delito no se le había dado un tratamiento adecuado, desde el punto de vista de los fines y de los valores, puesto que el juicio y el objeto de la valoración no deben confundirse, lo que acontecía antes, puesto que el dolo o la culpa a la vez que eran el objeto de valoración también eran el juicio de valoración.

Propone distinguir y dejar al dolo y a la culpa meramente como los objetos de valoración, pero en cuanto al juicio de valoración propone analizar si ese actuar doloso o culposo le era reprochable al sujeto o no, introduciendo así un juicio normativo de valoración en este elemento, con lo que cambia la forma tradicional de análisis y se aleja de la teoría psicológica, sustituyéndola por esta nueva teoría conocida como normativista mixta de la culpabilidad, mixta porque continúa dándole materia el dolo y la culpa, que son aspectos psicológicos, pero no se agota ahí su estudio, sino que se combina con una parte normativa, consistente en el juicio de valoración que deberá hacerse sobre si esa acción es o no reprochable al sujeto

Para él, los elementos para poder formular reproche a las personas son tres: primero que se trate de un sujeto imputable, que

tenga la capacidad de querer y de entender en el campo del derecho penal, querer la conducta y entender el resultado que se causa, siendo a partir de ese momento la imputabilidad un componente y no ya un presupuesto de la culpabilidad; el segundo es que se actúe con dolo o con culpa, lo que únicamente conlleva a la actualización de las dos capacidades (querer y entender) señaladas en la imputabilidad, en la que se maneja de manera abstracta o general y deben concretizarse de manera específica, puesto que el dolo contiene como elementos precisamente el cognocitivo y el volitivo, que coinciden con las antes mencionadas; y finalmente requiere que el sujeto se haya motivado normalmente para la comisión del hecho, esto es, que no haya sido obligado o compelido de ninguna manera, sino que si se decidió por la comisión del delito fue porque así lo quiso, indicando que si se dan estos tres elementos le puede ser reprochable al sujeto el injusto por él cometido, entendiendo por reprochabilidad la posibilidad de dar cuenta por sus acciones.

En esta corriente existe otro autor, de nombre Goldschmidt, que apoya todo lo señalado por Frank; además Freudenthal, en 1922, agrega un elemento más a los antes mencionados, que es la exigibilidad de otra conducta, para poder formular el juicio de reproche, consistiendo en que para ello no basta que se trate de un sujeto imputable, que haya actuado con dolo o con culpa y que sus motivaciones fueran normales, sino que se debería constatar si en esas mismas condiciones tuvo otra u otras opciones de acción que no implicaran la violación del Derecho y las cuales hubiera estado en posibilidad de realizar, y solamente cuando se afirme que

teniendo otras oportunidades se decidió por la conducta violatoria del Derecho, ello significará que se le puede reprochar la conducta; otro de los autores importantes en este sistema es Edmundo Mezger, sobre todo por haber difundido esta concepción.

Estos dos sistemas que hemos comentado constituyen lo que se ha denominado como la teoría causalista, cuyas características principales son que parte de un concepto causal de acción, es decir, en este nivel no toman en cuenta el contenido de la voluntad o la parte interna de la conducta, sino solo su manifestación o parte externa, y asimismo ubican al dolo y a la culpa en el nivel de la culpabilidad.

El otro sistema importante en la evolución de la dogmática penal, lo es la teoría finalista, que busca subsanar algunas deficiencias del anterior, y que introduce cambios en toda la estructura del delito, tendiente a proveer una mayor seguridad jurídica a los justiciables.

Surge alrededor de 1935 y perdura hasta la fecha, siendo sus precursores Von Weber y Graf Zu Dohna, y sus principales exponentes Hans Welzel, que es su creador, y otros autores importantes como Maurach, Armín Kaufman, Stratenwerth, Jescheck, Zaffaroni, Bacigalupo, etc.

En efecto, introduce cambios desde el nivel de la conducta, al partir de un concepto final de acción, consistente en que resaltan que es un grave defecto escindir la voluntad de su contenido,

puesto que son inseparables, formulando así una construcción que indica que en todos los aspectos el hombre siempre se mueve o actúa en base a finalidades previamente determinadas, por lo que en la parte interna de la conducta debe tomarse en cuenta primeramente la fijación de esos fines y, una vez establecidos, cada persona selecciona los medios o las maneras que considera más adecuados para alcanzarlos: por ejemplo, si el fin es adquirir dinero, habrá quien lo busque trabajando, otros estudiando y otros quizá robando; señalan que al seleccionar esos medios, dentro de cierto parámetro de exactitud, a toda persona le es factible prever los resultados directos de sus acciones y que también se pueden esperar otros efectos tal vez no queridos pero concomitantes a la realización de esas conductas, indicando que todo esto forma parte de la conducta y consecuentemente debe estar descrito en el tipo, puesto que su principal función es la descripción de la conducta, de tal manera que esos fines, que no son otra cosa que el dolo o la culpa, aunque subjetivos, deben formar parte del tipo.

En este sentido, es obvio que “el estudio dogmático de un tipo penal debe iniciarse por lo regular con el estudio de la conducta, normalmente expresada en un verbo rector, a lo que debe seguir el análisis de los demás elementos que conforman el tipo”²³.

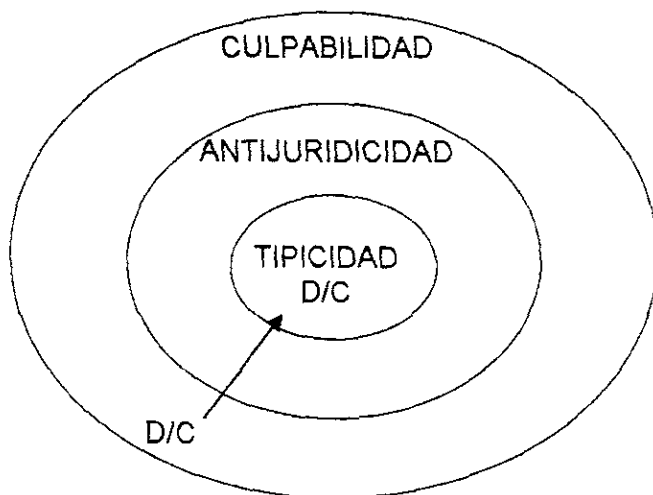
²³ Díaz Aranda, E “Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos”, editorial Cárdenas, México, 1999, p p 83.

La parte externa de la conducta es exactamente igual, ya que comprende los actos preparatorios y ejecutivos necesarios para la consumación del delito.

De esa manera, al haberse sustituido el concepto causal por el final de acción, trae como consecuencia que también exista un cambio de gran trascendencia en el nivel de la tipicidad, que también debe recoger al dolo y/o a la culpa.

En la antijuridicidad, se seguirán usando aspectos tanto objetivos como subjetivos.

A nivel de culpabilidad se sufre un cambio importantísimo, pues el dolo y la culpa dejan de ser estudiados en este lugar, ya que fueron traspolados al tipo, lo que se puede ilustrar gráficamente ²⁴



²⁴Zaffaroni, E. R. "Manual de Derecho Penal", Cárdenas, Editor y Distribuidor, 3ª reimpresión, México, 1997, p.p 401

En ese orden de ideas, dejaron de tener vigencia la teoría psicológica, que imperó durante el causalismo natural, que entendió a la culpabilidad como mera relación entre el autor y su hecho; igualmente la teoría normativista mixta, que fue atendida durante el causalismo valorativo, la cual conservaba al dolo y a la culpa en la culpabilidad, a lado de la exigibilidad de otra conducta.

En el sistema finalista, la culpabilidad se basa en la teoría normativista pura, en la que se integra con la imputabilidad, como capacidad para comprender lo ilícito de la conducta y como facultad para conducirse con esa comprensión, con la conciencia potencial de la antijuridicidad de la conducta, entendida como la posibilidad de que el sujeto sepa, paralelamente a la esfera del profano, que lo que hace es contrario al Derecho, y finalmente con la exigibilidad de otra conducta, funcionando como juicio respecto de si en esas mismas condiciones tuvo el autor oportunidad para actuar de otra manera, tomando como parangón lo que hubiera hecho un hombre del término medio en esas mismas circunstancias, ya que el derecho penal no dirige sus mandatos ni a los héroes ni a los cobardes, sino al hombre corriente. Al integrarse estas situaciones se tendrá por culpable al sujeto y se estará en posibilidad de formularle el correspondiente juicio de reproche por haberse conducido violando la ley, habiendo tenido la opción de no hacerlo.

A su vez, esos elementos que deben afirmarse para considerar integrada la culpabilidad, pueden llegar a excluirse si se presenta alguno de sus aspectos negativos, como lo serían la inimputabilidad, cuando el sujeto fuera menor de edad o cuando

de la antijuridicidad de la conducta, entendida como la posibilidad de que el sujeto sepa, paralelamente a la esfera del profano, que lo que hace es contrario al Derecho, y finalmente con la exigibilidad de otra conducta, funcionando como juicio respecto de si en esas mismas condiciones tuvo el autor oportunidad para actuar de otra manera, tomando como parangón lo que hubiera hecho un hombre del término medio en esas mismas circunstancias, ya que el derecho penal no dirige sus mandatos ni a los héroes ni a los cobardes, sino al hombre corriente. Al integrarse estas situaciones se tendrá por culpable al sujeto y se estará en posibilidad de formularle el correspondiente juicio de reproche por haberse conducido violando la ley, habiendo tenido la opción de no hacerlo.

A su vez, esos elementos que deben afirmarse para considerar integrada la culpabilidad, pueden llegar a excluirse si se presenta alguno de sus aspectos negativos, como lo serían la inimputabilidad, cuando el sujeto fuera menor de edad o cuando tuviera algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que son las causas que le podrían afectar las capacidades antes señaladas.

De la misma manera, la conciencia de la antijuridicidad, desaparece cuando el sujeto actúa en un caso de error sobre la licitud de la conducta, llamado doctrinariamente error de prohibición o de permisión, que puede ser directo o indirecto.

Directo, cuando se desconoce la prohibición de la conducta, como por ejemplo aquéllos indígenas tzotziles, que en protesta por

los acontecimientos sociales imperantes en su natal Chiapas, vienen en manifestación a la ciudad de México, y cuando con su contingente van caminando por el paseo de la reforma, son detenidos por elementos de la policía judicial que les indican que han cometido el delito de portación de arma prohibida, en razón de que llevan los machetes que cotidianamente usan en su entidad, lo que les sorprende y les parece inusitado, puesto que desde siempre los han usado y forman parte de su indumentaria, esto es, no conciben o no han introyectado la prohibición que sobre esa clase de objetos existe en la Capital.

Indirecto, cuando se sabe de la prohibición pero equivocadamente se piensa que hay una justificación que permite la acción, como aquella persona que sale de vacaciones durante el fin de semana y al regresar a su domicilio lo encuentra invadido por otra familia y, pensando que obra en ejercicio de su derecho como propietario, arremete contra ella y les causa lesiones a sus integrantes.

El otro de los factores que eliminan la culpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta, que se presenta en el caso de que, aún siendo imputables y teniendo el conocimiento de la antijuridicidad o de la ilicitud de la conducta, no se tiene otra opción, como en el caso de "los supervivientes de los Andes", relativo a un grupo de jóvenes que ante un accidente aéreo fueron a caer en esos helados montes y que, ante el riesgo de muerte en que se encontraban, tuvieron que alimentarse de los restos de sus compañeros que fallecieron en el impacto, hasta que finalmente

fueron rescatados, y a los cuales nadie les reprochó los actos de canibalismo en que tuvieron que incurrir para salvar su vida.

A diferencia del causalismo, en el sistema finalista se parte de un concepto final de acción y el dolo y la culpa se estudian en el tipo, como elementos subjetivos, y no en la culpabilidad, como formas o especies, lo que constituye las dos grandes diferencias entre estos sistemas ²⁵.

2.3. IMPORTANCIA.

Quizá a algunos les parezca irrelevante todo lo expresado en el punto que antecede, argumentando que el delito de cualquier forma debe integrarse y que da lo mismo en qué elemento o en qué parte de su estructura deben ubicarse las cosas. Esa sería una opinión equivocada, peligrosa, porque puede llevar a consecuencias jurídicas diferentes el estudiar ciertos puntos en uno o en otro lugar.

²⁵ En cuanto a la evolución de la dogmática, en forma resumida, puede consultarse el trabajo de Raúl Plascencia Villanueva, "El Cuerpo del Delito y los Elementos del Tipo Penal", publicado en la revista jurídica, número 3, correspondiente a septiembre de 1995, Villa Hermosa, Tabasco, México, pp 20-21.

Solamente a manera de ejemplo mencionaremos uno en relación con la ubicación del dolo, en el entendido de que ya ha quedado perfectamente establecido que en el causalismo se ubica en la culpabilidad y en el finalismo en la tipicidad.

Supongamos que se ha dictado auto de formal prisión a una persona con respecto a "X" delito, por el cual no tiene derecho a la libertad provisional, debido a la gravedad de ese ilícito, y en ese supuesto lo lógico es que su situación jurídica definitiva se resuelva al momento de dictarse sentencia; sin embargo, la ley ha previsto aquellos casos en los cuales después de decretada la formal prisión y al avanzar el proceso en el desarrollo de las audiencias se desahogan nuevas pruebas que hacen evidente que la persona procesada en realidad no cometió tal delito, considerando que en esos casos sería injusto esperar hasta el dictado de la sentencia, cuando de las pruebas existentes ya se observa con meridiana claridad que la persona es inocente, y para ello se creó la figura de un incidente, que es el de libertad por desvanecimiento de datos, a virtud del cual es posible que alguien en esas condiciones obtenga su libertad antes de llegar al momento de la sentencia.

En el fuero común en el Distrito Federal ese incidente se regula en los artículos del 546 al 551 del código procesal penal, señalándose que procede en dos casos, que son aquellos en los cuales en el curso del proceso aparezcan pruebas con las cuales se demuestre que se desvanecieron los datos que sirvieron para decretar la formal prisión, y como los requisitos de fondo exigidos para decretar esa formal prisión son la acreditación de los

elementos del tipo y de la probable responsabilidad, los dos casos en que procede el incidente son precisamente cuando los datos que se desvanecieron fueron los que sirvieron para tener por acreditados tales elementos del tipo, o bien, cuando los datos que se desvanecieron fueron los que sirvieron para tener por demostrada la probable responsabilidad.

Después de la tramitación correspondiente, la ley indica que, en caso de que resulte procedente, la libertad que se concede en ese incidente puede ser de dos maneras: cuando se hayan desvanecido los datos relativos a los elementos del tipo, la libertad tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso, pero si fueron los datos relativos a la probable responsabilidad los que se desvanecieron, la libertad concedida solo tendrá los efectos de un auto de libertad por falta de elementos para procesar, caso en el que quedará expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión del inculpado, así como nueva formal prisión, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten.

La diferencia es notoria, pues en un caso se trata de una libertad definitiva, y en el otro es una libertad precaria, susceptible de nueva aprehensión y nuevo procesamiento, con la posibilidad de condena en la sentencia definitiva.

Lo que nos interesa es demostrar cómo la ubicación

de los elementos del delito, en la estructura del mismo, tiene consecuencias prácticas importantes. En el ejemplo, supongamos que lo que se desvaneció fue el dolo, es decir, se aportaron datos que llegaron a establecer que el sujeto en realidad no actuó dolosamente, sino que se encontraba bajo un error invencible de tipo, del regulado en el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 del código penal.

En ese orden de ideas, si el juez que dictó la formal prisión fuera partidario de la corriente causalista, hubiera colocado al dolo en la culpabilidad y consecuentemente en el ámbito procesal la culpabilidad corresponde ser estudiada en la parte relativa a la probable responsabilidad, lo que significaría que, al haberse desvanecido el dolo se habría desvanecido uno de los datos que sirvieron para tener por demostrada esa probable responsabilidad y, en ese caso, la libertad de que disfrutaría el sujeto sería con las reservas de ley, con la posibilidad de ser nuevamente aprehendido y procesado, y como el delito del ejemplo es grave estaría privado de su libertad, y en el momento de la sentencia existiría la posibilidad de ser condenado.

Por el contrario, si el juez de referencia fuera partidario del sistema finalista, al dolo lo hubiera estudiado en el nivel de la tipicidad y en el caso del ejemplo la libertad de la persona sería definitiva, sin posibilidad de posterior aprehensión.

Como puede observarse las consecuencias de seguir uno u otro sistema pueden llegar a resultar graves, es por ello que el

estudio de la dogmática es fundamental, pues eso redundará en mayor seguridad jurídica para los gobernados.

Si la dogmática penal no está desarrollada, se corre el riesgo de dictar sentencias apoyadas más bien en el capricho del juzgador o en el azar, alejadas de la técnica y de la ciencia, con grave detrimento de las personas sometidas a la jurisdicción del juez, pues serán factores incontrolables los que determinen la condena o la absolución, se llegaría a la lotería o a la suerte, pudiéndose desembocar en el caos y en la anarquía. La dogmática se opone a esta situación de inseguridad.

CAPÍTULO III

LA PRÁCTICA JUDICIAL

3.1. EL CUERPO DEL DELITO.

El presente es un tema sumamente importante y lamentablemente no siempre bien entendido y mucho menos aplicado correctamente en las resoluciones judiciales.

En efecto, se señala que históricamente este concepto de cuerpo del delito surgió con un procesalista de nombre Farinaccio, quien desde el año de 1581 (de entrada debe observarse que es una figura que se usó antes de la existencia del tipo y de la tipicidad en materia penal que, como ya vimos, surgieron con Ernesto Beling en 1906), persona que lo entendió como la totalidad de las huellas exteriores que quedaban después de la comisión de un delito.

Se ha dicho que sobre este concepto surgió una segunda fase o una segunda manera de comprenderlo, durante los siglos XVIII y XIX, cuando para acreditarlo se requería comprobar los elementos que pertenecían a un determinado delito, esto es, ya no se

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

identificaba con los efectos causados por el delito ni con los instrumentos que se habían usado para cometerlo.

En esa evolución, hubo una tercera fase, que es a partir de Beling, en que se identificaba el cuerpo del delito con el juicio de tipicidad, debiendo verificarse todos y cada uno de los elementos fácticos del tipo, siendo importante recordar que en esas fechas la concepción predominante en cuanto al tipo penal era de que se integraba solamente con elementos de carácter objetivo-descriptivo, por lo tanto el cuerpo del delito solamente comprendía aspectos materiales.²⁶

Derivado de lo anterior, se le han asignado distintas naturalezas jurídicas, es decir, se ha dicho que el cuerpo del delito son diferentes cosas, como por ejemplo que es el propio delito, como que es solamente el resultado del delito, como que son los instrumentos con que se cometió el delito o que son solamente los elementos materiales del delito, concepción esta última que ha sido la imperante, pero que no por ello se considera correcta, al igual que las que fueron mencionadas²⁷.

²⁶ Cf. Hernández Martínez, R. "Desarrollo histórico del concepto Cuerpo del Delito", en la revista Anales de Jurisprudencia, correspondiente a los meses de enero a marzo de 1992, editada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pp 263-282

²⁷ Cf. Colín Sánchez, G. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 14a ed. Editorial Porrúa, México, 1993, pp 325-338

“La misión de la doctrina fue distinguir en el delito un elemento intencional y un elemento material, y descartando el primero, radicar en el segundo la noción de cuerpo del delito. *‘Toda infracción, decía Rojas, se compone de dos elementos esenciales e inseparables: el hecho considerado en sí mismo, esto es, la materialidad de la infracción y la culpabilidad del agente, es decir, la moralidad del acto’.* El delito considerado en su elemento físico, material, es un acto externo que cae bajo el dominio de los sentidos; considerado bajo su aspecto moral, implica un fenómeno psicológico, un acto de la razón y del libre albedrío. A la materialidad del delito se llama cuerpo del delito, *corpus delicti*, siguiendo a Ortolán, quien definía el cuerpo del delito como el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, ya sean principales, ya accesorios, de que se compone el delito, pero los prácticos habían advertido que esta definición se aplica a representar diferentes ideas que fácilmente pueden confundir al juez, ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales se encuentran los efectos resultantes del hecho, las armas o instrumentos que los producen, los vestigios y huellas dejados por el hecho delictuoso.”

“Otros le han definido como todo lo que sirve para comprobar la verdad de la existencia del delito, concepto que cuenta con la adhesión de Jiménez Asenjo, para quien cuerpo del delito es todo lo que acusa su existencia.”

“La dificultad definitoria de esta escapadiza figura procesal, llega el caso de preguntarse si la mejor definición no será aquella que se limite a describir con más o menos detalle y precisión, los elementos y factores que se involucran en la figura (‘definición ostentiva’). Mittermaier, sin tratar de dar una definición del cuerpo del delito, escribía: ‘... puede aplicarse el objeto directo del crimen, a los instrumentos que han facilitado su ejercicio, a cualesquiera otros objetos que hagan presumir la perpetración de un crimen, a los lugares mismos...’. Y así también lo ha entendido Manzini, cuando lo define: ‘Cuerpo del delito son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba. A saber: Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito; las cosas sobre las que lo cometió; las huellas dejadas por el delito o por el delincuente; las cosas cuya detentación, fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito; las cosas que representan el precio o el provecho del delito; las cosas que son el producto del delito, aun indirecto; cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito’. Los inconvenientes de este tipo de definiciones ostensivas, es su ineficacia definitoria, y en el caso particular de que se trata, lo es su desmesurada amplitud; todo encuentra cabida en el concepto, y en cierto modo se compendia en la criticada frase de D’Aguesseau: el Cuerpo del delito es el delito mismo.”

*“Una definición científicamente más elaborada es la de Fenech, para el cual ‘cuerpo del delito es el ente material más o menos perdurable que constituyen los instrumentos, el objeto o los efectos del acto criminoso’ ”.*²⁸

Lo anterior se señala con el objeto de resaltar la confusión que encerraba la comprensión de la naturaleza jurídica del cuerpo del delito, confusión que se incrementó cuando el concepto empezó a formar parte del lenguaje común, es decir, gente que no era jurista lo empleaba equivocadamente, basta recordar aquellas películas o novelas que todos hemos visto, en las cuales los actores cuando veían un cadáver decían que ahí estaba el cuerpo del delito, o cuando veían una pistola decían lo mismo, que ella era el cuerpo del delito, o incluso cuando una persona tenía mucho dinero o muchas alhajas, decían que eran el cuerpo del delito.

En tiempos recientes, a partir de esta década, en México comenzaba a tomar fuerza la opinión en el sentido de que por cuerpo del delito debía entenderse la acreditación de la totalidad de los elementos que integraran la descripción típica, no obstante que en ella se contuvieran elementos normativos y aún subjetivos, todos los cuales tendrían que constatarse para afirmar su existencia.²⁹

²⁸ Díaz, C. A. “El Cuerpo del Delito”, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, pp. 25-28.

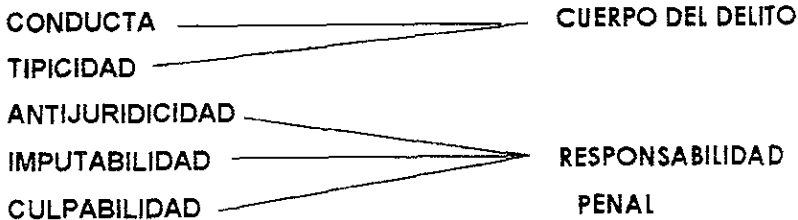
²⁹ Bermúdez Molina, E. M. “Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo”, Procuraduría General de la República, México, 1996, pp. 62-68.

No se debe omitir que por cuerpo del delito también se llegó a entender un mero indicio de la comisión del delito y se le llegó a equiparar a la prueba de inspección judicial y a la pericial, pero sobre todo se le llegó a considerar como un mero presupuesto para la incoación del proceso y una condición de punibilidad.

Para nosotros, el cuerpo del delito es una figura de naturaleza procesal que tiene por objeto receptor a la conducta típica (con todos sus elementos: objetivo-descriptivos, objetivo-normativos y subjetivos), o sea, que es una parte del Derecho Penal Adjetivo o de forma, en la que deben encontrar alojamiento dos elementos de fondo o sustantivos del Derecho Penal, como lo son la conducta y la tipicidad, para que en la otra figura procesal, que es la responsabilidad penal, tengan cabida los restantes elementos de fondo, que serían la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, para así estar plasmados en las resoluciones judiciales, meramente formales, los elementos de esencia del delito, de la siguiente manera:

DERECHO PENAL

DERECHO PROCESAL PENAL



Sin embargo, en este apartado lo que nos interesa estudiar, es cómo se aplicaba el cuerpo del delito en la práctica forense, y al respecto debe señalarse que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el artículo 122, hasta antes de 1984, se decía que "El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción". En forma congruente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia en los siguientes términos:

"CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

A. D. 4173/1953. Héctor González Castillo. Unanimidad de 4 votos. Suplemento de 1956, pág. 178. A. D. 6337/1945. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXX, pág. 485. A. D. 110/1957. Víctor Manuel Gómez Gómez. Unanimidad de 4 votos. Volúmen XIV, pág. 83. A. D. 2677/1958. Juan Villagrana Hernández. 5 votos. Volumen XLIV, pág. 54. Jurisprudencia 86 (sexta época), página 186, sección 1a., volumen 1a. Sala. Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965".

De la lectura de ese precepto de inmediato se observan dos cuestiones: una, que hablaba de delitos que tenían pruebas especiales, sobre los cuales eran ilustrativos los artículos 115, que se refería a la comprobación del cuerpo del delito de Robo, indicando que debía realizarse preferentemente por la comprobación de sus elementos materiales, o si no era posible por la confesión del indiciado, que si tampoco existía debía probarse

que había tenido en su poder cosas que por sus circunstancias personales no hubiera podido adquirir legítimamente, y si ésto tampoco era posible por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de lo robado y, finalmente, sin ninguna de las anteriores se lograba, con la prueba de que el ofendido se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfrutaba de buena reputación y que había hecho alguna gestión ya fuera judicial o extrajudicial para recuperar la cosa supuestamente robada; el cuerpo del delito de fraude, de acuerdo con el artículo 116 del mismo ordenamiento, se podía comprobar en cualquiera de las dos primeras maneras señaladas para el caso del robo; en cuanto a las lesiones y el homicidio, el artículo 123 establecía que bastaba para tener por comprobado el cuerpo del delito con la inspección y la descripción de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con un dictamen médico en que se expresaran esos síntomas.

De lo que se observa que imperaba gran inseguridad jurídica, puesto que, siendo la principal función del concepto procesal cuerpo del delito la de incluir en él el concepto penal de la tipicidad, al permitir todos estos artículos pruebas -llamémoslas así- "parciales", para tenerlo por acreditado, se propiciaba que en autos que resolvían órdenes de reaprehensión y determinaban la formal prisión, así como en sentencias, en las cuales supuestamente estaba acreditado el cuerpo del delito, en realidad solamente había -digámoslo de esta manera- media o hasta un tercio de tipicidad.

La otra cuestión que se observa es que, cuando no se trataba de esos delitos específicamente señalados, en el resto de ellos, que eran la gran mayoría, los meros elementos materiales de la descripción típica eran suficientes para tener por comprobado en forma legal el cuerpo del delito.

El mencionado artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal fue reformado por decreto del 22 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1984, entrando en vigor 90 días después, estableciéndose a partir de esa fecha que " El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código."

Con esa reforma, el legislador pretendió subsanar el defecto que contenía anteriormente, en cuanto a que solo exigía la acreditación de los elementos objetivos, pues basta observar que en la nueva redacción se requería la acreditación de (todos) los elementos que exigiera la descripción típica, en los cuales obviamente se comprendían tanto los elementos normativos como los subjetivos que, en la evolución de la dogmática que hemos señalado, se habían descubierto y se habían venido integrando al concepto del tipo penal.

Lamentablemente, hubo reticencia y resistencia por parte de sus aplicadores cotidianos, ya que tanto abogados litigantes, como ministerios públicos y también juzgadores, no asimilaron el contenido de la reforma y por el vicio arraigado de los años en los que se había aplicado de la anterior manera y por respeto a una jurisprudencia obsoleta, continuó haciéndose así, sin que en realidad el cambio haya sido efectivo, ya que nunca se reflejó en las resoluciones judiciales, pues basta observar cualquier sentencia de esa fecha en adelante, hasta antes de septiembre de 1993, en que fueron reformados, entre otros, los artículos 16 y 19 constitucionales, introduciendo "los elementos del tipo", en lugar del cuerpo del delito (que incluso el primero de estos dos numerales no exigía), para percatarnos de que la situación seguía prácticamente igual.

3.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL.

De la lectura de los anteriores preceptos, se observa con meridiana claridad que nuestra legislación procesal se adhería al sistema causalista, lo que se confirma si retomamos lo que en la práctica se analizaba en la parte relativa a la responsabilidad penal, probable o plena, según la etapa del procedimiento en la que se estuviera actuando, en la cual únicamente se analizaba si el delito, cuya corporeidad ya había sido acreditada, se había realizado en forma dolosa o culposa.

cuya corporeidad ya había sido acreditada, se había realizado en forma dolosa o culposa.

En efecto, en aquellos tiempos era relativamente muy sencillo dictar sentencias en materia penal, en atención a un análisis de las cuatro partes de que constan, que son, a saber: el proemio, los resultandos, los considerandos y los puntos resolutivos.

En el proemio únicamente se anotaba el lugar y fecha, los datos del proceso y los generales del procesado, incluido el relativo a su situación física, en cuanto a que se encontrara privado de su libertad, interno en alguna Institución, o bien, que se encontrara en libertad provisional o sujeto a proceso sin restricción de su libertad personal.

Los resultandos solo constituían la parte histórica de la sentencia, es decir, contenían una secuencia cronológica, desde el inicio de la averiguación previa hasta el momento de su dictado.

En los considerandos, que es la parte fundamental de toda sentencia, y que consiste en explicar los argumentos que llevan al juzgador para resolver en tal o cual sentido, donde fundamentalmente se cumple con la exigencia constitucional de motivar cualquier acto de molestia, el primero de ellos se refería al cuerpo del delito, y siendo éste un aspecto toral, tristemente se limitaba a "vaciar" las pruebas, o sea, transcribir el contenido de todas las declaraciones que se habían recabado durante la causa, incluyéndose a los ofendidos, a los testigos, a los policías y a

cualquier otra persona que hubiese aportado algún dato, ya sea respecto de los hechos, de los daños causados, de la forma de detención, o incluso de la conducta precedente del justiciable, refiriéndose también todas las otras pruebas, documentales o periciales, inspecciones o cualesquiera otra que existieran en el expediente, de manera que no era más que pura transcripción, y a continuación se señalaba que con esas pruebas, a las que se les asignaba valor probatorio de acuerdo a los correspondientes artículos del código de procedimientos penales, se tenía por acreditado el cuerpo del delito.

Por ejemplo, si se trataba de un homicidio, se indicaba en qué artículo se preveía el mismo, en este caso sería el 302 del código penal, indicándose si se tenía por comprobado con algunas de las reglas especiales que ya se señalaron o con la regla genérica del artículo 122 aludido anteriormente (si eran especiales no podrían ser reglas, precisamente por ser especiales; y si era regla, no tenía porque indicarse que era general, pues esa característica la tienen todas las reglas) y en la parte importante, del estudio del cuerpo del delito, solamente se ponía más o menos una leyenda de la siguiente manera: "de las pruebas anteriormente analizadas, se tiene por acreditado el cuerpo del delito de homicidio, puesto que una persona privó de la vida a otra", o sea que, un aspecto tan trascendental de la sentencia se resumía en una frase que abarcaba cuando mucho tres o cinco renglones, aunque no debe dejar de reconocerse que muy pocos juzgadores, que se podrían contar con los dedos de las manos, agregaban a esa leyenda "afectándose así el bien jurídico tutelado por la ley, que en el caso

concreto es la vida”, con lo que se agregaba uno o dos rengiones más en ese escueto estudio que se hacía respecto de esta cuestión tan importante, que prácticamente no consistía más que en repetir la redacción del tipo penal correspondiente.

El siguiente considerando, referente a la responsabilidad penal, iniciaba con un fundamento, que normalmente era el artículo 249 del código adjetivo, cuando el procesado se encontraba confeso de los hechos que se le imputaban, o el 261 del mismo ordenamiento, cuando no existía su confesión y se recurría al conjunto de todas las otras pruebas, funcionando a manera de presunciones, relacionando cualquiera de estos dos preceptos con la fracción que fuera aplicable del artículo 13 del código penal, en el que se contemplaba a los autores y a los partícipes, y se afirmaba así que era responsable en razón de que, ahí se empezaba a copiar el pliego de consignación o el escrito de conclusiones formulado por el Ministerio Público, donde se contenía un fragmento que indicaba que tal día a tal hora y en tal lugar, el procesado, en el caso que nos ocupa, había privado de la vida al occiso de tal nombre, lo que había hecho por ejemplo disparándole con un arma de fuego que portaba y con la cual le había impactado en una parte vital del cuerpo, todo lo cual también era mera transcripción que ya obraba en otra parte del expediente.

Así, con meras transcripciones, se tenían por comprobados los dos aspectos procesales en los que deben quedar recogidos todos los elementos que contiene el delito, de manera que en realidad

hasta esa parte toda la sentencia no era más que una simple copia de actuaciones anteriores.

Dependiendo del caso, eran necesarios otros considerandos, por ejemplo si se trataba de un sujeto reincidente, para hacer el análisis de esa figura, o bien si se trataba de algún concurso de delitos, o sobre todo si existían calificativas en el delito. Se estudiaban también los aspectos referentes a la reparación del daño, a la concesión o no de beneficios o sustitutivos penales, y desde luego tenía que existir un considerando para la individualización de la pena, en el que se daba cumplimiento, punto por punto, a todos los aspectos señalados en los artículos 51 y 52 del código penal, asignándole al sujeto un cierto grado de peligrosidad y en base a ello se le imponía la punibilidad que se estimara adecuada.

Finalmente, se concluía con los puntos resolutivos, que eran tantos como fueran necesarios y que debían estar en estricta congruencia con lo que se había señalado previamente en la parte considerativa.

De esa manera, no era muy difícil o no implicaba gran técnica o conocimiento el dictado de esta resolución fundamental en el proceso, de la cual depende en principio la libertad de una persona y en forma secundaria quizá la situación de una familia completa.

CAPITULO IV

LA REFORMA PENAL DE 1993-94

4.1. CONSTITUCIONAL.

Así estaban las cosas cuando, el 3 tres de septiembre de 1993 mil novecientos noventa y tres, fueron reformados, entre otros, los artículos 16 y 19 constitucionales.

Hasta antes de esa fecha el primero de esos preceptos, en lo referente al libramiento de una orden de aprehensión, establecía que solo podría hacerse por la autoridad judicial, que debía preceder una denuncia, una acusación o una querrela, de un hecho determinado que la ley castigara con pena corporal, pero que aquellas debían estar apoyadas por declaración bajo protesta de personas dignas de fe o por otros datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado. Por su parte, para el dictado de un auto de formal prisión, el artículo mencionado finalmente, requería, aparte de cuestiones de forma, referentes a que no podría exceder de tres días y que se debía expresar el delito que se imputara al acusado, los elementos que lo constituían, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y que debían anotarse los datos arrojados por la averiguación previa, los cuales deberían ser

bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Independientemente de algunas cuestiones que se podrían comentar con respecto a estos numerales, llama la atención el que, en el primer caso se exigía, como hasta la fecha se hace, que preceda una acusación, lo que se considera incorrecto, pues técnicamente eso existe en la etapa de juicio del procedimiento penal, que es muy avanzada, casi para finalizarlo, y siempre y cuando al momento de formular sus conclusiones el Ministerio Público lo haga en forma acusatoria, pues aunque no es precisamente lo más usual tiene facultades también para no acusar a las personas y para solicitar su libertad cuando estime que proceda, lo que normalmente no hace, porque en realidad se erige siempre como mero fiscal, como parte acusadora.

Llama la atención también que el primero de esos preceptos mencionaba las penas corporales, lo que equiparaba a la pena privativa de libertad.

En cuanto al segundo de los artículos en comento, es de resaltar que hablaba de un término de tres días, considerando el que esto escribe que es más correcto llamarlo plazo, pues aunque ambos se refieren al transcurso del tiempo, no son iguales, ya que éste tiene la particularidad de que una vez celebrado el acto jurídico en cuestión, se cierra esta etapa del procedimiento y se abre la otra, lo que no sucede en aquél, ya que ahí se pueden celebrar los actos

jurídicos que sean, con la única limitante de que se esté dentro del tiempo permitido por la ley.

A manera de ejemplo, una vez dictado el auto que resuelve la situación jurídica de un inculpado, se cierra la etapa de preinstrucción o de preparación del proceso y se inicia la de la instrucción, sin que sea posible dictar otro auto de plazo constitucional, suponiendo que el primero hubiera sido dictado apenas un día después de estar a disposición del órgano jurisdiccional, lo que haría pensar que, como aún se tenían otros dos días, se podría dictar otra resolución, lo que desde luego es incorrecto.

Por el contrario, supongamos que en un proceso sumario se disponga de tres días para ofrecer pruebas, si se presenta un escrito en el primer día, nada impide que en el segundo día la misma parte vuelva a ofrecer otras probanzas, y aún en el tercer día tiene la facultad de ofrecer otras más, todas las cuales le deberán ser admitidas, por el hecho de que ante el primer ofrecimiento no se cierra ese periodo, todo lo que obedece a la diferencia que hay en la terminología o en el lenguaje, por lo que se insiste en que lo correcto es llamarle plazo al enunciado en el primer ejemplo y término al del segundo.

Se observa también que se hablaba de tres días, a diferencia de lo que acontece actualmente, cuando el tiempo de que se dispone para emitir esta resolución es de 72 horas, ya que a pesar de la opinión que pudieran tener los matemáticos, para los cuales

tres días es lo mismo que 72 horas, desde el punto de vista técnico-jurídico no es igual, pues este tiempo debe computarse de momento a momento, es decir, si una persona fue puesta a disposición de la autoridad judicial, digamos a las 10:00 horas de un lunes, su situación jurídica deberá estar resuelta a más tardar a las 10:00 horas del jueves siguiente, de manera que se gana en seguridad jurídica, pues con la redacción anterior, en el ejemplo planteado, cabría la posibilidad de resolver a cualquier hora del jueves.

Las anteriores son cuestiones ciertamente importantes, pero lo trascendental de esta reforma fue el hecho de que prácticamente equiparó los requisitos para la procedencia de estas resoluciones, es decir, para el otorgamiento de una orden de captura y para el dictado de un auto de formal procesamiento. Así es, de los textos anteriores claramente se observa que no se requería comprobar el cuerpo del delito para el primero de esos casos, mientras que para el segundo es uno de los requisitos medulares, pero debe resaltarse que ya no se exigía acreditar el cuerpo del delito, sino los elementos del tipo penal.

Con respecto a la procedencia de la orden de aprehensión, anteriormente imperaba una situación hasta cierto punto caótica, puesto que se exigía esencialmente que hubiera datos que hicieran probable la responsabilidad de la persona, ante lo cual algunos juzgadores cumplían con la disposición en forma literal, puesto que bastaba alguna declaración imputativa, acaso apoyada por la de algún testigo, para que quienes resolvían de esta forma mencionaran que, como esas personas les resultaban dignas de fe,

era suficiente para creer que había la posibilidad de que a quien inculpaban probablemente fuera responsable, por lo que obsequiaban la orden de aprehensión que se les solicitaba.

Sin embargo, algunos otros juzgadores, la minoría de ellos, indicaban que no era posible dogmáticamente hablar de una probable responsabilidad, si antes no se había afirmado el cuerpo del delito, diciendo que no se podía ser probable responsable de nada, que se tenía que ser probable responsable de algo, y que ese algo que no podía faltar era el cuerpo del delito, por lo cual analizaban y constataban esta figura, aunque ni las leyes secundarias ni la Constitución lo exigieran, atento a que lo único que había que cubrir era los requisitos que contenía el artículo 16 ya señalado.

Había gran discrepancia, ya que en el artículo 16 no se requería la comprobación del cuerpo del delito, mientras que era uno de los dos requisitos de fondo para el caso del artículo 19, ambos constitucionales.

En ese sentido, la reforma vino a hermanar esos preceptos, de modo que actualmente, tanto para girar la orden de aprehensión como para decretar la formal prisión, se deben acreditar prácticamente los mismos requisitos, solo que a partir de esa fecha no se habló más del cuerpo del delito, sino que esa expresión fue substituida por la de elementos del tipo penal.

A nuestro criterio, esa fue la más importante reforma que ha experimentado nuestro derecho en materia penal. No se olvida que a lo largo del tiempo han existido bastantes cambios en nuestra legislación, que incluso han determinado que ella se afilie a concepciones de carácter positivista o que siga las tendencias de la escuela clásica.

Entre las reformas que anteriormente se han dado, vale la pena recordar la del artículo 6º del código penal, que consagra el principio de especialidad, con lo que ya no se debe atender necesariamente a la mayor sanción, como anteriormente se hacía, en base a lo que disponía el artículo 59 de nuestro código penal original, de 1931, en cuanto a que cuando un delito pudiera ser considerado bajo dos o más aspectos y cada uno de ellos mereciera una sanción diversa se debía imponer la pena mayor, pues ahora, con apoyo en ese principio, con independencia de la magnitud de la punibilidad, debe aplicarse la norma especial, que deroga a la general.

También se han definido con claridad los casos en los que se está ante un delito instantáneo, ante uno permanente y ante uno continuado, diferenciándolos perfectamente de los concursos de delitos, lo que se regula en los artículos 7º y 18, respectivamente, del código punitivo.

Otra reforma importantísima fue la del artículo 9º, que contenía una presunción de culpabilidad, afirmando absurdamente que la intención delictuosa se presumía, salvo prueba en contrario, con lo

que se arrojaba al justiciable la carga de la prueba y se le dejaba el peso de demostrar su inocencia, haciendo muy cómoda la labor de la acusación, a la que solo le bastaba imputar hechos ilícitos a las personas; por fortuna esa disposición fue reformada, de tal manera que actualmente rige el principio de presunción de inocencia, de acuerdo con el cual toda persona debe ser considerada como inocente, hasta en tanto no se demuestre lo contrario en una sentencia condenatoria ejecutoriada, revirtiendo así la carga de la prueba al órgano de acusación que, según se infiere del contenido de los artículos 247 y 248 del código local procesal, es quien debe demostrar el hecho atribuido al sujeto.

El artículo 12 ha sido mejorado notablemente, dando cabida a la tentativa acabada y a la inacabada.

Las reglas del artículo 13, relativas a la autoría y participación también han sido actualizadas.

La reincidencia ha dejado de ser una figura fundamentadora de un aumento en la pena, para pasar a ser solamente un criterio digno de tomarse en cuenta para la individualización judicial de la pena.

En el artículo 69 se ha establecido que la duración de las medidas de tratamiento impuestas por un juez no deben exceder de la duración de la pena señalada para ese delito.

Ha desaparecido la figura de la retención, de acuerdo con la cual, al término de la condena impuesta por el juez, la autoridad

ejecutora podía retener al condenado hasta por una mitad más de la pena impuesta, si no había observado buen comportamiento, con lo que se violaba gravemente el principio de la división de poderes; esta figura se regulaba en los artículos 88 y 89 del código penal.

De manera genérica, podemos afirmar que las reformas anteriores en materia penal habían sido, por llamarlas así, "blandas", en cuanto a que tendían a un sistema de justicia penal respetuoso de la dignidad de la persona, entre las que podemos incluir a la libertad provisional que, como contrapartida a la prisión preventiva, paulatinamente había venido ampliándose en su ámbito de aplicación, pues inicialmente solo se beneficiaban de ella las personas cuyo delito imputado tenía una pena hasta de 5 años de prisión, que posteriormente cambió, para que fuera procedente en todos los casos en que no la pena, sino el término medio aritmético de la punibilidad del delito, no fuera mayor de 5 años; incluso no a nivel constitucional, pero si regulada a nivel procesal, existió la que fue llamada libertad provisional ampliada o libertad procesal, que se concedía aunque el término medio aritmético mencionado excediera de 5 años de prisión, siempre y cuando el sujeto cumpliera con características de ser primo-delincuente, de tener un domicilio u ocupación fija que garantizaran que no se evadiría a la acción de la justicia, de manera que no existiera riesgo social y, sobre todo, cuando hubiera reparado el daño causado y, la última regulación de esta figura es que todas las personas son susceptibles de obtenerla, con la única excepción de que no se trate de uno de los 17 delitos que la ley de antemano considera como graves, por afectar de manera importante valores fundamentales de la

sociedad, de modo que se permite el beneficio a todos aquellos que no se encuentren en esos casos específicamente señalados.

La erradicación del criterio peligrosista, en lugar de uno de culpabilidad, permite ya no sancionar a las personas por lo que son o por lo que puedan hacer en el futuro, ni por la conducción de su vida, sino única y exclusivamente por el hecho cometido, ya que no es dable castigar a alguien por lo que se piense que pueda llegar a hacer, sino solo por lo que se ha comprobado que ha hecho.

Otras muestras de que nuestra legislación penal se iba suavizando fue la destipificación o despenalización de algunos delitos, como el de injurias, o el cambio de punibilidad en algunos, en los que se optó por alguna sanción alternativa en lugar de la privativa de libertad, como por ejemplo en el caso de la portación de arma prohibida, así como la concesión de sustitutivos penales al mayor número de personas posibles eran muestra de que nuestro derecho penal iba por buen camino, tornándose cada vez más democrático, propio de un adecuado Estado de Derecho, pues atendía a los principios de fragmentariedad, intervención mínima y de última ratio que deben regir en esta materia, de acuerdo con los cuales se le entiende no como el único medio de control social, sino como uno de los varios medios con que cuenta el Estado para el logro de sus fines, que son el bien común, el interés general y la armonía social, para de esa manera usarlo lo menos posible, solamente como último recurso, dándole preferencia a todos los otros mecanismos de que dispone para lograr esas metas, y solo ante el fracaso de aquellas áreas y por la necesidad de proteger los

bienes jurídicos más valiosos, cuya afectación pondría en grave riesgo la estabilidad de la sociedad, es cuando se autoriza el empleo del derecho penal, del cual en muchas ocasiones es indispensable su uso, pero de ninguna manera se debe llegar a su abuso indiscriminado.

También han existido, sobre todo recientemente, otro grupo de reformas, al que podríamos llamar "duras", por cuanto a que se fundamentan en el uso de la fuerza y en sanciones cada vez más drásticas.

De ellas es ejemplo la creación del párrafo tercero del artículo 371 del código penal, que sanciona con nada menos que de 5 a 15 años de prisión robos de los que no importa su monto, que incluso puede ser mínimo, como de hecho muchas veces lo es, cuando se comete entre dos o más personas, con violencia, asechanza o algún otro medio que debilite las condiciones de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja.

También podemos señalar en este grupo a la oposición que puede formular el Ministerio Público para no conceder la libertad provisional a alguna persona, aunque no se trate de un delito grave, bajo los argumentos de que por su conducta precedente o por las circunstancias y características en que cometió el delito se estime que su libertad constituya un riesgo, ya sea para el ofendido o para la comunidad, lo que significa que el disfrute de una garantía constitucional se supedita ahora a que su ejercicio no sea mal visto por el Ministerio Público (lo único que quedó de positivo en esta

regulación, es que la petición ministerial no vincula al juzgador, sino que éste, aún con esa oposición, tiene facultades de decidir si concede finalmente esa libertad o no).

Los requisitos para la concesión de sustitutivos se han hecho más difíciles de obtener, pues anteriormente procedía hasta en sentencias no mayores de 5 años de prisión y ahora no debe exceder de 4 años, además de que el hecho de que se tenga una sola sentencia anterior, condenatoria y ejecutoriada, por un delito doloso perseguible de oficio, aún sin que se den los requisitos técnicos de la reincidencia, obliga al juez a no conceder el beneficio.

La ley federal para el combate a la delincuencia organizada, contiene también varios aspectos que, con el argumento de evitar esa clase de criminalidad, son contrarios a los lineamientos de un derecho penal liberal.

Ya se permite la intervención de las comunicaciones privadas, como medio para evitar o reprimir la comisión de los delitos, lo que hace patente como con esa motivación o con esa explicación de prevenir delitos, el gobernado va perdiendo cada vez más o se le van limitando garantías que antaño operaban en forma absoluta.

Aún no tienen el carácter de ley, pero cada vez con mayor fuerza se escuchan opiniones en diversos sectores, en los que se exige mayor dureza en las penas y la reimplantación de la pena de muerte, un incremento en el número de los delitos que deben ser considerados como graves, para impedir la libertad provisional, que

se suspendan los careos y las declaraciones de los agraviados por cierta clase de delitos, mencionándose también la sugerencia de disminuir el límite de la edad penal, como medios idóneos para lograr la paz social.

Todas esas opiniones obviamente no son compartidas por nosotros y, a nuestro criterio, son producto de la desesperación, del enojo, del deseo de venganza, de la impotencia o de algún sentimiento análogo, puesto que cuando los hechos hablan en contra del sistema, éste contesta o responde con la tiranía penal, pero de ninguna manera son producto de la reflexión, de la razón o de la experiencia penológica.

4.2. SUSTANTIVA Y ADJETIVA.

Es de explorado derecho que, dentro del universo normativo, la Constitución Política cumple la función de ser la ley fundamental, pero no es un diccionario de voces jurídicas ni una enciclopedia en la que se regulen con precisión todos y cada uno de los diversos aspectos que comprenden la vida política, jurídica y social del país; bajo ese tenor, su función es la de recoger las decisiones políticas fundamentales y establecer los principios básicos que regirán en ese Estado.

Es a las leyes secundarias, a las que les corresponde reglamentar con precisión todos aquellos principios básicos, siempre en estricta congruencia, a efecto de dar cabal cumplimiento

al principio de la supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Así, es obvio que ante la reforma constitucional aludida, se hizo indispensable la adecuación de los códigos penal y de procedimientos penales de todas las entidades. En nuestro caso, el primero de febrero de 1994 entraron en vigor las reformas que se derivaron de aquélla.

Entre las más importantes, iniciando por el código penal, tenemos que en el artículo 7º se introdujo la figura de la comisión por omisión, también llamada omisión impropia, compleja o compuesta, tornándola en un tipo activo equivalente, ya que se estableció que en los delitos que produzcan resultado material, éste sería atribuible a quien omitiera impedirlo, siempre y cuando tuviera la calidad o la posición de garante, es decir, siempre y cuando tuviera el deber jurídico de evitarlo, para lo cual se señalaron tres fuentes de las cuales podía derivar esa calidad, que fueron la ley, el contrato o el actuar precedente del sujeto.

Se ganaba así en seguridad jurídica, pues esta clase de delitos no estaban regulados anteriormente y no se les podía juzgar de la misma manera, puesto que en principio de cuentas, en materia penal se prohíbe la analogía, por disposición expresa del párrafo tercero del artículo 14 constitucional, que consagra el principio de legalidad y de exacta aplicación de la ley en esta materia, y además porque contiene diferencias esenciales con los delitos de acción: éstos violan una norma prohibitiva, que es aquella que ordena lo

que no se debe hacer, en tanto que los de omisión violan dos normas, en principio una preceptiva o imperativa, que es la que exige cierto comportamiento, y de esa primera violación se deriva otra a una norma prohibitiva; en los delitos de acción el resultado puede ser formal o material, y en los de omisión, si es simple se estará ante un resultado formal, pero si es impropia o compleja el resultado será material; los delitos de acción se pueden cometer por cualquier persona, salvo que el tipo penal exija una calidad específica; lo mismo sucede en los de omisión simple, pero en los de comisión por omisión no se habla de cualquier sujeto, sino solo del que tenga la posición o calidad de garante.

En el artículo 8º se eliminó la figura de la preterintención, que es aquella en la cual el resultado va más allá del inicialmente querido o aceptado, como en el caso de quien solo pretende lesionar a su adversario pero que finalmente le produce la muerte; esta figura no era más que una mixtura de dolo y culpa: dolo en cuanto al resultado querido y culpa en cuanto al resultado realmente producido.

El propio artículo modifica la terminología de los delitos intencionales e imprudenciales, por la de dolosos y culposos, mejorando el lenguaje del legislador, pues la intención no agota al dolo ni la imprudencia a la culpa, es decir, puede haber delitos dolosos que no sean intencionales, como en el caso concreto del dolo eventual, cuyos elementos son el prever como posible un resultado y no quererlo, por lo que no hay intención, pero que a pesar de todo se acepta, como aquel sujeto que en las fiestas

tradicionales en las que se sueltan toros para que todo el pueblo en la calle se exponga a ellos, donde es obvio que el encargado de abrir la puerta de los toriles o corrales para que los astados salgan, no desea la muerte de ninguna persona, aunque por experiencia sabe que siempre que se celebra esa fiesta hay un número importante de heridos y algunos muertos; de igual manera, la culpa es un género en el que caben varias especies, de las cuales la imprudencia tan solo es una, junto con la impericia, la negligencia, la falta de reflexión o la falta de cuidado, por lo que fue adecuada la modificación.

En el artículo 12 se fortaleció la seguridad jurídica, pues se dio mayor alcance a la regulación de la tentativa, introduciendo a la inacabada, que es aquella en la que el sujeto no realiza todos los actos idóneos o adecuados para la producción del resultado típico que pretendía.

En el artículo 13 se afirma el principio de culpabilidad, al mencionarse que los autores o partícipes deberán responder cada uno en la medida de su propia culpabilidad, estableciendo, conjuntamente con el artículo 64 bis del propio ordenamiento, una punibilidad atenuada para los partícipes, en relación con la asignada para los autores, remarcándose así el principio en cita.

En el artículo 15, de gran trascendencia, se introduce un cambio en el rubro y en el contenido de todas las fracciones de que

consta, cuyo análisis dejaremos en este momento, para realizarlo más adelante, de manera que se facilite su comprensión ³⁰.

En el artículo 17, por política criminológica, se señala que las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, seguramente con la finalidad de que no existiera consignación en esos supuestos que, si bien es un fin loable, no por ello deja de ser criticable legalmente, pues al incluir al Ministerio Público como aplicador del precepto, se desnaturaliza su función, que es meramente investigatoria y persecutoria de los delitos, dotándolo de facultades jurisdiccionales.

En el artículo 30, fracción II, se trata de proteger a la víctima, al asignarse una indemnización por concepto del daño material o moral causado, en la cual se deben incluir los tratamientos curativos necesarios para la víctima, que hayan sido consecuencia del delito cometido.

También por política criminológica y de nueva creación, se vuelve obligatorio para el Ministerio Público solicitar y para el juez resolver con respecto a la reparación del daño, incluyéndose responsabilidad en caso de no hacerlo, de acuerdo con el artículo 31 bis del código penal.

En el artículo 52 hay una gran modificación, en cuanto a que se elimina la peligrosidad como criterio para fundamentar la punición.

³⁰ Supra, pp 133-140

exigiendo atender ahora a la culpabilidad, recogándose ahí un derecho penal de acto y no de autor.

En el artículo 60 se da una reforma radical a los delitos culposos, introduciéndose el sistema conocido como *numerus clausus*, consistente en que la propia ley señala expresamente cuáles delitos se podrán sancionar cuando hayan sido cometidos en forma culposa, implicando ello que el juzgador estará imposibilitado para imponer sanción a un delito culposo, si no se encuentra en esa lista o en esa enumeración formulada de antemano.

En el artículo 63, que debe ser relacionado con los artículos 12, 51 y 52, se establece la sanción de la tentativa, que también debe ser acorde con el principio de culpabilidad.

Se modifica también la forma de sancionar los concursos de delitos, en el artículo 64, y en el 64 bis se distingue entre la punibilidad que corresponde a los autores y a los partícipes del delito.

En el 65 termina la función de la reincidencia como causa con efectos de incremento en la sanción, para venir a ser solamente un dato más a tomarse en cuenta al momento de individualizar la pena.

En el artículo 66 se señala la forma en que deberán sancionarse los casos de error vencible, ya sea de tipo o de prohibición.

En el 69 bis, también con relación a la sanción, se señala la que corresponde a los casos de imputabilidad disminuida, la cual no excluye el delito y solo disminuye el reproche por parte del Estado a la conducta.

Existen algunos otros preceptos que fueron reformados en esa fecha, debiendo mencionarse que el artículo que causó revuelo y gran impacto entre los estudiosos y los aplicadores del derecho penal, fue el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, o su equivalente, el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En esos preceptos idénticos, que substituyen al que mencionaba el cuerpo del delito, se estableció que era un requisito para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado, indicándose que a la autoridad judicial le correspondería examinar si esos dos requisitos se encontraban o no efectivamente acreditados.

Lo impactante de la reforma, que para muchos no fue más que un mero cambio en la denominación (elementos del tipo por cuerpo del delito), pero que según ellos no implicaba ninguna novedad o ninguna alteración, en realidad constituyó un enorme avance dogmático, puesto que, al señalar cuales eran esos elementos y como se tendría que resolver respecto de esa probable responsabilidad, estableció lo que una y otra figura deben contener.

En efecto, en cuanto a los elementos del tipo, además de enunciarlos (de lo que nos ocuparemos a continuación), incluyó al dolo y a la culpa entre ellos, es decir, se adhirió al finalismo, cuando antes de eso no solamente la legislación, sino todos los penalistas, los estudiantes y los profesores de derecho penal, aún los autores de textos jurídicos en esta materia, los planes y programas de estudio en las facultades, eran por inercia, afiliados al causalismo.

Primeramente debe señalarse que, con independencia de clasificaciones teóricas, de acuerdo con los numerales finalmente invocados, existen elementos que son constantes a todos los tipos penales, que invariablemente deben acreditarse, trátase del delito de que se trate, que son los que se regulan en dicho precepto en sus fracciones de la I a la III, y existen otra clase de elementos del tipo que no se exigen en todos los delitos, sino solo en algunos, por lo que se podrían clasificar como eventuales, que deberán acreditarse única y exclusivamente cuando el tipo expresamente los requiera, dependiendo del delito de que se trate, los cuales están regulados en el mismo artículo en los incisos del a) al h).

Por lo que hace a los elementos primeramente mencionados, es decir, los constantes, tenemos que el primero de ellos es la conducta que, como es bien sabido, puede presentarse en sus formas de acción o de omisión.

La acción es toda actividad o movimiento corporal, realizado con intervención de la voluntad de las personas, es decir, con conciencia de su realización, mientras que, por lo que hace a la

omisión, esta puede ser simple o compleja, también llamada comisión por omisión, y desde luego ambas consisten en un no hacer o en una inactividad, de manera que violan una norma dispositiva o preceptiva, que es aquella que constriñe a actuar o a hacer algo, con la diferencia de que en la comisión por omisión, además de la anterior, se vulnera también una norma prohibitiva, que es la que nos indica lo que no debemos hacer, produciéndose también un resultado material, mientras que en la omisión simple el resultado es solamente formal, por no haber ningún cambio en el mundo fáctico, y otra particularidad es de que en la omisión simple puede incurrir cualquier persona, mientras que en la compleja solo aquella persona que tenga una calidad o posición de garante, esto es, solo aquel que tenga el deber jurídico de evitar el resultado que se haya producido.

Otro elemento que debe acreditarse en todo tipo penal es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley, debiendo recordar en este aspecto que uno de los principios básicos que rigen en el derecho penal es precisamente el del bien jurídico, que funciona como límite al poder penal del Estado, impidiéndole castigar cuando no es afectado uno de ellos, pues es obvio que todo delito que se tipifica es con la finalidad de proteger un bien jurídico, es decir, no se crean delitos solo por crearse, sino que todos ellos tienen como función la de evitar la afectación de algo.

Por ejemplo, la creación del homicidio se debe a que el Estado protege la vida de los ciudadanos, la del robo protege el patrimonio

y así sucesivamente, de modo que ese algo es el valor que el Estado pretende tutelar, evitando su ataque o agresiones a él, siendo entonces adecuado entender al bien jurídico como cualquier valor importante para las personas, o como cualquier objeto que al individuo le proporcione placer o le sirva para satisfacer sus necesidades ³¹, debiendo hacerse la aclaración que el derecho penal sanciona no solamente los hechos que en realidad trastocan al bien jurídico, sino aún aquellos que sin afectarlo-materialmente, si lo ponen en peligro, como es el caso de todos los delitos que en el iter criminis no llegan a consumarse y que solamente alcanzan el nivel de la tentativa.

También debe constatarse la forma de intervención del sujeto activo del delito, tema respecto del que en la doctrina se ha tratado de establecer quién puede ser autor,³² habiéndose llegado a opinar, en lo que se conoce como el concepto unitario, que todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo son autores, en tanto que otra diferente posición, la del concepto restrictivo, menciona que es autor únicamente quien comete por si mismo la acción típica, concepción en la que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna.

³¹ Cfr. González-Salas Campos, R. "La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal". Perzuzeto Editores. Mexico. 1995, pp 7-57

³² Cfr. Gimbernat Ordeig, E. "Autor y Complice en Derecho Penal". Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España. 1966

De igual manera, la teoría objetivo-formal considera autor a todo aquel cuyo comportamiento entra en el círculo que quiere abarcar el tipo, sin atención al peso de su cooperación a la totalidad del suceso, o sea, que más allá del que comete el hecho por si mismo punible no cabe sostener esta autoría; por su parte la teoría subjetiva tiene por autor a todo el que realiza una contribución causal al hecho, con voluntad de autor, cualquiera que sea el contenido de su aportación causal al hecho; pero es el caso que ni el concepto extensivo ni la teoría subjetiva han encontrado mayor acogida en la doctrina, la cual señala que ambas posiciones deben rechazarse porque contradicen la estructura básica del derecho penal, que parte de tipicidades descritas y delimitadas en forma predominantemente objetiva.

Ante ello, en tiempos relativamente recientes ha surgido la teoría del dominio del hecho para fundamentar la autoría, en la que el hecho aparece como la obra de una voluntad que conduce el evento, en cuanto a que será autor quien pueda decidir el cuándo, dónde y cómo lo realizará, a la vez que también tiene en sus manos la posibilidad de interrumpir el curso causal del hecho, de tal manera que solo será autor quien en atención a la importancia de su aportación objetiva pueda contribuir a dominar el curso del evento.

Las formas específicas que existen, son las del autor directo o autor material, que es el que esta referido en cada tipo de la parte

especial del código penal, que normalmente se identifica con la frase de "comete el delito de...el que..."; ese que realiza la conducta es al que debemos tener como autor material.

El autor mediato es el que realiza el tipo penal utilizando a otro como instrumento, es decir, se sirve de otra persona, utilizándola como máquina para realizar el tipo; en la doctrina se le conoce como "el hombre de atrás", queriendo dar a entender que nunca aparece en una forma material, sino oculto, comete el delito a través de otro, pero siempre tiene el dominio del hecho, lo que significa que es de su voluntad y no de la del utilizado de la que depende la realización del tipo. A diferencia del anterior, no se puede deducir de cada tipo penal, porque el que colma el tipo es el utilizado, mientras que éste permanece oculto; el instrumento actúa sin libertad o sin conocimiento del hecho, que es de lo que se aprovecha el de atrás.

La coautoría es una figura en la cual varias personas realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un delito; se presenta siempre que dos o más personas toman parte en la realización del evento y se consideran como coautores en virtud de que cometen el hecho típico entre todos, ya que puede suceder que por sí sólo ninguno de ellos cometa el hecho íntegramente, más sin embargo, serán considerados coautores, puesto que rige el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones, que es un principio extensivo de la imputación, de acuerdo con el cual todo lo que haga cada uno de los coautores les es imputable también a los demás, puesto que se funda en la división del trabajo.

Así, en el clásico ejemplo del robo al banco, donde uno es el que conduce el automóvil donde habrán de llegar y posteriormente darse a la fuga, otro es el que somete a los vigilantes que estén en el lugar, otro desconecta las alarmas, uno más amaga a los clientes y a los empleados, mientras uno sólo es el que en realidad toma el dinero de las cajas y abre la bóveda, apoderándose de lo que haya en ella, supuesto en él que todos ellos serán responsables del robo, sin que sea válido su argumento, que hasta resultaría absurdo, en caso de que dijeran: “es que yo no robe, lo único que hice fue amagar a un policía”.

Los requisitos de la coautoría es que se realice el hecho conjuntamente, querer el hecho como propio, tener el (co) dominio del hecho y un plan global de ejecución.

La autoría accesoria es cuando personas individualmente realizan parte del tipo, sin haberse puesto de acuerdo.

Como se observa, para ser autor se necesita estar comprendido dentro del tipo de injusto, es decir, se necesita ser “intrañeus”, porque de lo contrario sería “extrañeus”.

En cuanto a la participación, se rige por el principio de la accesoriidad; se debe destacar que siempre procede del desvalor del hecho principal, pues no se desvalora la conducta del partícipe autónomamente, sino siempre con absoluta dependencia de aquél.

Como fundamento para castigar al partícipe existen las teorías siguientes: la de la corrupción, de acuerdo con la cual al partícipe se le sanciona por haber corrompido o por ayudar a que se corrompa el autor, al conducirlo a la culpabilidad; la de la causación o del favorecimiento, en la que se tiene como culpable al partícipe porque favorece psíquica o materialmente al autor a la consumación del hecho, desvalorándose su contribución al hecho; y la de la participación del ilícito, al tenor de la que se le sanciona por apoyar o impulsar la realización del hecho prohibido.

Las características del partícipe son que no realiza la conducta típica y su acción no da lugar a un tipo autónomo (salvo excepciones, como en el caso del encubrimiento o de la inducción al suicidio), porque lo que hace es realizar un tipo de participación, de modo que si no existe un hecho punible realizado por un autor no habrá participación, el cual además, nunca tiene el dominio del hecho.

Las formas tradicionales de la participación son la inducción y la complicidad.

Ahora bien, en el caso específico de la inducción, se ha entendido predominantemente como una forma de participación, que no de autoría, y en ese sentido se ha sostenido que el fundamento para punir al partícipe es por haber conducido al autor a la ejecución del hecho, pues de alguna manera lo ha favorecido, ya sea psíquica o materialmente, pero desde luego es claro que el partícipe no vulnera por sí mismo la norma contenida en el tipo del

delito, sino que su injusto consiste en colaborar con la violación de la norma por parte del autor, de modo que el injusto del hecho del partícipe depende en su causa y medida de lo injusto del hecho principal.

La conducta del inductor consiste en persuadir o en determinar a otra persona a que tome una resolución, de modo que el que induce no tiene el dominio del hecho, pues éste lo deberá tener el inducido, al cual solamente determinó a realizar el hecho delictivo por medio de influencias que logren determinarlo a ejecutarlo. En este rubro se trata de que el inducido realice lo que el inductor quiera.

La complicidad, por su parte, es la contribución dolosa a otro para la realización de un hecho principal; el cómplice no quiere el hecho como propio ni tiene el dominio del hecho, a diferencia del coautor. Es importante distinguir en que el autor no necesita conocer que hay una contribución a la realización de su hecho por parte del cómplice, pero éste si debe conocer que contribuye a un hecho ilícito de otro, pues sin ese conocimiento no podría haber complicidad, por lo que se desprende que el dolo del cómplice es doble: el primero consistente en conocer y querer que su contribución se dirija a la comisión de un hecho principal, y el segundo consistente en saber que esa contribución va a favorecer ese hecho principal.

Aparte de las anteriores, en nuestro sistema legal (artículo 13 fracción VIII del código penal), se contempla la figura de la

complicidad correspectiva, consistente en que se sanciona por igual a todos los intervinientes, cuando no se sabe cuál de ellos fue el que produjo el resultado, resaltando inmediatamente que se trata de una figura injusta, contraria al principio de presunción de inocencia, pues no obstante que no hubo pruebas se sanciona a todos por igual; es una especie de lotería jurídica, con la diferencia de que en la lotería normal hay oportunidad de ganar, pero en esta todos pierden.

En otro orden de ideas, el punto -a nuestro criterio- más importante de esta reforma, fue el que le dio una ubicación sistemática específica al aspecto subjetivo del delito, pues como ya quedó señalado, en el causalismo eso se estudiaba en el nivel de la culpabilidad, entendiendo al dolo y a la culpa, ya sea como formas o como especies de ella, siguiendo las teorías psicologistas y normativista mixta, mientras que en el finalismo, en el tema de la culpabilidad se atiende a la teoría normativista pura, la cual desliga de ahí al dolo y a la culpa y los traspola al tipo, como elementos subjetivos, tendencia que siguió la reforma, al establecer con precisión que dentro de los elementos constantes en todos los tipos penales, se encontraban precisamente el dolo y la culpa, de manera que a partir de esa fecha, de un plumazo y por decreto todo aplicador de la ley penal se volvió finalista (a veces sin tener muy claros los postulados de esta teoría).

Así las cosas, el aspecto subjetivo debe estudiarse como elemento típico del delito, y en ese sentido podemos considerar que la conducta del hombre puede ser clasificada desde diversos puntos

de vista, pero en cuanto al tema que nos interesa debe señalarse que esa conducta puede ser lícita o ilícita, marcando la frontera entre una y otra, el caso fortuito, regulado en la fracción X del artículo 15 del código penal como causa de exclusión del delito, consistente en que el resultado típico se produce por mero accidente, sin mediar ni dolo ni culpa por parte del agente.

Ya entrando al terreno de la ilicitud, es importante distinguir si el hecho se produjo en forma dolosa o culposa, puesto que de ello depende la magnitud de la reacción por parte del Estado ante el infractor de la norma, de manera que es lógico que merecerá mayor sanción quien ha obrado con dolo que quien lo ha hecho con culpa, como se refleja en el contenido del artículo 60 del código penal que, además de establecer en forma enunciativa qué delitos podrán ser sancionados cuando se cometen en forma culposa, indica que la punibilidad que a éstos corresponde es hasta la cuarta parte de la que correspondería al tipo básico del delito doloso. En ese sentido, es válido afirmar que la acción culposa encierra un menor contenido de ilicitud que la dolosa.

Así, la forma menos grave de la conducta, pero ya de relevancia penal, es la culpa, consistente en producir un resultado típico violando un deber objetivo de cuidado que debía y podía observarse. Esta culpa se puede presentar en dos diversas maneras, siendo la primera de ellas la conocida como inconsciente, sin previsión o sin representación, que es la que se produce cuando el sujeto no prevé lo que era previsible; la segunda es la llamada culpa consciente, con previsión o con representación, que se

presenta cuando el sujeto, a pesar de haber previsto el resultado, continúa con su acción, pues tiene la esperanza de que aquél no acontezca.

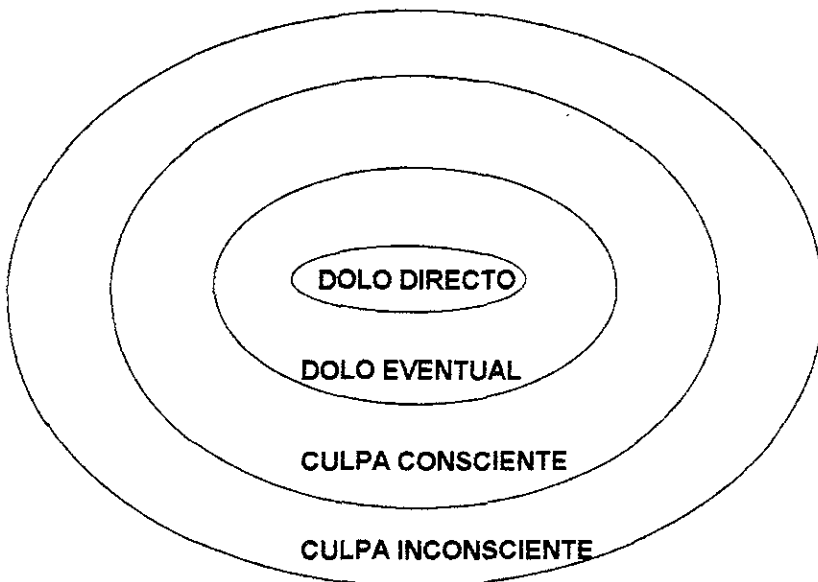
Debe hacerse notar que desde febrero de 1994 nuestra ley penal emplea el concepto de culpa, en lugar del de imprudencia, por ser más técnico y más amplio, ya que es la forma genérica, dentro de la cual quedan inmersas diversas formas de actuar culposos, como lo son la falta de reflexión o de cuidado, la negligencia, la impericia y la imprudencia, que no vienen a ser más que especies de aquélla.

El dolo refleja un mayor contenido de ilicitud, pues en el conocido como dolo eventual, el sujeto prevé el resultado, al igual que en la culpa consciente, pero, a diferencia de ella, acepta el resultado en caso de que se produzca, aunque no lo quiera, es decir, adopta una actitud de indiferencia, equivalente a la de quien dice: "ni modo", "me vale", "lo que tenga que pasar, que pase", etc. En esta clase de dolo se aprecia con nítida claridad que es más adecuado hablar de dolo que de intención, pues en estos casos, aunque parezca contradictorio, el sujeto actúa dolosamente pero sin la intención de que el resultado se produzca.

La otra forma del dolo es la clásica o tradicional, en la que el sujeto tiene la intención de cometer el delito, coincidiendo el resultado querido con el producido, conocido como dolo directo, que suele dividirse en dos: el directo de primer grado y el directo de segundo grado, a los cuales también se les conoce respectivamente

como dolo directo y dolo indirecto, siendo el primero de ellos el ya indicado, cuando se produce un resultado que se quiere, en tanto que el segundo surge cuando, para producir el resultado querido se debe causar otro que en principio no se quiere, pero sirve como medio necesario para alcanzar aquél. Solamente para ejemplificar, podemos señalar el caso, en el dolo directo, del que desea privar de la vida a otro, para lo cual le dispara con un arma de fuego que le produce la muerte, y en el dolo indirecto tenemos el caso de quien, con el mismo fin de privar de la vida a otra persona, coloca en su automóvil una bomba que estallará al accionar el motor, de manera que causará daños al vehículo, los cuales no quiere pero le sirven como medio para lograr el fin que busca.

Gráficamente se puede ilustrar este punto, haciendo notar como la ilicitud parte del centro, donde es más intensa, y al irse alejando se va debilitando cada vez más, hasta desaparecer, tal como sucede con un foco en la oscuridad, de la siguiente manera:



Los anteriores elementos del tipo deben presentarse en todos los delitos, mientras que hay otros que también se exigen, pero solamente en algunos casos, dependiendo del delito de que se trate, cuya esencia radica ya sea en restringir el ámbito de aplicación de la ley penal, en la medida que la conducta adquirirá relevancia para los efectos de nuestra materia, solamente en cuanto se realice en la forma o con las modalidades que la descripción típica exija, o bien, en elevar el contenido de inuito de la acción, lo que se reflejaría, necesariamente, en un incremento de la punibilidad.

Entre estos elementos se encuentran, en primer lugar, las calidades exigidas en los sujetos activo y pasivo del delito, pues debe recordarse que la mayoría de los delitos pueden ser cometidos por cualquier persona, sin necesidad de tener alguna característica en especial, pero en ciertos tipos la ley requiere que se trate de determinada persona, como por ejemplo un médico, un funcionario público, un pariente, etc., ya que si la conducta la realiza otro individuo que no tenga ese carácter, la misma será irrelevante penalmente.

En cuanto al resultado, en algunos casos deberá ser material, lo que implica un cambio en el mundo exterior, aunque en muchos casos no se requiere de esa mutación y el delito igualmente se tiene por consumado, pues en ellos el resultado es solamente formal. Cuando el resultado es material se debe constatar que entre él y la

conducta que supuestamente lo causó existe una relación o nexo de causalidad, que los une como si fuera un puente o una liga, de manera que se pueda afirmar que el primero es atribuible a la segunda.

En este rubro, existen varias teorías que tratan de dar solución a esa delicada cuestión ³³, entre las que podemos mencionar como las más importantes a la de la última condición o de la causa próxima, que adopta un criterio temporal, originando como consecuencia que se excluyan las condiciones mediatas, que pudieron haber sido determinantes para la atribución del hecho, por lo que no resulta convincente; la de la condición más eficaz adopta un criterio cuantitativo, restándole valor a otras condiciones que pudieron coadyuvar a la producción del resultado, presentando serios problemas en el tema de la coparticipación; la teoría de la adecuación se apoya en la experiencia y en datos estadísticos, emitiendo juicios a priori, que llevados al caso concreto resulta que en muchos asuntos la condición predeterminada no fue la idónea para la producción del resultado; la teoría de la causa humana parte del presupuesto de que el hombre está provisto de conciencia y voluntad y que en razón de ello puede determinar su actuar, por lo que puede ser aplicable en la mayoría de los casos.

La teoría que más ha trascendido es la de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, atribuida a Von Buri, que es la que ha sido de mayor consistencia, pues toma en cuenta

³³ Romero, G. "Casos de Derecho Penal", Ediciones Depalma, Argentina, 1992, pp 29-37.

no solo una condición, sino todas aquéllas que se concatenan para la producción del resultado, en la que se define a la causa como toda aquélla condición que, suprimida mentalmente, en forma automática hace desaparecer el resultado, teniendo el inconveniente o defecto de que llevada a los extremos puede conducir al absurdo, como en el conocido ejemplo del adulterio, en el que resultarían responsables no solamente los adúlteros, sino que la responsabilidad se extendería hasta el dueño del hotel, el carpintero que construyó la cama y aún el campesino que sembró la semilla de la que brotó el árbol que contenía la madera con que aquélla fue hecha.

Actualmente ha cobrado gran fuerza la teoría de la imputación objetiva del resultado, útil sobre todo en los delitos de omisión y en los culposos, en los cuales en ocasiones no resultan adecuadas las otras teorías, solucionando ésta dicha laguna, pues con un criterio jurídico permite atribuir el resultado típico a quienes hayan actuado en modo tal que hayan creado riesgos o hayan elevado las posibilidades de que aquél se produjera, por lo que, en caso de su efectiva producción, objetivamente les es imputable o atribuible, precisamente por haber facilitado o propiciado su aparición.³⁴

Otro elemento del tipo, en ciertos delitos, puede ser el objeto material, entendido como el ente corpóreo sobre el cual recae la conducta, como la cosa materia de apoderamiento en el robo, el

³⁴ Cfr. Jakobs, G. "Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación", trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de González de Murillo, Marcial Pons, ediciones jurídicas, S. A., Madrid, España, 1995, pp. 222-307.

inmueble en el despojo, o incluso el cuerpo de la víctima en las lesiones, el homicidio o la violación.

En cuanto a los medios utilizados, en la mayoría de los casos la ley penal no los requiere y siempre sanciona la producción del resultado, independientemente de la forma en que se haya llevado a cabo, como el homicidio, en el que no importa si la muerte se causó por disparo de arma de fuego o de alguna otra manera, como puede ser con motivo del tránsito de vehículos, con veneno, etc., pues en todos estos supuestos lo fundamental es que todos esos medios son idóneos para causar la muerte, conociéndose esta clase de tipos penales como de formulación libre o amplia.

Por el contrario, en algunos casos la ley, para considerar penalmente relevante una conducta no le basta la producción del resultado, pues exige que éste se haya dado precisamente con los medios previstos en la ley, como en la violación, en la que no tanto se reprueba la cópula, sino que haya sido obtenida en forma violenta, o el despojo, donde no se sanciona el ocupar un inmueble, sino más bien el hacerlo a través de la furtividad, las amenazas, la violencia o el engaño, o también el fraude, en el que no se castiga la obtención de lucro o de alguna cosa, porque lo que se castiga es el hacerlo mediante el engaño o aprovechándose del error en que la otra parte se encontraba, casos todos ellos en que los tipos penales se clasifican como de formulación cerrada o casuística, porque para ser penalmente relevante la conducta debe darse exactamente en la forma exigida por la ley, pues en estos delitos "... de medios

determinados, la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad”.³⁵

De igual manera, los delitos normalmente son reprimidos sin importar el lugar o el momento en el que se cometan, pero en algunos casos se requiere de que se den en determinados lugares, como en el adulterio, que exige que se efectúe en el domicilio conyugal o con otra referencia como la de que sea con escándalo; el lugar en ocasiones es tomado en cuenta por el legislador para agravar la sanción que corresponda, funcionando como calificativa, como en el robo, cuando es cometido en casa o lugar destinado para habitación, en contra de una oficina bancaria o donde se guarden caudales, etc., al igual que el delito contra la salud, cuando la comercialización de drogas o enervantes se realiza dentro de una institución penitenciaria.

Los elementos normativos son los que, para su acreditación, requieren de un juicio de valor por parte del intérprete, mismo que puede ser de carácter social/cultural o jurídico/normativo. “Ciertamente, toda palabra –también las que expresan elementos descriptivos- tienen un sentido fijado ‘normativamente’, en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje. No obstante, cuando se habla de elementos descriptivos en contraposición a los normativos no quiere desconocerse esta evidencia, sino referirse a aquellos términos

³⁵ Mir Puig, S “Derecho Penal Parte general”, 3ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, S A, Barcelona, España, 1990, p 218

que, aun definidos por las normas del lenguaje, expresan realidades sensibles”.³⁶

Solamente en los delitos dolosos puede darse otro elemento subjetivo específico, distinto del dolo, entendido como el ánimo, deseo, propósito o intención que el sujeto pretende alcanzar con su conducta dolosa. “Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito...”³⁷, como en la privación ilegal de la libertad, en la que el dolo se satisface con el mero acto de privar de la libertad, pero puede ser llevada a cabo con distintas finalidades, como podría ser, por ejemplo, para obtener rescate.

Cuando se acrediten los elementos que en forma constante exige la ley penal, así como aquellos que en cada caso sean requeridos, se estará en posibilidad de afirmar que existe tipicidad, entendida como el total y perfecto encuadramiento entre el hecho realizado en forma concreta, con la descripción que en forma abstracta se señale en el tipo.

³⁶ Idem, p 225

³⁷ Muñoz Conde, F. Y García Aran, M “Derecho Penal Parte general”, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1993, p 255.

El que unos elementos sean constantes y otros sean eventuales no significa que los primeros sean más importantes que los segundos, pues la única diferencia que tienen es que aquéllos deben presentarse en todos los delitos, mientras éstos solo se requieren en algunos, pero en cuanto sean exigidos su jerarquía es la misma, pues la falta de cualquiera de ellos implica exactamente la misma consecuencia jurídica, que sería la atipicidad, es decir, la presencia de un aspecto negativo del delito que impediría su configuración y que consecuentemente conllevaría la absolución de la persona encausada.

De acuerdo con la reforma en cita, se indicó que la otra figura procesal, que es la responsabilidad penal (que como bien sabemos puede ser estudiada en forma probable o plena, según el momento del procedimiento en el que nos encontremos: probable para los efectos de una orden de aprehensión o de comparecencia y de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y plena para los efectos de una sentencia), debía contener, por exclusión, a los restantes elementos del delito, a saber, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad.

Exactamente, el segundo párrafo del artículo 122 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, indica que para resolver sobre la probable responsabilidad, la autoridad debe constatar si no se encuentra acreditada ninguna causa de licitud y si hay datos que hagan probable la culpabilidad.

Al referir que se debe constatar si no existen causas de licitud, por ser éstas el aspecto negativo de la antijuridicidad, se estima que es este elemento el que debe acreditarse; igualmente, al requerir datos que hagan probable la culpabilidad, entendemos que debe constatarse esa culpabilidad, de la que forma parte la imputabilidad, y de esa manera es como afirmamos que la figura procesal "responsabilidad penal", debe contener a los elementos sustantivos indicados.

A diferencia de la tipicidad que tiene una realidad positiva, en cuanto que el tipo penal se compone de diversos elementos que deben irse acreditando uno a uno, la antijuridicidad no se constata de la misma manera, porque no tiene una realidad positiva, es decir, la antijuridicidad no tiene entidad propia, sino que se afirma con la ausencia de su aspecto negativo, de modo que para tenerla por demostrada lo que se debe hacer es proceder de un modo inverso, pues se verificará que no existe ninguna causa de licitud y solo al final de ese proceso negativo se podrá afirmar que, al no estar justificada la conducta, además de típica, es contraria al orden jurídico, o sea, que es antijurídica.

En cuanto a la imputabilidad, se ha discutido mucho acerca de su ubicación sistemática, "...es un concepto que ha sido definido con muy distinta extensión y, en consecuencia, con esa extensión también se le han asignado muy diferentes ubicaciones. Para algunos fue total capacidad psíquica para el delito y debía ser ubicada como anterior a la conducta misma, en tanto que, en el otro extremo, hay quienes pretenden que no forma parte del delito sino

que pertenece a la teoría de la sanción, con lo que su ausencia daría lugar a la aplicación de una medida en lugar de una pena. Estas dos posiciones extremas nos dan una idea clara de lo justificada que está la denominación de 'fantasma errante' que le diera Frank." ³⁸

Entre nosotros, Francisco Pavón Vasconcelos se ha ocupado de esta cuestión, y le ha encontrado las siguientes ubicaciones: "a) Como presupuesto del delito... b) Como presupuesto de la pena... c) Como presupuesto de la culpabilidad... y d) Como elemento de la culpabilidad." ³⁹

Bajo ese orden de ideas, es obvio que, si fuésemos partidarios de la primera concepción, la estudiaríamos previamente al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad; de acuerdo a la segunda, después de esos dos apartados y antes del capítulo relativo a la individualización de la pena; en el tercer supuesto, con anterioridad a la culpabilidad y en el último dentro de ella (desde luego, en las dos posiciones finalmente mencionadas su análisis se llevaría a cabo al ocuparnos de la responsabilidad penal, ya fuera probable o plena, dependiendo del momento procedimental en que nos encontráramos).

³⁸ Zaffaroni, E. R. "Manual de Derecho Penal", 3ª Reimpresión, Editorial Cárdenas, México, 1997, p. 565

³⁹ "Imputabilidad e inimputabilidad", 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 83-92

Independientemente de cuestiones teóricas, su contenido se desprende de la fracción VII del artículo 15 del código penal, integrado por la facultad de comprender el carácter ilícito de la acción y estar en posibilidades de conducirse de acuerdo con esa comprensión, por lo que estaremos ante un inimputable cuando falte cualquiera de esos aspectos, lo que puede suceder en los casos de minoría de edad o de trastorno mental permanente o transitorio, o bien, en tratándose de sordomudos que no sepan leer ni escribir.

Con la reforma que venimos comentando, de febrero de 1994, se introdujo en el código penal, en el artículo 69 bis, la figura de la imputabilidad disminuida, consistente en que las facultades anteriormente mencionadas no desaparecen completamente, pero si se alteran o se afectan, la que no tiene efectos de absolución, sino que funciona meramente como atenuante, al señalarse que en este supuesto se impondrá hasta dos terceras partes de la pena que corresponda al delito cometido.

En el tema de la culpabilidad se generó un cambio de proporciones mayúsculas, ya que el contenido de ella, siguiendo los criterios causalistas, siempre había sido el de ubicar al dolo y a la culpa como sus formas o especies, y al ser trasladados el dolo y la culpa al tipo penal, como elementos subjetivos, se ignoraba qué debía comprender o contener, desde ese momento en adelante, la culpabilidad.

Muchos decían que había quedado vacía; otros decían que para llenarla había que repetir lo que en el tipo se hubiera dicho en relación con el dolo y la culpa.

En realidad, era muy sencillo descubrir su nuevo contenido, de acuerdo con la teoría finalista, y para ello era suficiente con analizar el reformado artículo 15 del código penal, que en una forma coherente y sistemática enunciaba los elementos del delito, solo que en su aspecto negativo, pues el rubro de este precepto es el de que "el delito se excluye cuando ... ", y comenzaba su primera fracción indicando que el hecho se realizara sin intervención de la voluntad del agente, precisamente siguiendo la teoría de la acción finalista, que en el nivel de la conducta confiere relevancia tanto al contenido como a la manifestación de la voluntad, observándose aquí que si el primer elemento positivo en la estructura del delito es la conducta, en forma congruente su primer aspecto negativo es la ausencia de conducta.

De forma similar, si el segundo elemento del delito es la tipicidad, en la fracción II del precepto legal en cita, se establecía ese mismo aspecto del delito, pero en su aspecto negativo, ya que se refiere a la falta de algunos de los elementos del tipo de que se trate.

En cuanto al consentimiento del ofendido, regulado en la fracción III del artículo en comentario, tradicionalmente se le ubica entre las causas de justificación, pues éstas siempre se han fundado tanto en la ausencia de interés (que es el caso del

consentimiento) como en el interés preponderante (que es donde concurren las restantes justificantes).

Personalmente opinamos que tiene una doble naturaleza, de manera que funcionará como causa de atipicidad, cuando el tipo requiera entre sus elementos esa falta de consentimiento, como en el caso del robo, en el que el apoderamiento de las cosas ajenas y muebles, debe darse sin el consentimiento y sin derecho de quien pudiera disponer de ellas, con arreglo a la ley; pero en todos los otros casos, cuando los tipos penales no exijan en su descripción esa falta de consentimiento, cuando esta figura se presente obviamente no afectará la tipicidad, la cual quedará intacta, pues en estos supuestos lo que se verá afectado será la antijuridicidad de la conducta, por lo que en esta segunda postura su naturaleza es la de funcionar como causa de justificación.

Es lógico que para la eficaz procedencia del consentimiento como causa de exclusión del delito, ya por eliminar la tipicidad o la antijuridicidad de la conducta, deberá reunir los requisitos que para tal efecto exige la fracción III del artículo 15 del código penal, en cuanto a que debe tratarse de un bien jurídico que sea disponible para el que lo otorga, quien además debe tener capacidad para ello y hacerlo expresa o tácitamente, sin que medie ningún vicio.

Si el tercer elemento positivo del delito lo constituye la antijuridicidad, el tercer aspecto negativo se integra con las causas de justificación o de licitud -también llamados preceptos permisivos-, que son la defensa legítima, el estado de necesidad

justificante, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, que se contemplan en el mismo numeral en las fracciones de la IV a la VI.

Siguiendo los mismos lineamientos, en la fracción VII del propio artículo se menciona a la inimputabilidad, que viene a ser el aspecto negativo de la imputabilidad, que sería el positivo.

Bajo ese orden, era fácil de advertir que el nuevo contenido de la culpabilidad, que sería el siguiente elemento positivo del delito, se encontraría en la fracción VIII y en las subsecuentes del artículo en comento.

Remitiéndonos a esa fracción VIII, tenemos que regula como causa de exclusión del delito, al error, al cual divide en los incisos a) y b), encuadrando en el primero de ellos al llamado error de tipo y en el segundo al de prohibición. En este punto, es importante resaltar que encontramos en esta fracción un error sistemático, consistente en dar la misma ubicación a dos aspectos que son diferentes y que inciden en distintas cuestiones, por lo que dogmáticamente deben ubicarse en lugares diversos, dentro de la estructura del delito.

En efecto, el error de tipo, previsto en el inciso a), consiste en no conocer los elementos del tipo, como el sujeto que se apodera de un reloj de precio muy elevado, confundiéndolo con el suyo, que es exactamente igual a simple vista, por lo que desconoce el elemento "ajeneidad", de modo que, en principio, no comete el

delito de robo, o bien, como aquél que tiene cópula con una mujer muy desarrollada físicamente, de la cual desconoce su edad, pero que finalmente resulta ser menor de 18 años, con lo que comete el delito de Estupro. Esta clase de error afecta el actuar doloso, pues el dolo consiste precisamente en conocer los elementos del tipo, y a pesar de ello querer el resultado prohibido por la ley, de modo que, como el dolo es elemento subjetivo del tipo, el actuar sin dolo implicaría la falta de uno de los elementos del tipo, que ya está regulado en la fracción II de este mismo artículo, lo que constituye una atipicidad.

Por el contrario, el segundo error, el del inciso b), nada tiene que ver en cuanto al conocimiento o no de los elementos del tipo, los cuales en este caso son bien conocidos, y el error que se presenta es con respecto a la prohibición o no de esa conducta, lo que en nada afecta a la tipicidad. El defecto de referencia, de encuadrar estos dos errores en la misma fracción, seguramente obedeció a cuestiones de redacción, y para no hablar en dos lugares distintos de error, se les englobó en la misma fracción, seguramente considerando que el dividirlos en incisos salvaba sus distintas consecuencias jurídicas.

De esa manera, si en la fracción I se regulaba el aspecto negativo de la conducta; en la II el negativo de la tipicidad; en la III una cuestión que puede ser tanto causa de atipicidad como de justificación; de la IV a la VI el negativo de la antijuridicidad; en la VII el negativo de la imputabilidad; y si en el inciso a) de la fracción VIII se contemplaba un aspecto que finalmente encuadra dentro de

la fracción II (puesto que el error de tipo elimina el dolo, el cual es elemento subjetivo del tipo), lógico es pensar que, entonces, para encontrar el contenido de la culpabilidad debemos partir del inciso b) de la misma fracción VIII, donde se contempla el error de prohibición, relativo a ignorar que el hecho estuviera prohibido por la ley, pero como este artículo refleja la teoría del delito en su aspecto negativo, por interpretación se debe encontrar su aspecto positivo: así, si el negativo es el no saber que el hecho está prohibido, el positivo sería precisamente el saber de esa prohibición, lo que técnicamente se llama tener conciencia de la antijuridicidad de la conducta.

Obviamente, ese conocimiento de la ilicitud no se refiere a tener un conocimiento técnico, pues de ser así solo los juristas y de entre ellos particularmente los penalistas (solo los estudiosos) serían susceptibles de cubrir este requisito. Lo que se requiere es solamente un conocimiento potencial de esa antijuridicidad, lo que significa que no se exige que el sujeto sepa en qué ley o en qué artículo y de que manera se encuentra prevista su conducta, sino que basta con el solo sentimiento natural que hay en todo ser humano, que nos indica lo que es bueno y lo que es malo.

De esa manera vemos que la culpabilidad se integra con la imputabilidad, con la conciencia de la antijuridicidad, además de otro elemento que se deduce de la fracción IX del artículo 15 que venimos comentando, consistente en que al sujeto no le debe ser exigible racionalmente actuar de otra manera, lo que implica que, considerándolo como un hombre del término medio, porque el

derecho penal se dirige a esa clase de hombres, no a los héroes ni a los cobardes, sino solo al normal, debe haber tenido otra u otras opciones de acción, que le permitan actuar en forma diversa sin violar la ley.

Este elemento debe darse tanto en los delitos dolosos como en los culposos, y al respecto son bien conocidos en la literatura de nuestra materia los ejemplos que han sido bautizados como “la cigüeña en los juzgados” y “el caballo resabiado”.

En el primero de ellos se dice que en tiempos pasados, en un pueblo de mineros, éstos tenían que trabajar todos los días de la semana y, por excepción, se les concedía el domingo como día de descanso, cuando un hijo nacía ese día, siendo el caso que todos los alumbramientos eran atendidos por la partera del poblado y era motivo de gran regocijo el nacimiento de un niño y más aún cuando nacía en domingo, empezando a suceder que uno de tantos nacimientos se verificó en las primeras horas del lunes y otro en las últimas horas del sábado, casos en los que los padres le pidieron a la partera que expidiera el certificado de alumbramiento, indicando que el nacimiento había sido durante el domingo, con lo que ésta falseaba documentos, y más aún, en posteriores nacimientos, que podrían ser a la mitad de la semana, los obreros le exigían en todos los casos que señalara en el certificado una fecha falsa, asentando que había sido en domingo el nacimiento, bajo la advertencia de que si no lo hacía no la contratarían más, y cuando este asunto llegó a los tribunales, pues causó extrañeza que ya todos los bebés nacían los domingos, el argumento de defensa de la comadrona fue

que efectivamente había alterado las fechas, pero que lo había hecho por el temor de ya no percibir ingresos y por la necesidad de proveer lo necesario para la subsistencia de su familia.

En el segundo caso, cuando aún no existían los vehículos de motor, el servicio de taxi se prestaba en carretas jaladas por caballos, y en una ocasión un cliente llegó al lugar donde éstas se encontraban y pide una, contestándole el conductor que no había servicio porque no había caballos para jalarla, indignándose el pasajero, puesto que sí había un caballo, pero le explica el conductor que ese caballo aún no estaba domado y no obedecía las riendas, no obstante lo cual exige que le presten el servicio y se queja con el dueño del negocio, acusando al conductor de que no lo quiere llevar, ante lo cual el dueño le dice que lo correrá de su empleo si no acata su orden, siendo por esta amenaza que se ve obligado a llevarlo y, a pesar de que pone todo su cuidado y atención en el trayecto, en un momento dado el animal repara y vuelca la carreta, ocasionándose lesiones el pasajero, por lo que denuncia al conductor, que se defiende alegando que fue por el temor de perder su trabajo que condujo el vehículo.

En ambos casos, el primero de ellos doloso y el segundo culposo, los integrantes del tribunal se fundaron en una causa en ese entonces suprallegal, que era la no exigibilidad de otra conducta, para absolver a las dos personas.

De esa manera, interpretando a contrario sensu las fracciones VII, VIII inciso b) y IX, del artículo 15 del código penal, se extrae el

contenido de la culpabilidad finalista, integrándose por la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta, en donde apreciamos que el dolo y la culpa ya no se estudian en este nivel de la estructura del delito, de manera que al constatarse los puntos citados se estará en posibilidad de formular el correspondiente juicio de reproche al autor de la conducta típica y antijurídica, por haberse conducido violando la ley, teniendo otras opciones. Esta es la teoría normativa, pura, de la culpabilidad.⁴⁰

⁴⁰ Sobre el contenido de la culpabilidad aquí sostenido, vease Muñoz Conde, F. Y García Arán, M. op. cit. pp 323-326, Zaffaroni E. R., op. cit pp 543-549, Jescheck, H. H. "Tratado de Derecho Penal", traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. I, Editorial Bosch, España, 1981, pp 559-694, Jakobs, G. Op. cit Pp 565-716, Roxin, C. "Derecho Penal Parte general", traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, España, 1997, pp 788-968

CAPÍTULO V

COMO DEBEN SER LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. CUALES RESOLUCIONES.

En el presente capítulo habremos de referirnos a la forma como pensamos deben ser las resoluciones judiciales. Primeramente debe destacarse que, de acuerdo con el artículo 71 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal "Las resoluciones judiciales se clasifican en: decretos, sentencias y autos; decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto principal controvertido; y autos, en cualquier otro caso".

De inmediato se observa que existe gran diversidad de resoluciones que pueden llegar a dictarse durante la tramitación de un procedimiento penal y que en esta materia no existen sentencias interlocutorias; desde luego no nos vamos a referir a todas ellas, sino solamente a las medulares que, a nuestro criterio, son: el auto que resuelve sobre el libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia, el de plazo constitucional que define la situación

jurídica mediante la formal prisión, la sujeción a proceso o la libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley y, desde luego, la sentencia.

En cuanto a la orden de aprehensión, podemos mencionar que su reglamentación se encuentra en el artículo 16 constitucional y en el 132 del código procesal penal del Distrito Federal. Los requisitos generales para su emisión, como acto de molestia que es, son los referentes a que se trate de una autoridad competente ⁴¹ que funde y motive su libramiento, entendiéndose por fundar el señalar no solamente la ley que sirva de apoyo, sino que de manera concreta se debe invocar el precepto legal y, aún más allá, se debe señalar el párrafo, fracción, parte o hipótesis, que sea la exactamente aplicable al caso concreto de que se trate, en tanto que motivar se refiere a la obligación que tiene la autoridad de explicar las razones o argumentos que la llevaron a resolver en tal o cual sentido.

Los requisitos específicos que habrán de cubrirse para obsequiar esa orden, es que la haya solicitado el Ministerio Público y que preceda denuncia o querrela, referidas a un hecho determinado en la ley como delito, cuando su sanción cuando menos sea privativa de libertad y fundamentalmente que existan datos que acrediten los elementos del tipo penal del delito de que se trate y hagan probable la responsabilidad penal del inculpado.

⁴¹ La competencia es el marco dentro del cual la autoridad puede ejercer validamente sus funciones y se determina atendiendo a la materia, al fuero, al grado, al territorio, a la punibilidad y al turno, a diferencia de la jurisdicción, que es la facultad soberana del Estado para declarar el derecho.

Los requisitos que se deben cubrir para librar una orden de comparecencia son exactamente los mismos que los anteriores, a excepción de la punibilidad señalada al delito, que no debe ser privativa de libertad, sino alternativa o de cualquiera otra clase que no conlleve prisión.

Además de las dos anteriores, existe una tercera forma de proceder en esta etapa del procedimiento, que es la de preinstrucción, preprocesal o de preparación del proceso, en los casos de ejercicio de la acción penal sin detenido, como lo es el libramiento de una cita, que es una forma híbrida que se presenta en los casos en que el consignado obtuvo su libertad provisional ante el Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa, señalándose que es híbrida en razón de que en ese supuesto no se debe librar ni la orden de aprehensión ni la de comparecencia.

No la de aprehensión, porque es la consecuencia jurídica en tratándose de delitos que se sancionan con pena privativa de libertad, que aparentemente sería la procedente, pero existe imposibilidad para su otorgamiento, precisamente porque el inculcado se encuentra disfrutando de la llamada libertad administrativa, de tal manera que en caso de ordenarla prácticamente implicaría una burla para el gobernado y dejaría de tener razón de ser la libertad que había obtenido.

Pero tampoco se debe librar la de comparecencia, porque es la consecuencia jurídica en delitos que no se sancionan con pena de prisión, y en el caso que comentamos si existe esa pena, pues de no ser así no habría existido la necesidad de obtener la libertad provisional. En ese sentido, lo adecuado es citar a la persona para que rinda su declaración preparatoria, y solamente ante su desacato se ordenará su reaprehensión, obviamente, previa solicitud del Ministerio Público.

Existe también una forma particular de la orden de aprehensión, en los casos de delitos culposos que tengan una punibilidad que no exceda de cinco años de prisión, supuesto en el cual los elementos policíacos que aprehendan al inculpado no lo deben ingresar al reclusorio preventivo, como tradicionalmente acontece, sino que debe ser puesto directamente a disposición del juez para que pueda solicitar su libertad provisional, y solamente en caso de que no la obtenga, deberá ingresar al mencionado reclusorio.

Por lo que hace al auto de plazo constitucional, que marca el inicio del proceso, esto puede ser mediante un auto de formal prisión o uno de sujeción a proceso, sin restricción de la libertad personal, cuando se acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, en la inteligencia de que la primera resolución se dicta, en congruencia con la orden de aprehensión, cuando la pena señalada al delito es privativa de libertad, en tanto que la segunda, acorde con la orden de comparecencia, cuando esa pena no es de prisión.

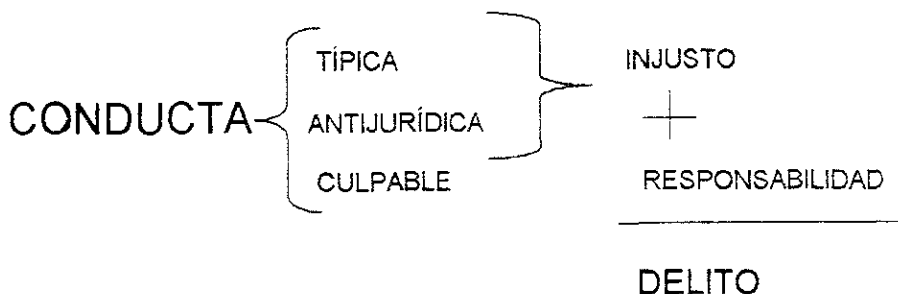
Este auto tiene como misión principal la de evitar procesos inútiles, pues en nuestro sistema penal ningún proceso debe durar más de un año de prisión (artículo 20 fracción VIII, constitucional) y sería injusto mantener en prisión preventiva a una persona hasta por ese tiempo, para finalmente decirle que queda en libertad, y es por eso que con esta resolución provisional que se dicta, se busca que al menos estén cubiertos requisitos indispensables que justifiquen esa privación de libertad. Además de la función anterior, esta resolución sirve para fijar con precisión la litis o la materia por la cual se seguirá el proceso, vinculando así la sentencia que posteriormente habrá de dictarse, con el delito a que este proveído se refiera, justificando así la prisión preventiva y dando inicio al cómputo de un año antes señalado y, solamente como consecuencia, su dictado suspende las prerrogativas del ciudadano, como lo son las de votar y ser votado, así como otras similares.⁴²

Si no se acreditan ya sea los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del inculpado, deberá decretarse la libertad por falta de elementos para procesar, con las reservas de ley, lo que significa que no se impide que posteriormente se llegue a proceder nuevamente en contra de la persona, si aparecieren datos que lo justifiquen, independientemente de la sanción señalada para el delito en cuestión.

⁴² Cfr Zamora - Pierce, J "Garantías y Proceso Penal", 3ª ed Editorial Porrúa, México, pp. 13-14

Finalmente, en cuanto a las sentencias, claro esta que son las más trascendentales de todas las resoluciones judiciales, puesto que de ellas depende la libertad o la absolución de la persona, por cuanto son las resoluciones que finalizan el proceso.

Habiéndose señalado que consideramos a las anteriores como las resoluciones medulares dentro del procedimiento penal, previamente a señalar cómo pensamos deben ser, es pertinente referir que entendemos al delito como un todo, pero dogmáticamente consideramos que es adecuado dividirlo en estratos o niveles para su mejor comprensión, y en ese sentido somos partidarios de la teoría tritómica del delito, referente a que la conducta no es un elemento independiente, sino que es un presupuesto del Derecho en general y del derecho penal en particular, que ya se encuentra inmersa dentro del elemento tipicidad, que sería el primer punto distintivo de esa conducta; el segundo elemento sería la antijuridicidad, que en conjunto con el primero forman el injusto penal, como acto desvalorado por el derecho, pero todo ello aún no constituye delito, pues para eso es menester que se satisfaga otro aspecto más que es la culpabilidad, entendida como reprochabilidad al sujeto por el injusto cometido, de acuerdo con la siguiente ilustración



5.2. EL JUICIO DE TIPICIDAD.

Partiendo de la base de que, mientras el derecho penal tiene como función básica la de describir las conductas que serán consideradas delito y señalar las penas que corresponderán a quienes incurran en esos hechos, previniendo así la afectación de los bienes jurídicos fundamentales del hombre, el derecho procesal penal, aunque se regula en un código específico y a pesar de que en las universidades se enseña en una materia exclusiva, además de que hay libros dedicados precisamente a él y se pueden distinguir perfectamente entre los autores penalistas y los procesalistas, afirmándose que este derecho adjetivo tiene independencia con respecto de aquél, lo cierto es que, sin que sea contradictorio, en realidad es accesorio, puesto que básicamente consiste en regular los trámites que habrán de agotarse o en señalar los pasos que han de seguirse para poder dictar una sentencia, por lo que prácticamente no es un derecho que tenga una esencia propia, considerándose más adecuado decir que es un derecho para el Derecho.

Así, el primero de los conceptos procesales, que es la acreditación de los elementos del tipo penal, contiene o recepta dos elementos del derecho penal de fondo, que son la conducta y la tipicidad.

En cuanto a la conducta, somos partidarios de la teoría de la acción finalista, puesto que entendemos a la conducta como un

todo que no se puede dividir en partes. Además, consideramos que no tiene la categoría de elemento del delito, sino la de un presupuesto, puesto que es bien sabido que el Derecho es un conjunto de normas que regula la conducta del hombre en la sociedad, de manera que el derecho penal, por ser Derecho, obviamente también regula conductas: las delictivas, las cuales además forman parte integrante del tipo penal, de acuerdo con la primera parte de la fracción I del artículo 122 del código de procedimientos penales, por todo lo cual la entendemos como presupuesto básico de la estructura del delito, al que se le deben sumar sus tres características específicas, que son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Una vez precisado lo anterior, debemos mencionar que por tipo entendemos la parte de la ley que se ocupa de describir lo que es la materia de regulación de la norma penal, describiendo la conducta humana, por lo que si la conducta se integra por una parte interna y otra externa, lo que se conoce como el contenido y la manifestación de la voluntad, respectivamente, es obvio que el tipo debe contener ambos aspectos, debiendo hacer el señalamiento de que el tipo es estático y se encuentra en la ley, mientras que la tipicidad es dinámica y es una característica de la conducta, relativa a que debe adaptarse exactamente a la que en abstracto haya sido descrita.

Para esto, la tipicidad deberá colmarse únicamente cuando se encuentren satisfechos todos los elementos contenidos por el tipo penal, ya sean de carácter objetivo, subjetivo y normativo, tomando en cuenta la devolución que este elemento del delito ha sufrido,

desde su incorporación a la ciencia penal en 1906, hasta el momento actual, ⁴³ considerando que en esta forma se confiere mayor seguridad jurídica a los destinatarios de la norma penal.

5.3. EL PROBLEMA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Este punto lo hemos titulado así, porque tal pareciera que este elemento del delito no encuentra acomodo en ninguno de los dos rubros del derecho procesal, pues en estricto sentido no forma parte ni de los elementos del tipo ni de la responsabilidad penal y, sin embargo, necesariamente tiene que quedar incluido en alguno de ellos, o bien, en forma arbitraria, ubicarlo en un lugar diverso dentro de la resolución que se esté dictando, y decimos que en forma arbitraria porque la legislación procesal no prevé ningún otro concepto más que los ya indicados; o bien, otra posición es que se podrían dictar resoluciones prescindiendo de su estudio, lo que desde luego es inadecuado.

Es obvio que la antijuridicidad no debe estudiarse en el mismo nivel que la tipicidad. A este respecto, es oportuno recordar que doctrinariamente se han señalado tres diversas opiniones en cuanto a las relaciones que existen entre uno y otro elementos: una indica que son elementos completamente separados, sin nada que ver entre sí; otra, en el extremo opuesto, indica que son prácticamente lo mismo; la tercera, tomando una posición intermedia, señala que

⁴³ Infra, pp. 51-74

ni son del todo independientes, ni tampoco son equivalentes, sino que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad.

La primera y segunda posiciones son radicales, puesto que, con relación a aquélla, la razón de tipificar una conducta, obviamente es porque tiene tintes de antijuridicidad, pues sería absurdo contemplar en la ley penal conductas que fueran acordes al derecho y, en ese sentido, no podemos decir que sean cuestiones absolutamente independientes.

En cuanto a ésta, su admisión daría lugar a aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo, de acuerdo a la cual para poder afirmar la tipicidad de una conducta se requiere, en primer lugar, acreditar los elementos positivos del tipo, que serían los objetivos, normativos y subjetivos, que reiteradamente hemos mencionado, compuestos por la conducta, el bien jurídico, la forma de participación del sujeto, la realización dolosa o culposa, en todos los casos, y además, si el tipo lo requiere, las calidades en los sujetos activo y pasivo, el resultado y el nexo causal, el objeto material, los medios utilizados, las referencias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los normativos, los subjetivos específicos y los demás que la ley prevea.

Pero eso no bastaría para afirmar la tipicidad, pues en segundo lugar debería acreditarse que no existe ninguno de los elementos negativos, en los que encuadran las causas de justificación, como el consentimiento del ofendido, la defensa legítima, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un

deber, puesto que si se presentara una de estas justificantes, no habría tipicidad, lo que evidentemente no es correcto, ya que se argumentó que no es lo mismo matar a una mosca que matar a un hombre en defensa legítima, pues aquélla es una conducta atípica, mientras que ésta es una conducta típica, pero justificada, de lo que se llega a la conclusión que la presencia de una causa de justificación en nada afecta a la tipicidad, sino que, en todo caso, lo que impide es la afirmación de la antijuridicidad.

Por ello, nos apegamos a la teoría mencionada en tercer lugar, conocida como indiciaria, de acuerdo con la cual si una conducta es típica normalmente también será antijurídica, lo que no se puede afirmar hasta en tanto no se siga un proceso inverso, consistente en ir desechando una a una las causas de licitud, y solo al final de ese proceder, al no haber afirmado ninguna, se podrá señalar que esa conducta, que ya de antemano era típica, también reviste el carácter de ser antijurídica.

En ese tenor, resulta claro que el concepto sustantivo de antijuridicidad que venimos comentando, de ninguna manera debe quedar incluido en el rubro procesal "elementos del tipo".

El problema surge cuando, ante la imposibilidad señalada en el párrafo que antecede, no queda otra opción que ubicarla en el rubro procesal "responsabilidad", lo que también es inadecuado, pues es bien conocido que para que exista un delito se debe efectuar una doble desvaloración o un doble reproche: el primero respecto del acto en sí mismo, y el segundo respecto del autor del acto

desvalorado, siendo que ese segundo juicio recae, como ya se vio, sobre el sujeto, pero es el caso que la antijuridicidad nada tiene que ver con el sujeto, sino, más bien, con el hecho

En este punto, el segundo párrafo del artículo 122 del código adjetivo de la materia, indica que "para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad".

Como las causas de licitud constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, interpretando en sentido contrario el párrafo en cita, se obtiene que el primer elemento que debe estudiarse en el concepto procesal "responsabilidad" es, precisamente, la antijuridicidad, y el segundo componente, como textualmente se observa, será la culpabilidad, pero obviamente, para ocuparnos de esta última, de manera previa o como parte de ella, debe analizarse la imputabilidad del sujeto, de manera que, de acuerdo con el texto legal, en forma resumida, la responsabilidad es el concepto procesal que recoge o recepta a los elementos del delito antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad.

En la práctica judicial, el párrafo que comentamos ha recibido dos interpretaciones: la primera, estrictamente letrista o legalista, estudiando a la antijuridicidad en el concepto responsabilidad, posición a la que se podría hacer la crítica arriba señalada, en cuanto a que un aspecto que corresponde al hecho se estudia donde se debe analizar el actuar del sujeto; la otra postura es de

que, como el artículo comienza indicando "para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud...", entienden que el artículo no dice que la antijuridicidad forme parte de la responsabilidad, sino que debe ser estudiada previamente a ella, basándose en lo cual emiten resoluciones en las que, en un primer considerando se ocupan del estudio de los elementos del tipo, en un segundo considerando analizan lo referente a las causas de justificación y consecuentemente a la antijuridicidad, y en un tercer punto es donde tratan lo relativo a la culpabilidad.

En nuestra opinión, esa forma de actuar, aún cuando tiene la finalidad de no ocuparse en la responsabilidad de algo que no pertenece a ella, es inadecuada, por lo siguiente: el destino normal de un proceso es terminar con una sentencia pero, por excepción, puede terminar antes, como cuando exista un sobreseimiento o cuando resulta procedente un incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Ese incidente responde a la teleología de que, si en contra de una persona ya fue dictado auto de formal prisión, desde luego porque se cumplieron los requisitos de fondo que para esta resolución se exigen, que son la acreditación de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad, resultando que conforme avanza el proceso, durante la etapa de instrucción se han venido celebrando una o varias audiencias, en las que obviamente se han desahogado algunas pruebas, de tal manera importantes que por

virtud de ellas se han desvanecido las pruebas que inicialmente sirvieron al juez para decretar la formal prisión, es decir, se han desvanecido las pruebas con las que se acreditaron los elementos del tipo o las pruebas con las que se demostró la probable responsabilidad.

En esos casos, el legislador consideró injusto para el procesado tener que esperar hasta el dictado de su sentencia, lo cual aún podría tardar bastante tiempo, dependiendo de la problemática que cada proceso presente, para obtener su libertad, cuando ya desde ese momento la fuerza convictiva de las pruebas de descargo era notoria.

Resulta que, por lógica y además por disposición expresa de la ley, si la base del proceso fue la acreditación de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad, este incidente solo procede cuando se han desvanecido las pruebas que acreditaron cualquiera de estos dos aspectos, pero en ningún otro caso.

Por ello, es inadecuado el proceder de la forma anteriormente señalada, encuadrando a la antijuridicidad en un considerando arbitrario, ni en el correspondiente a los elementos del tipo ni en el relativo a la probable responsabilidad, pues ese considerando arbitrario la ley procesal no lo contempla, pues actuar de esa manera lo que en la realidad implicaría sería el cerrar la puerta al procesado y a su defensa, para promover el incidente en cuestión, cuando lo que se hubiera desvanecido fuera la antijuridicidad, por

haberse comprobado de manera plena e indubitable que se actuó al amparo de una causa de justificación.

Por todo lo anterior, nuestra posición sobre la antijuridicidad en una resolución judicial, es de que, desde luego no debe estudiarse en la responsabilidad, porque el juicio de desvalor que ella encierra no se refiere al sujeto, sino al hecho, pero tampoco en el rubro de los elementos del tipo, porque implicaría tratar a la tipicidad y a la antijuridicidad en un mismo nivel dentro de la estructura del delito.

Consideramos que sería adecuada una reforma en el sentido de que, en lugar de elementos del tipo se debiera hablar de "injusto penal", entendiendo por tal la suma de la conducta típica y antijurídica, con lo que las resoluciones judiciales serían congruentes con el nivel de desarrollo alcanzado por la dogmática penal.

5.4. EL JUICIO DE REPROCHE.

Tradicionalmente se ha llamado así el estudio que se hace sobre el autor de la conducta típica y antijurídica, cuando se resuelve negativamente.

Esta parte de las resoluciones judiciales, antiguamente fue cubierta con la demostración de que había actuado en forma dolosa o en forma culposa, siguiendo la teoría psicológica de la culpabilidad. En un segundo momento, cuando en el derecho

penal imperaba la teoría normativista mixta de la culpabilidad, en la práctica mexicana no tuvo mayor impacto, ya que en los archivos judiciales aún podemos encontrar expedientes de esa época (1907-1935/40), en los que se observa que esa teoría no tuvo mayor acogida, ya que las resoluciones continuaron dictándose en los términos de la primeramente señalada.

Al haberse adoptado la teoría finalista en nuestra legislación (1994), en virtud de la cual el dolo y la culpa dejaron de ser entendidos como formas o especies de la culpabilidad, para ser trasladados al tipo, como elementos subjetivos, se presentó la dificultad de que el rubro procesal de la responsabilidad penal no encontraba cómo llenarse o no se sabía qué debía contener.

En forma paulatina se fue asimilando la citada teoría finalista y, actualmente, el punto de la responsabilidad, haciendo uso de la teoría normativista pura de la culpabilidad, se ha venido a integrar con el estudio referente a la imputabilidad del sujeto, en primer término; en segundo lugar con la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y, por último, con la exigibilidad de actuar de manera diversa, afirmándose todo lo cual se concluye que la conducta en estudio, de la que ya se había afirmado que era típica y antijurídica, también reviste el carácter de ser culpable, siendo este el último de los elementos necesarios para acreditar la existencia de un delito.

El aspecto que nos ocupa, dependiendo del momento procedimental en que se actúa, debe demostrarse de distinta manera. en forma probable si nos encontramos resolviendo

respecto a la procedencia o no de una orden de aprehensión o de comparecencia, al igual que si nos encontráramos en el plazo constitucional para resolver la situación jurídica de una persona, pero debe demostrarse plenamente para los efectos de una sentencia.

5.5. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA (EN LAS SENTENCIAS).

Por razón lógica, al no ser resoluciones definitivas, ni en la orden de aprehensión o de comparecencia, ni en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se requiere de un capítulo de individualización de la pena, por la sencilla razón de que en esos momentos aún no se ha afirmado la existencia del delito y la responsabilidad del encausado, por lo que solamente en las sentencias, siempre y cuando sean condenatorias, se hará necesario este punto.

Es oportuno señalar que sobre este rubro existen tres niveles: el primero de ellos, que corresponde al poder legislativo, denominado punibilidad, consiste en la amenaza que, en forma general se señala a los gobernados para el caso de que incurran en algunas de las conductas previamente tipificadas como delito, reuniéndose así uno de los dos elementos que debe contener toda norma jurídica; el segundo es el que propiamente debe llamarse individualización, pues esta es la punición, referente a que a la persona que en un caso concreto ha incurrido en el supuesto de

hecho previsto por la norma, se le aplica, ya no en forma genérica o abstracta, sino de manera personal una sanción en concreto, funcionando así como una norma jurídica individualizada, lo cual corresponde al poder judicial, al momento de dictar sentencia; la tercera compete al poder ejecutivo y se lleva a cabo una vez firme la sentencia, siendo el tiempo real de ejecución de la sanción, conocida como pena.

A manera de ejemplo: en nuestra ley punitiva (artículos 367 y 370 párrafo tercero) se prevé el delito de robo y se establece que a quien lo cometa, cuando el monto exceda de quinientas veces el salario, se le aplicarán de cuatro a diez años de prisión (punibilidad), siendo que en un determinado asunto cierto sujeto se apodera de bienes ajenos, por lo que el juez de la causa que se le instruyó, atendiendo a las circunstancias particulares del evento, le impuso cinco años de prisión (punición); sin embargo, la autoridad encargada del cumplimiento de las sentencias, aplicándole las reglas de la libertad preparatoria, lo externó de la penitenciaría al cumplir las tres quintas partes de su condena, es decir, cuando llevaba tres años de privación de libertad (pena).

Su importancia radica en que, cuando el derecho penal prevé delitos y les asigna la punibilidad correspondiente, lo hace de una manera abstracta, señalando siempre la misma sanción para cada delito, es decir, ejemplificativamente todos los homicidios simples, dolosos, se castigan con prisión de entre ocho y veinte años, de acuerdo con el artículo 307 del código penal, pero sucede que en el mundo fáctico, a pesar de que se cometen infinidad de homicidios

de esa clase, ninguno de ellos son iguales entre sí, pues a pesar de que en esencia todos coinciden en que versan sobre la privación de la vida de una persona por causa de otra, en todos hay condiciones distintas en las circunstancias en que se presentan, que pueden ir desde el sexo o la edad de los sujetos intervinientes, hasta la forma de ejecución del hecho, en las que deben reflejarse las circunstancias exteriores de ejecución y las particulares del delincuente, como lo disponen los artículos 51 y 52, además del 60 en los delitos culposos, todos ellos del código penal.

Las circunstancias a tomarse en cuenta para individualizar la pena, son la magnitud del daño causado al bien jurídico tutelado por la ley, o el peligro a que hubiere sido expuesto; la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; la edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron a delinquir y, en dado caso que el sujeto perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígena, sus usos y costumbres; el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido y las circunstancias en que se encontraba al momento del hecho.

Además, en los delitos culposos debe tomarse en cuenta la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó; el deber de cuidado exigible al justiciable en razón de sus

características personales o por el oficio o actividad que desempeñe; si había delinquido anteriormente en condiciones semejantes; si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado necesarios; el estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, aunque esta última se exige en los supuestos de infracciones cometidas en los servicios de transporte o tratándose de conductores de vehículos.

CAPÍTULO VI

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999

Al comenzar la elaboración de este trabajo no se tenía contemplado incluir el presente capítulo, por una cuestión lógica, pues la fecha en que se concluyó la tesis fue el 14 de marzo de 1999, en tanto que las reformas en cuestión entraron en vigor apenas el 9 del mismo mes, pero son de tal manera trascendentes que, por honradez intelectual, es indispensable formular algunas consideraciones al respecto, ya que inciden en el tema que hemos venido tratando.

6.1. CAUSAS DEL REPUNTE DE LA DELINCUENCIA.

No es nuestro tema específico, pero no podemos dejar de mencionar, aunque sea someramente, que entendemos que entre los factores que han generado el alarmante índice de criminalidad, que padece el país, se encuentran multiplicidad de causas, entre las que podemos señalar algunas de tipo social, como lo son la desintegración familiar, pues es obvio que el matrimonio se encuentra en crisis y que cada vez es mayor el número de divorcios, lo que genera la separación de los cónyuges y consecuentemente la falta de la figura del padre o de la madre.

Aún en familias integradas, la violencia en el seno del hogar, desde palabras, actitudes y hasta golpes, son frecuentes, tanto que al código penal recientemente se adicionó el delito de violencia familiar (artículos 343 bis, 343 ter y 343 quáter).

El crecimiento demográfico es un aspecto que también incide en el incremento de la actividad delictiva, al igual que el hacinamiento urbano, pues personas que viven en la periferia delinquen en la ciudad y no en su lugar de residencia.

Vivimos en una época en que se ha agudizado una cultura de violencia, alimentada con la televisión, ya que incluso los programas infantiles, como las caricaturas, son sumamente agresivas, ya no digamos los destinados a adultos.

En general, se ha presentado una pérdida en los valores elementales que, aunado al problema educativo, genera conductas antisociales.

No solamente los anteriores aspectos determinan la delincuencia, pues también los factores económicos, que son una parte de lo social, influyen sobre el particular, y en este caso tenemos que la crisis económica de 1994, que generó gran desempleo, es un aspecto importantísimo, pues cuando las personas lícitamente carecen de los medios de proveerse los satisfactores que necesitan, recurren al delito a fin de obtenerlos, lo que de manera lógica explica porqué la mayoría de los delitos atenta contra el patrimonio de las personas. La economía informal

y la compraventa de objetos robados, terminan de redondear el círculo vicioso en este punto.

También se ha dicho que el propio sistema de justicia puede llegar a ser un factor criminógeno, cuando los métodos de reclutamiento y selección del personal no son adecuados, o cuando éste no tiene vocación o le falta capacitación y profesionalización, independientemente de los bajos salarios que orillan a la corrupción.

La falta de una verdadera carrera judicial, que implica la improvisación y que “todólogos” asuman puestos para los que no están preparados, todo ello genera finalmente impunidad, lo que propicia la aparición de nuevos delitos, pues es bien conocido el aforismo al tenor del cual “el delito que no se castiga se repite”.

Hay opiniones de acuerdo con las que los propios textos legales pueden llegar a generar delincuencia, en cuanto a que contengan tantas trabas o resquicios que dificulten la acción persecutoria y la consecuente aplicación de la sanción.

6.2. LOS MOTIVOS DEL LEGISLADOR.

Los argumentos que sirvieron de impulso a esta reforma fueron los de luchar contra la impunidad y la delincuencia, tratando de eficientar la acción persecutoria de los delitos, como mensaje y advertencia a los delincuentes, particularmente a los criminales

organizados, en el sentido de que la República se encontraba unida y dispuesta para enfrentarlos y combatirlos.

Se partió de la base de que la seguridad pública, la procuración de justicia y su impartición son tres aspectos estrechamente interrelacionados para castigar eficaz y oportunamente los agravios que la delincuencia común y la organizada infligen a la sociedad mexicana en su conjunto, a efecto de dar seguridad jurídica a los particulares, haciendo realidad su acceso a la justicia y asegurando que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley efectivamente lo hagan.

Se tomaron en cuenta estadísticas en cuanto al número de delitos conocidos, relacionándolos con el número de sentencias condenatorias, observándose una enorme discrepancia entre esos rubros, de tal manera que en términos generales se estimó que solo el 3% de los delitos cometidos son realmente castigados (lo que nos lleva a pensar que en el 97% restante, se trataba de personas inocentes).

Se reconoció que el incremento de la delincuencia en nuestro país es verdaderamente alarmante, estableciéndose que son múltiples las razones de dicho incremento, entre las cuales se señaló al desempleo y subempleo derivados de un periodo de crisis y austeridad económicas, el crecimiento de la población, la corrupción imperante en los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de que gozan los delincuentes y el rezago del marco jurídico para perseguir y sancionar a la delincuencia.

Se aceptó que la defensa de las personas, de las familias, de sus bienes y de su tranquilidad, necesariamente exigía la actualización y perfeccionamiento de nuestro sistema de justicia, pues todos los ciudadanos aspiramos a convivir en armonía y seguridad, para evitar que las generaciones futuras vivan en un clima de violencia, sin paz y sin tranquilidad.

Se llegó a afirmar que vivimos las consecuencias de leyes permisivas y reformas insuficientes; de años de negligencia, imprevisión y corrupción en las Instituciones encargadas de procurar justicia; de la aplicación de penas que en vez de castigar a los delincuentes, propician su impunidad y con ella su reincidencia.

Hubo opiniones en el sentido de que las anteriores reformas constitucionales (las de 1993 y su consecuente adaptación en las leyes secundarias) que se adherían a una cierta sistemática en cuanto al estudio del delito, habían tenido éxito en otros países, pero que no correspondía a la realidad mexicana, y que lo que en la práctica sucedía es que hacían sumamente difícil para el Ministerio Público lograr consignaciones adecuadas, lo que supuestamente daba lugar a que los jueces penales se vieran legalmente impedidos para iniciar procesos y más todavía, para dictar sentencias condenatorias, todo lo que originaba que, por tecnicismos legales, los delincuentes evadían la acción de la justicia.

La anterior opinión, desde luego no la compartimos, pues consideramos que aceptarla sería tanto como admitir que la ciencia

es ciencia en un lugar, pero que puede no llegar a serlo en otro lugar, lo que evidentemente es absurdo. Así, si la ciencia jurídica ha demostrado su eficacia en otros lugares, de ser bien aplicada no tendría porque no rendir los mismos frutos en otro sitio; antes bien, opinamos que lo que faltó fue una adecuada comprensión, una verdadera asimilación o introyección de los postulados o de los lineamientos de la moderna legislación penal que adoptó nuestro país, a partir de 1993.

Recientemente a la incorporación de la teoría finalista de la acción en nuestro sistema legal, cuando el concepto elementos del tipo substituyó al cuerpo del delito, el maestro Mario Estuardo Bermúdez Molina llegó a profetizar que, debido al desconocimiento de ella entre los juristas mexicanos, aunado a lo arraigado del concepto sustituido en nuestro ámbito procesal, la figura del cuerpo del delito resurgiría en el futuro, como el ave fénix, que renació de sus propias cenizas.⁴⁴

Parece ser que, con la última reforma (de 1999) su profecía se hace realidad, lo que es cierto solo parcialmente, pues él entendía que el cuerpo del delito del futuro –o sea, el de ahora-, debía integrarse no solamente con la tipicidad, sino también con la antijuridicidad, receptando el total injusto, lo que finalmente no ocurrió, pues el contenido que la reforma le dio al concepto fue diverso.

⁴⁴ Op cit pag 87

6.3. EL CONTENIDO DE LA REFORMA

En efecto, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, en vigor a partir del día siguiente, los artículos 16 párrafo segundo y 19, ambos constitucionales, referentes al libramiento de una orden de aprehensión y de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, respectivamente, fueron modificados, en lo que interesa, en que, para girar la primera y para emitir los segundos, como requisitos de fondo, en lugar de acreditarse los elementos del tipo penal del delito de que se trate, se deberá acreditar el cuerpo del delito.

6.4. COMENTARIOS.

La primera observación que puede hacerse es que, quizá de manera precipitada, sin una *vacatio legis* adecuada, que permitiera la adaptación de la ley secundaria con los nuevos contenidos constitucionales, la reforma entró en vigor de un día para otro, situación que consideramos inadecuada, pues fomentó la diversidad de criterios y, por ende, inseguridad jurídica, tocante a que cada juzgador interpretó de manera diferente lo que debía entenderse por cuerpo del delito.

La opiniones que predominaron fueron las de que, por una parte, atendiendo al contenido de los dictámenes elaborados con respecto a la iniciativa de ley, por parte de las cámaras de diputados y de senadores, en los cuales se planteó que el cuerpo

del delito se constituía únicamente por los elementos objetivos del tipo penal, en tanto que, por otro lado, ignorando el contenido de esos dictámenes y atendiendo solamente a lo que la propia ley decía, se equiparó el cuerpo del delito con los elementos del tipo penal.

Tratándose de consignaciones sin detenido, en las que normalmente los hechos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma en cita, pero la resolución se emitirá ya bajo su vigencia, se plantea la disyuntiva de acreditar ya sea los elementos del tipo, o bien, el cuerpo del delito.

Personalmente, ya que tenemos el privilegio de desempeñarnos como jueces penales, hemos adoptado el primero de esos criterios, explicando en nuestras resoluciones que los requisitos para los efectos de una orden de aprehensión, son que lo haga una autoridad judicial, por escrito, de manera fundada y motivada, que preceda denuncia o querrela (la reforma eliminó la acusación, lo que es plausible) referidas a un hecho previsto por la ley como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y, en forma medular, que se acrediten los citados elementos del tipo, además de la probable responsabilidad.

Argumentamos que se debe dar cumplimiento -también- al artículo 14 constitucional, que en su segundo párrafo establece 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”; señalamos que se debe atender al principio que rige en materia penal, relativo a que “el tiempo rige al acto”, por lo que optamos por la comprobación de todos los elementos del tipo, máxime que, de acuerdo con los dictámenes de las cámaras de diputados y de senadores -antes referidos-, indicaron que el cuerpo del delito se compone únicamente de los elementos objetivos del tipo, cuando éste, en realidad contiene -además- elementos normativos y subjetivos, por lo que consideramos que acreditar todos los elementos no irroga ninguna violación de garantías a los inculcados, puesto que si al acreditar los elementos del tipo se tienen por comprobados todos sus elementos (objetivos, normativos y subjetivos), obviamente y en forma automática queda comprobado también el cuerpo del delito, puesto que se compone únicamente de elementos objetivos, todo lo anterior con la finalidad de proveer mayor seguridad jurídica a los justiciables en un acto de molestia tan grave como lo es el decidir respecto al libramiento o no respecto a una orden de aprehensión, que conlleva la privación de la libertad de las personas, pues no debe olvidarse que la libertad es uno de los bienes jurídicos fundamentales de que dispone el hombre.

En cuanto a las consignaciones con detenido, en las que en las detenciones de los inculcados hubo o flagrancia o urgencia y en las que, por lo tanto, no permanecieron retenidos por la autoridad investigadora más de 48 horas (o 96, por excepción), en las que es obvio que los hechos sucedieron ya bajo la nueva regulación constitucional, hemos sostenido el criterio de que, a efecto de definir

la situación jurídica de los consignados, se hace necesario precisar que los requisitos de fondo exigidos por nuestra legislación para ese efecto, son que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal de la persona.

En ese orden de ideas, indicamos que el artículo 122 del código de procedimientos penales vigente, en su penúltimo párrafo precisa los requisitos que se deben cumplir para resolver respecto de la probable responsabilidad penal, estableciendo que sobre ese tópico, la disposición constitucional se encuentra perfectamente regulada en la ley secundaria, lo que no acontece en relación con el cuerpo del delito, ya que esta figura, actualmente contemplada por la Constitución, no se encuentra regulada por el ordenamiento adjetivo de la materia penal, lo que desde luego no es óbice para dar cumplimiento a la exigencia de la ley fundamental, adecuándola a las garantías de seguridad jurídica, legalidad y de supremacía constitucional, consagradas por los artículos 14, 16 y 133, respectivamente, de la Ley Fundamental.

Para realizar lo anterior se requiere una interpretación histórico-filológica, así como lógico-sistemática, de los artículos 19 constitucional y 122 del código de procedimientos penales, pues hasta el 3 de septiembre de 1993 ese precepto constitucional exigía, entre otros requisitos, para dictar un auto de formal prisión, que estuviera comprobado el cuerpo del delito, lo que también exigía el artículo 297 del ordenamiento legal antes mencionado; además, el numeral 122 de esa legislación, en aquella época, establecía que el cuerpo del delito se tendría por comprobado

cuando se acreditara la existencia de los elementos que integraran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determinara la ley penal.

Entonces, a partir del 4 de septiembre de 1993 y hasta el 8 de marzo de 1999, el ordinal 19 referido exigió, entre otros requisitos, igualmente para el dictado de un auto de formal prisión, que estuvieran acreditados los elementos del tipo penal, en tanto que el artículo 122 del código procesal, desde el 1º de febrero de 1994 hasta la fecha, ha señalado con precisión cuáles son esos elementos del tipo.

De lo anterior se observa, que a nivel constitucional, se han venido utilizando primero el concepto cuerpo del delito, después elementos del tipo y ahora, nuevamente, cuerpo del delito, como primer requisito de fondo para dictar un auto de formal prisión, sin establecerse cuál es el contenido de esa figura, pues esto es y debe ser tarea de la ley secundaria; así también se advierte que el numeral 122 de esa ley secundaria, con anterioridad a su redacción actual, se refería a acreditar una conducta que encuadrara en un tipo penal para tener por comprobado el cuerpo del delito, sin exigir que se adoptara una teoría o corriente en específico, lo que desde luego es correcto.

Por otra parte, la redacción del ordinal en comento, en la parte conducente, también exige que se compruebe que la conducta encuadra en un tipo penal, pero obliga a apearse a una teoría determinada, por lo que hasta en tanto no se

reforme ese numeral, serán, los elementos del tipo que el mismo señala, los que se tomen en cuenta para determinar el contenido del cuerpo del delito.

En la practica judicial, lo anterior lo hemos venido redactando de la siguiente manera:

“No pasa inadvertido para este juzgado, que con fecha 8 de marzo de 1999 se reformó el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que es la ley fundamental que regula dicha resolución por lo que para la debida aplicación y para su debida aplicación y para el efecto de determinar si en el presente caso se satisfacen las exigencias constitucionales vigentes, resulta obligado su análisis; así tenemos que el artículo 19, en lo que interesa textualmente establece: - - -

- - - “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán; el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias exteriores de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”. - - -

- - - Y del cotejo del actual texto con el anterior, esta autoridad llega a la conclusión de que el constituyente sustituyó el concepto Elementos del Tipo Penal, por el de Cuerpo del Delito; sin embargo, debe subrayarse que en la reforma constitucional no se determinó el contenido o alcance del concepto introducido, lo cual resulta entendible si se toma en cuenta que la Ley Suprema solo contiene garantías fundamentales y es la ley secundaria a la que corresponde reglamentar el ejercicio de esas garantías; así en el presente caso al código de procedimientos penales corresponde establecer el contenido del concepto Cuerpo del Delito, por lo que es precisamente en esta legislación donde debe buscarse el sustento legal que nos permita determinar su contenido.-----

- - - Por otra parte, se pone de relieve que la ley secundaria, en este caso el código de procedimientos penales, con posterioridad a la reforma constitucional, no ha sufrido ordenamiento, se puede afirmar que hasta el momento en que se dicta la presente resolución, no existe precepto legal alguno constitucional o procesal que establezca el

contenido del concepto cuerpo del delito, antes al contrario, la ley secundaria sigue manteniendo vigente su articulado, las disposiciones legales que regulan el concepto de elementos del tipo.- - - - -

- - - Al respecto encontramos los artículos 122 y 297 del código de procedimientos penales . En primer lugar tenemos que el artículo 122 vigente del ordenamiento antes citado, por una parte, señala de manera casuística, en sus tres fracciones, los elementos del tipo requeridos por todos los tipos penales (la correspondiente acción u omisión y la lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido, la forma de intervención de los sujetos activos; y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión) y en el párrafo siguiente algunos otros elementos que son los requeridos por algunos tipos penales (las calidades de los sujetos activo o pasivo, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea).- - - - -

- - - Esto es, en sus tres fracciones y su párrafo subsecuente, señala pormenorizadamente los elementos del tipo, que es precisamente el concepto sustituido en la reforma constitucional y por lo tanto, en opinión de este órgano jurisdiccional, implícitamente derogado y por ende no aplicable.- - - - -

- - - En segundo lugar encontramos el numeral 297 del mismo cuerpo normativo, en donde al igual que en el anterior precepto , nos encontramos con el mismo supuesto de que la ley adjetiva, al no haber sido reformada, sigue conteniendo en su texto el concepto elementos del tipo, dicho numeral en principio señala de manera casuística, en sus siete fracciones, los requisitos tanto de forma como de fondo, que debe reunir todo auto de formal prisión, entre los primeros tenemos los contenidos en las fracciones I (se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir del que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial), II (que se le haya tomado su declaración preparatoria al inculpado en términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla), IV (que el delito se sancionado con pena privativa de libertad) y VII (los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice); en tanto que entre los segundos, o sea, los de fondo, encontramos las disposiciones contenidas en las fracciones III (que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba

seguirse el proceso),V (que no esté acreditada alguna causa de licitud) y VI (que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado), es decir, en las cuatro fracciones mencionadas en primer término, señala los requisitos de forma y en las citadas al último los requisitos de fondo y estos últimos son, la acreditación de los elementos del tipo que es el concepto sustituido en la reforma constitucional y por lo tanto implícitamente derogado, por ende no aplicable, y que no este acreditada causa de licitud y que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, es decir en su fracción III, señala como requisitos de fondo del auto de formal prisión la acreditación de los elementos del tipo, que es el precisamente el concepto sustituido a la reforma constitucional y por lo tanto, en opinión de este juzgado implícitamente derogado y por ende no aplicable. - - -

- En debida aplicación de la reforma constitucional los autos de formal prisión que deban dictarse a partir del 9 de marzo del año en curso por imperativo constitucional no pueden ni debe referirse al concepto elementos del tipo (es decir los descritos en la primera parte del artículo 122 y de los que exige su acreditación la fracción III del artículo 297 del código adjetivo de la materia), sino al de cuerpo del delito, por lo que, hasta en tanto no sea reformada la ley procesal (precisando el contenido del cuerpo del delito) resulta obligado para las autoridades determinar su contenido conforme a la legislación vigente.-----

- - - Antes de continuar con el presente estudio, debe señalarse que en esencia, el artículo 122 del código procesal vigente, contiene dos aspectos fundamentales que no pueden y no deben pasar desapercibidos para la autoridad judicial al resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, siendo el primero de ellos relativo al concepto "Elementos del Tipo" que según se dijo, quedó implícitamente derogado por la entrada en vigor de la reforma constitucional, pero además contiene, en el penúltimo párrafo, los requisitos que se deben cumplir para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, por lo que no puede dejar de aplicarse y mucho menos sostenerse que en virtud de la reforma haya quedado derogada, ya que ello implicaría dejar sin fundamento las resoluciones en que se resuelve sobre la probable responsabilidad de los inculpados (orden de aprehensión y auto de formal prisión), lo que resulta por demás incorrecto dentro de un Estado de derecho como el planteado en nuestra Constitución. De lo anterior podemos concluir que el numeral 122 del Código De Procedimientos Penales para el Distrito Federal, contiene dos

disposiciones trascendentales, una relativa a los elementos del tipo, implícitamente derogada por la entrada en vigor de la reforma constitucional y otra relativa a los requisitos que deben cumplirse al resolverse sobre la probable responsabilidad de los inculpados, actualmente vigente y obligatoria para los jueces de instancia en el Distrito Federal. Dicho precepto, en la parte actualmente vigente y obligatoria (penúltimo párrafo), establece "Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar sino existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren dato suficientes para acreditar su probable culpabilidad", de donde se infiere que dicho numeral establece los requisitos que, de manera insalvable, deberá cumplir la autoridad judicial en el dictado de los autos de formal prisión, que es una de las resoluciones en que se resuelve sobre la probable responsabilidad de una persona (la otra es la orden de aprehensión), y estos requisitos son: a) que constate si no existe acreditada a favor del inculpado alguna causa de licitud, es decir, verificará si la conducta desplegada es o no antijurídica; b) que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad, es decir, que el sujeto, al momento de sucederse los hechos, hubiese sido imputable, que tenía conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada y que le era exigible actuar de manera diversa, luego entonces es de concluirse que, si se acredita que hubo antijuridicidad en la conducta y probable culpabilidad en el sujeto, en términos del precepto 122 antes citado, podrá dictarse auto de formal prisión.-----

- - - En igualdad de condiciones encontramos las disposiciones contenidas en el artículo 297 del código procesal vigente, del que debe destacarse es la norma procesal que, a nivel secundario, rige el dictado de las determinaciones en que se resuelve sobre la situación jurídica de las personas que han sido puestas a disposición de la autoridad judicial (auto de formal prisión), ya que éste contiene dos tipos de requisitos que deben cumplirse al dictarse un auto de formal prisión, unos de forma y otros de fondo y entre estos últimos, tres aspectos que tampoco pueden, ni deben pasar desapercibidos, siendo el primero de ellos relativo al concepto "Elementos del Tipo" contenido en la fracción III que, según se dijo, quedó implícitamente derogada por la entrada en vigencia de la reforma constitucional, pero además contiene, como requisitos de fondo, que no esté acreditada alguna causa de licitud (en la fracción VI), por lo que no puede dejar de aplicarse y mucho menos sostenerse que en virtud de la reforma haya quedado derogada, ya que ello implicaría

dejar sin fundamento el dictado de los autos de formal prisión , lo que resulta por demás inaceptable en un Estado de Derecho como el planteado en nuestra constitución. De lo anterior también podemos concluir que el numeral 297 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, contiene, en cuanto a los requisitos de fondo, tres disposiciones fundamentales: una relativa a la acreditación de los elementos del tipo (fracción III), implícitamente derogada por la entrada en vigor de la reforma constitucional, y otras relativas a los requisitos de fondo que deben cumplirse al dictarse un auto de formal prisión (fracciones V y VI), actualmente vigentes y obligatorios para los jueces instructores en el Distrito Federal. Dicho precepto, en las fracciones actualmente vigentes y obligatorias (V y VI), establece la obligación del juzgador de examinar "que no esté acreditada alguna causa de licitud y de lo actuado aparezcan daos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado", de donde se desprende que dicho numeral establece en las fracciones V y VI los requisitos que, de manera cabal, deberá cumplir la autoridad judicial en el dictado de los autos de formal prisión, y estos requisitos son: a) que constate si no existe acreditada a favor del inculpado alguna causa de licitud, es decir verificará si la conducta desplegada es o no antijurídica; y b) que obren datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado, es decir que el sujeto, al momento de sucederse los hechos, hubiese sido imputable, que tenía conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada y que le era exigible actuar de manera diversa.-----

- - - De lo hasta aquí expuesto pareciera ser que, en el dictado de un auto de formal prisión, bastaría que se acrediten los requisitos antes señalados, para que se considere legalmente dictada esa resolución; sin embargo, debe señalarse que los elementos del delito, a nivel auto de formal prisión, conocidos como antijuridicidad y probable responsabilidad, no son suficientes para fundarlo, ya que los mismos sólo cobran actualidad cuando están referidos a una conducta y , en ese sentido, debe tomarse en cuenta que solo son antijurídicas las conductas típicas, esto es, se puede afirmar que la tipicidad es presupuesto de la antijuridicidad, por lo que es de afirmarse que, como cuestión previa al estudio de la antijuridicidad, la autoridad judicial deberá estudiar sí la conducta es típica, ya que una conducta, para ser penalmente relevante, primero debe ser típica (después antijurídica y por último culpable), ya que de no serlo no sería siquiera motivo de estudio de Derecho Penal y por ello resultaría ocioso

determinar si es o no antijurídica y, por ende, si su autor es o no culpable de la misma. En conclusión, solo si existe una conducta que se ajuste a la descripción que en abstracto describa un tipo penal (que sea típica), se podrá entrar al estudio de la antijuridicidad.-----

--- Ahora bien, tomando en cuenta que los preceptos 122 y 297 del código procesal penal, actualmente presentan un vacío (dejado por el concepto elementos del tipo) y que para llegar al estudio de la antijuridicidad y posteriormente al de la probable culpabilidad, como prescriben dichos numerales, es menester acreditar el cuerpo del delito, por lo tanto para este Tribunal, el contenido del cuerpo del delito, a la luz del penúltimo párrafo del artículo 122 y de la fracción III del artículo 297, ambos del código adjetivo, está constituido por la tipicidad, que es el presupuesto de la antijuridicidad. En consecuencia, ante la falta de precepto alguno que precise el contenido del cuerpo del delito, este juzgado, a efecto de dar cumplimiento a la reforma constitucional y, a la vez, acatando lo dispuesto por los preceptos invocados, a fin de no causar agravio al indiciado, otorgándole mayor seguridad jurídica, acorde al principio de legalidad plasmado en el artículo 14 constitucional, estudiará, en el apartado del cuerpo del delito de que se trate (tipicidad), la antijuridiciadd (constatando que no existen causas de lícitud) y la probable culpabilidad (constatando que el sujeto era imputable, que tenía conciencia de la antijuridiciad de su conducta y que le era exigible actuar de manera diversa) del inculpado; lo que resulta congruente si se considera que los autos de formal prisión deben referirse al concepto cuerpo del delito, que es una figura de carácter procesal que, para tener vida o vigencia, debe vincularse a la norma sustantiva que es el tipo penal, que es el medio que utiliza el legislador para regular las conductas penalmente relevantes.-----

--- Siendo la primera obligación de la autoridad judicial, para dictar un auto de formal prisión, acreditar el cuerpo del delito, y tomando en cuenta que por tal concepto entendemos a la tipicidad del delito de que se trate, es importante establecer que el concepto de tipicidad --a su vez- deriva del concepto de tipo, por lo que para saber si en un caso concreto se acredita la tipicidad, es necesario primeramente determinar cómo se integra el tipo penal, para enseguida poder establecer razonadamente si la conducta imputada al indiciado se ajusta o no a tal descripción, efecto para lo que resulta conveniente precisar que todos los tipos penales se integran de elementos objetivos y subjetivos, y en algunas ocasiones, solo si el tipo lo requiere, de elementos

*normativos, por lo que es de sostenerse que si se acreditan esos elementos objetivos, subjetivos y normativos (estos últimos solo cuando el tipo los requiera), la conducta se calificará de típica y podrá entrarse al estudio de la antijuridicidad y, de demostrarse ésta, al estudio de la probable culpabilidad".*⁴⁵

Ha habido quienes, al entender solo a los elementos objetivos como componentes del cuerpo del delito, han trasladado al dolo y a la culpa, que son aspectos subjetivos, a la responsabilidad penal, como tradicionalmente se hacía bajo la orientación de la teoría causalista.

Personalmente, consideramos que proceder de esa manera es ir más allá que la propia reforma, la cual en ninguna parte mencionó nada con respecto a la ubicación sistemática del dolo y de la culpa, sino lo único que señaló dentro de sus motivaciones fue que el estudiar los elementos normativos y los subjetivos del tipo, además de los objetivos, era excesivo en cuanto a una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, pero que si era adecuado para una sentencia condenatoria, de lo que se observa que no se señaló que el dolo y la culpa no formaran parte del tipo, sino solamente que en los estadios procedimentales mencionados no era necesario su estudio, pero si al llegarse a la sentencia.

En ese orden de ideas, sería absurdo sostener que a nivel de orden de aprehensión y de auto de formal prisión esos elementos

⁴⁵ Estudio preliminar respecto del contenido del cuerpo del delito, en las resoluciones tendientes a resolver la situación jurídica de los consignados, dentro del plazo consuetudinal, dictadas en el Juzgado 44º Penal del Distrito Federal, a partir de la entrada en vigor de la reforma vigente desde el 9 de marzo de 1990

subjetivos se estudiarían en la responsabilidad, pero que en la sentencia cambiarían de lugar y se analizarían en el cuerpo del delito.

Esa forma de proceder es sumamente simplista, ya que, sin buscar explicaciones y sin preguntarse si era correcto o no, únicamente se comenzó a trabajar a la vieja usanza, cuando estaba vigente la posición causalista.

Es obvio que el contenido de la reforma lo que hace es reducir los requisitos que se exigían para emitir cualquiera de las dos resoluciones ya señaladas, con el pretexto de combatir la delincuencia y evitar la impunidad. Bajo esa óptica, es evidente que con ese criterio resulta más fácil ordenar la aprehensión de las personas y someterlas a proceso, pero ¿será eso correcto, dogmáticamente hablando?

En la práctica, la consecuencia jurídica lógica será que, decretada la aprehensión y el procesamiento con requisitos sumamente endeble, al momento de dictarse la sentencia definitiva, en la que se requerirá una acreditación completa y total del delito, seguramente se acrecentará el número de las absolutorias, pues con bases o cimientos tan débiles, no tendrán la fuerza para fundar una condena, todo lo cual se considera absurdo, pues ¿para qué someter a proceso a las personas, si de antemano aparece que al final no podrán llegar a ser condenadas? Resolver de esta manera, sobre todo tratándose de autos de formal prisión,

acarrea la desnaturalización de su esencia, que es, precisamente, la de evitar procesos inútiles.

Otras interrogantes como la anterior son las siguientes: ¿cuáles son las orientaciones político-criminales -y dogmáticas- de la reforma?; ¿constituye ella realmente una mejor opción?; ¿porqué tanta resistencia a los contenidos de los anteriores artículos 16 y 19 constitucionales?; ¿se trataba en realidad de contenidos que constituirían obstáculos a la eficacia en la procuración de justicia?; ¿cuáles son las posiciones teóricas que consideró la reforma de 1993 -son obsoletas o modernas-?; ¿porqué se afirma que tales posiciones han tenido éxito en otras naciones, pero que no corresponde al desarrollo del derecho penal mexicano?; ¿son realmente los tecnicismos legales lo que ha provocado que presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia?; ¿es la propia Constitución, por su tecnicismo, la que provoca que haya mayor delincuencia e impunidad?; ¿cuáles son las ventajas -y para quién- de las nuevas reformas, si es que efectivamente implican ventajas?; ¿se tiene realmente la creencia de que ahora se hará más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia?; ¿es solo la orden de aprehensión lo que más interesa a las procuradurías en el ejercicio de su importante función?; ¿se piensa seriamente que con el nuevo cambio de unos artículos de la Constitución o de la legislación secundaria, se logrará transformar efectivamente a la procuración de justicia?; ¿no se afirmaba lo mismo con las reformas de 1996, de que con ellas por fin se combatiría la delincuencia?; ¿en realidad no se quiere que la procuración de justicia se transforme, se modernice y se supere

en calidad?; ¿se quiere que permanezca arraigada a criterios tradicionales, ampliamente superados, que no responden a las exigencias de la hora ni se acomodan al ritmo de los tiempos?; ¿a qué se deben llanamente los reveses del Ministerio Público ante resoluciones adversas de los jueces?; ¿es acaso tan abrumador el problema delictivo, que obliga a que el Ministerio Público deje de ser un órgano técnico, se mediatice y se aleje de las exigencias de un sistema penal moderno y funcional, como se plantea en un sistema penal de un Estado democrático de Derecho?; ¿habrá que seguir con la práctica de las reformas parciales y circunstanciales, que al poco tiempo muestran su infuncionalidad, en lugar de una reforma de fondo, integral y basada en criterios uniformes y coherentes?; ¿en qué consistirán las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales, dentro de uno o dos años, si continuamos con esa práctica? y ¿si se sigue con la tendencia represiva y de endurecimiento de las medidas, cómo será el sistema de justicia penal en el siglo XXI? ⁴⁶

⁴⁶ Planteamientos del Dr. Moisés Moreno Hernández, en el artículo "Análisis de la Iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)", publicado en la revista criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, número 1. México, Distrito Federal, correspondiente a los meses de enero a abril de 1998, pp. 84-113.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Siempre han existido delitos, han evolucionado desde los más salvajes y rudimentarios, hasta los más elaborados y planificados. Igualmente, siempre han existido penas, desde las más duras hasta otras más suaves, tecnificadas, desembocando en los sustitutivos penales. De la misma manera, los procedimientos que se han adoptado para juzgar a las personas, han evolucionado desde los más burdos y absurdos, hasta llegar a los que dotan al justiciable de una serie de garantías y respetan su condición de ser humano.

De todo lo anterior se deduce que existen hombres malos, que violan la ley y agreden a sus semejantes, y otros que -a diferencia- son buenos, respetuosos de la ley, que se preocupan y se ocupan de salvaguardar la paz y la armonía social.

El objetivo de esta tesis, que espero se haya alcanzado, es establecer que, aun cuando se trate del procesamiento para sancionar a los transgresores de la ley, e incluso la sanción que se les imponga y en la forma en que habrán de cumplirla, debe haber legalidad, observando procesos justos, en los que, a través de las resoluciones que se emitan, se provéa seguridad jurídica a los destinatarios de la norma, pues, delincuentes y todo, tienen derecho a ella.

SEGUNDA. Con poco más de 100 años de desarrollo, la dogmática penal ha contribuido a erradicar de esta materia el oscurantismo, el capricho, el azar y la injusticia.

La más pura expresión de la dogmática es la teoría del delito, a través de la cual se pueden solucionar todos los casos prácticos que se llegaren a plantear, pues no es solo una construcción abstracta, sino que su función esencial es la que ha quedado indicada.

Por ello, su aplicación debe reflejarse en todas las resoluciones penales fundamentales, considerándose inconcebible que los aplicadores de la ley la ignoren o la desconozcan.

TERCERA. Somos partidarios de la teoría tritómica del delito, de acuerdo con la cual éste se integra con una conducta, como presupuesto básico, a la que se le añade las características de ser típica, antijurídica y culpable (la conducta típica y antijurídica constituye lo que se denomina injusto penal, que se refiere al hecho, pero eso aún no constituye delito, pues para llegar a serlo debe haber un responsable de ese hecho, de lo que se ocupa la culpabilidad, que se refiere al sujeto).

En cuanto a la conducta, nos adherimos a la teoría finalista de la acción, sin dejar de reconocer que tiene un punto débil entretándose de los delitos culposos; sin embargo, la evolución dogmática no se ha detenido con el finalismo, sino que continúa desarrollándose y en otras latitudes, con la finalidad de salvar esa

deficiencia, ya se habla del sistema funcionalista, que parte del ámbito de protección de la norma penal y se basa en la teoría de la imputación objetiva del resultado, como criterio de la aplicación de la ley penal, siendo muy útil también con relación a los delitos de omisión.

En cuanto al tipo penal, concluimos que en todos los casos se integra de elementos objetivos y subjetivos y, dependiendo del delito de que se trate, en algunos casos también con elementos normativos.

El elemento subjetivo (dolo), necesariamente debe analizarse en el nivel de la tipicidad, sin contener la conciencia de la antijuridicidad. Como consecuencia de lo anterior, debe darse diferente tratamiento al error de tipo y al de prohibición, ya que produce distintas consecuencias jurídicas, ya que el primero constituye el aspecto negativo del dolo y, por lo tanto afecta la tipicidad, mientras que el segundo, elimina la culpabilidad, en ambos casos siempre y cuando sean invencibles.

Las calificativas que normalmente inciden en los medios de comisión o en las referencias de tiempo, modo, lugar y ocasión, deben estudiarse en la tipicidad y, solo por excepción, cuando se refieran al sujeto, en la culpabilidad.

El juicio de tipicidad debe ser personal y en él debe incluirse la forma de participación del sujeto.

El consentimiento tiene dos naturalezas jurídicas diferentes: por lo general opera como causa de licitud o de justificación, excluyendo la antijuridicidad, pero, en cuanto forme parte del tipo penal, obviamente constituirá una causa de atipicidad.

La ubicación sistemática de la antijuridicidad, de acuerdo con la redacción actual de los artículos 122 y 168 de los códigos procesales penales común y federal, respectivamente, es en el rubro de la responsabilidad, lo que es criticable, puesto que divide al injusto, por lo que se recomienda que, en lugar de Cuerpo del delito la ley procesal requiera el total injusto, o bien, que por cuerpo del delito la ley secundaria entienda la suma de la conducta típica y antijurídica.

Por lo que hace al “fantasma errante” que es la imputabilidad, debe estudiarse como parte integrante de la culpabilidad.

Con relación a la culpabilidad, somos partidarios de la teoría normativista pura, que la entiende compuesta por la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta, cuyos aspectos negativos respectivamente son, la inimputabilidad, el error de prohibición, ya sea directo o indirecto, y la no exigibilidad de otra conducta.

Ni las condiciones objetivas de punibilidad ni la punibilidad deben tenerse como elementos del delito.

CUARTA. Nuestra legislación penal, sobre todo con las reformas de 1984 y de 1993/94, siguió una orientación político criminológica propia de los Estados libres y democráticos de Derecho, respetuosa de la dignidad de la persona humana.

La reforma del 9 de marzo de 1999 incurrió en un error al no dejar una *vacatio legis* adecuada, para adaptar la legislación secundaria a las nuevas exigencias constitucionales, en cuanto al contenido del Cuerpo del delito.

Aisladamente considerada esa última reforma, constituye un grave retroceso dogmático, ya que nos regresa hasta el año 1906 cuando, bajo el esquema de Liszt y Beling, el tipo penal contenía puros elementos objetivos (y peor aún, porque en esa época no se conocían los normativos ni los subjetivos, lo que lo justificaba ese proceder; pero ahora, a pesar de ser conocidos, inexplicablemente se les pretende ignorar).

Librar órdenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión con un tercio de tipicidad es absurdo, pues la teoría del delito implica una prelación lógica, ordenada, coherente y sistemática, de manera que el elemento subsecuente técnicamente no puede ser estudiado sino se ha afirmado el antecedente, así, parece inusitado ocuparnos de la antijuridicidad y de la culpabilidad, sin haber acreditado la tipicidad completa. La consecuencia práctica de lo anterior será el aumento en el número de procesados que obtengan sentencias absolutorias

Vistas en forma general, en conjunto con otras reformas recientes en materia penal, como la posibilidad del Ministerio Público para oponerse a la concesión de la libertad provisional en casos de delitos no graves, como la creación del tercer párrafo del artículo 371 del código penal, como la reducción de las penas impuestas en sentencias, susceptibles de beneficiarse con un substitutivo penal, como la creación de la ley federal contra la delincuencia organizada, como la posibilidad de intervenir las comunicaciones privadas, como la creación de nuevos delitos, como la petición de endurecimiento de las penas y de la adopción de la pena de muerte, así como el reclamo en la disminución de la edad penal, las críticas y las restricciones a la institución del juicio de Amparo, esta reforma sigue la tendencia de un Estado represor, que paulatinamente va eliminando garantías individuales. "lo que me sobresalta es la visión de un derecho penal que se desliza, sensible o insensiblemente, hacia lo que considero un abismo."⁴⁷

La esperanza que nos queda es que, por ser un año electoral, una vez establecido el próximo Gobierno, se corrija esta reforma y, de paso, se replantée el contenido de la Legislación Penal en su integridad, retomando el rumbo liberal y democrático que se había venido observando

⁴⁷ García Ramírez, S. "Una Reforma Constitucional Inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)", op cit p 5

BIBLIOGRAFIA

Colín Sánchez, G. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 14a. ed Editorial Porrúa, México, 1993.

Del Pont L.M., "Derecho Penitenciario", editorial Cárdenas, México, 1984.

"Derecho Penal", editorial Haria, biblioteca Clasicos de derecho, tomo III, México, 1997.

Díaz Aranda, E. "Enriquecimiento Ilícito de Servidores Públicos", editorial Cárdenas, Mexico, 1999.

Díaz de León, M. A. " Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal". T. II, México. Editorial Porrúa, 1986.

Díaz Landrove Gerardo, "Las consecuencias jurídicas del delito" , editorial Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, España, 3a. Ed.

Díaz. C. A. "El Cuerpo del Delito", Editorial Abeledo-Perrot, Argentina.

Fernandez Muñoz Dolores Eugenia, "La pena de Prisión (propuestas para sustituirla o abolirla)", editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1993. Editores, México, 1995. España, 1993.

García Ramírez, S. "Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997)", en la revista Criminalia. de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, N° 1, México, D.F., enero-abril, 1998.

Gimbernat Ordeig, E. "Autor y Complice en Derecho Penal", Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España, 1966

González-Salas Campos, R. "La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal", Péreznieto Hernández Martínez, R. "Desarrollo histórico del concepto Cuerpo del Delito", revista Anales de Jurisprudencia, correspondiente a los meses de enero a marzo de 1992, editada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

"Imputabilidad e inimputabilidad", 3ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1993.

Jakobs, G. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de González de Murillo, Marcial Pons. ediciones jurídicas. S. A., Madrid, España, 1995.

Jescheck, H. "Tratado de Derecho Penal", traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, editorial Bosch, S. A., Barcelona, España.,1981.

Jiménez de Asúa, L. "Lecciones de Derecho Penal", editorial Harla, Mexico.

La Biblia.

Lombroso de Ferrero Gina , "Vida de Lombroso", ediciones Botas, México, 1940.

Mir Puig, S. "Derecho Penal. Parte general", 3ª. ed., Promociones y Publicaciones Universitarias. S. A., Barcelona. España. 1990

Moreno Hernández, M. en el artículo "Análisis de la iniciativa de reformas Constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)", publicado en la revista criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, número 1, México, Distrito Federal, correspondiente a los meses de enero a abril de 1998.

Muñoz Conde, F. Y García Aran, M. "Derecho Penal. Parte general", Editorial Tirant lo Blanch,

Pavón Vasconcelos, F. "Las Reformas Penales (Análisis Crítico de la Parte General)", 2a- ed. Editorial. Porrúa, México, 1987.

Plascencia Villanueva, R. "El Cuerpo del Delito y los Elementos del Tipo Penal", publicado en la revista jurídica, número 3, correspondiente a septiembre de 1995, Villa Hermosa, Tabasco. México.

Romero, G. "Casos de Derecho Penal", Ediciones Depalma, Argentina, 1992.

Roxin, C. "Derecho Penal. Parte general", traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguei Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, España, 1997.

Roxin, C. "Política Criminal y Estructura del Delito", trad. Bustos Ramírez y Hormazabal Malaree, PPU, Barcelona, 1992.

"Teoría General del Delito", editorial Cárdenas, 2ª ed. México, 1998, p. XIV.

Bermudez Molina. E. M. "Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo". Procuraduría General de la República, México, 1996.

Zaffaroni, E. R. "Manual de Derecho Penal", 3a. reimposición, ed. Cárdenas, México, 1997.

Zamora - Pierce, J "Garantias y Proceso Penal", 3ª ed Editorial Porrúa, México